

EL CONVENIO ARBITRAL

Volumen 62 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

El convenio arbitral

Jorge Luis Collantes González
(Coordinador)

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL CONVENIO ARBITRAL

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, enero 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-00563

ISBN: 978-612-4400-10-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
1. El acuerdo arbitral, un clásico en perspectiva contemporánea (a propósito de los contratos internacionales) <i>Jorge Luis Collantes González</i>	13
2. Arbitraje institucional: la importancia de la cláusula modelo <i>Adriana Aravena-Jokelainen</i>	25
3. El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez formal <i>María Arias</i>	53
4. La cláusula arbitral en los contratos públicos en el derecho español: apertura, limitaciones y realidades <i>Covadonga Ballesteros Panizo</i>	75
5. La ley aplicable al convenio arbitral en arbitraje comercial internacional <i>María Beatriz Burghetto</i> <i>Ana Gerdau de Borja Mercereau</i>	101
6. El convenio arbitral en el protocolo familiar. A propósito de recientes desarrollos en el derecho mercantil <i>Tatiana Cucurull</i>	141

7. El convenio arbitral en España: últimas tendencias jurisprudenciales
Juan Pablo Correa Delcasso 165
8. La cláusula arbitral en el contexto de las (ya no tan) nuevas tecnologías
Cristina García-Margallo Gomendio
Cristina de Ulloa Solís-Beaumont 183
9. El control judicial de la validez del convenio arbitral
Marta Gisbert Pomata 215
10. El convenio arbitral inserto en los estatutos de sociedades mercantiles: ¿es verdaderamente polémico? *Arbitration agreement included in the articles of association: is it controversial?*
Fernando Lanzon Martínez 259
11. Cláusulas arbitrales patológicas: concepto y clases *Pathological arbitration clauses: definition and types*
Antonia Magdaleno 297
12. El convenio arbitral desde la perspectiva del derecho internacional privado
Lidia Moreno Blesa 327
13. Consecuencias jurídicas por violación del convenio arbitral: el daño y su reparación
Alberto Muñoz Fernández 369
14. La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes
Jesús Pérez de la Cruz Oña
Seguimundo Navarro Jiménez
Luis Bravo Abolafia 405

15. ¿Pueden las partes someterse a arbitraje antes incluso de suscribir un contrato?: El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato

Elena Sevilla Sánchez

431

NOTA DEL EDITOR

En el año 2015, conversando con mi amigo y compatriota Jorge Luis Collantes González sobre los proyectos de la Biblioteca de Arbitraje, estimamos de gran interés el llevar adelante una obra colectiva escrita por profesionales de primera línea en arbitraje, la misma que versara sobre el convenio arbitral.

En este sentido, Jorge Luis procedió a convocar a dieciocho abogados expertos en la materia, quienes escribieron, ya sea de manera individual o en coautoría, los catorce trabajos que componen esta obra. Ellos son Adriana Aravena-Jokelainen, María Arias, Covadonga Ballesteros Panizo, María Beatriz Burghetto, Ana Gerdau de Borja Mercereau, Tatiana Cucurull, Juan Pablo Correa Delcasso, Cristina García-Margallo Gomendio, Cristina de Ulloa Solís-Beaumont, Marta Gisbert Pomata, Fernando Lanzon Martínez, Antonia Magdaleno, Lidia Moreno Blesa, Alberto Muñoz Fernández, Jesús Pérez de la Cruz Oña, Seguí mundo Navarro Jiménez, Luis Bravo Abolafia, Elena Sevilla Sánchez.

No cabe duda de que el convenio arbitral constituye la piedra angular del arbitraje y representa una materia sobre la cual se ha escrito y se sigue escribiendo mucho, en razón de todas las aristas que presenta el referido tema.

No es objeto de estas palabras el ingresar al análisis del fondo de la materia, pues para eso están los magníficos trabajos a que he hecho referencia.

Sólo quiero agradecer, en primer lugar, a los especialistas que han tenido la gentileza de dedicar parte de su muy valioso tiempo a escribir sobre el convenio arbitral.

Los trabajos que nos han remitido y que hoy publicamos son de gran factura y representan un aporte muy valioso para el estudio del particular.

En segundo término, quiero agradecer a Jorge Luis Collantes González por su permanente apoyo a la Biblioteca de Arbitraje.

Son diversas las obras de nuestra colección que han sido dirigidas por él y muchos los profesores, abogados y árbitros que han escrito en la Biblioteca de Arbitraje, gracias a su siempre oportuna iniciativa y generosa convocatoria.

Lima, octubre del 2018

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com.

**EL ACUERDO ARBITRAL, UN CLÁSICO EN
PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA
(A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES)**

*Jorge Luis Collantes González**

Sumario: Introducción.— 1. La cláusula arbitral, un clásico jurídico transnacional.— 2. La cláusula arbitral vista desde el derecho privado.— 3. La cláusula arbitral vista desde el derecho público.— 4. La cláusula arbitral en perspectiva contemporánea.

* Licenciado por la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona, 2002). Máster en derecho internacional público y privado en la Universidad de Niza (Francia). Cuenta con un postgrado en inversiones extranjeras y doble imposición por la Universidad de Barcelona y un diploma del curso de arbitraje internacional del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Incorporado al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, asumió iniciativas académicas siendo director del *Postgrado en derecho diplomático y consular*, director del *Postgrado en derecho de las inversiones internacionales y arbitraje*, director del *Programa en Derecho de las Naciones Unidas para Abogados*, donde también es vicepresidente de la Comisión de Arbitraje. Es director de las obras colectivas *Diccionario terminológico del arbitraje comercial y de inversiones* (2011), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales* (2009), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (2007), *Derecho diplomático y consular* (en prensa) y codirector del libro *Arbitraje comercial internacional en Europa: aspectos actuales y regímenes jurídicos* (2013) y coautor del *Manual de derecho internacional privado* de Huygens Editorial (Barcelona, 2016). Cuenta con experiencia como profesor de derecho internacional privado, de derecho consular y derecho de los contratos internacionales en la Universidad Internacional de Cataluña y de litigación internacional en el master en abogacía de la misma universidad; actualmente es doctorando en derecho en la UPVD y ha participado en el programa investigador invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa.

INTRODUCCIÓN

Se dice que «el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad».¹ Presente entre los ordenamientos estatales, entre el derecho internacional público² y el derecho internacional privado,³ entre las distintas ramas del derecho,⁴ entre las religiones⁵ y entre las distintas generaciones de juristas, el arbitraje —y con él, el acuerdo arbitral— aparece como un clásico del derecho. En materia de contratos, parafraseando al profesor Thomas E. Carbonneau, ya años atrás el arbitraje se venía revelando como el recurso «predilecto en materia de transacciones internacionales»;⁶ y, asimismo, se puede percibir —en opinión de algunos autores— una revolución jurídica a través del arbitraje («*Revolution in Law through Arbitration*»)⁷. Se puede decir que el acuerdo arbitral constituye una pieza clave para la continuidad de la institución arbitral.

1. LA CLÁUSULA ARBITRAL, UN CLÁSICO JURÍDICO TRANSNACIONAL

La cláusula arbitral materializa la autonomía de la voluntad, implica un acuerdo, un contrato y constituye un mecanismo de solución de dife-

¹ ZAPPALA, F. «Universalismo histórico del arbitraje». *Vniversitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.

² Como sabemos, los tratados internacionales contienen cláusulas arbitrales para la solución de diferencias entre Estados (arbitraje interestatal).

³ Únicamente a modo de ejemplo, el capítulo 12 de la Ley Federal Suiza de derecho internacional privado de 1987 está dedicada al arbitraje internacional.

⁴ *Vid.* VV. AA. *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima, 2007.

⁵ *Vid.* LICARI, X.F. «La place des modes alternatifs de règlement des litiges dans les trois religions du libre». *Annuaire Droit et Religions*, 2017/2018, vol. 9, pp. 393-408.

⁶ CARBONNEAU, T. «Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences». *Revue internationale de droit comparé*, 1984, n.º 4, p. 728.

⁷ CARBONNEAU, T. «*The Revolution in Law through Arbitration*». *Cleveland State Law Review*, 2008, vol. 56, p. 233.

rencias. En este sentido, se dice que «el convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal».⁸

En perspectiva contractual, dicho resumidamente, mediante el convenio arbitral, las partes «se obligan a no acudir a la justicia ordinaria... para resolver sus disputas. Interponer una demanda ante un juez supone incumplir la obligación asumida»,⁹ por lo que las acciones judiciales para eludir la obligación arbitral asumida, podrían ser vistas como actuaciones que se alejarían de la buena fe contractual.

En perspectiva procesal, la cláusula arbitral por sí misma no implica ni da lugar a un procedimiento arbitral, ya que, por un lado, el cumplimiento de las obligaciones entre las partes, no desencadena procedimientos arbitrales; y, por otro lado, un procedimiento arbitral necesita que una de las partes inste el arbitraje: «La raíz del proceso arbitral no es el convenio arbitral, sino —al igual que en el proceso judicial— el propio acto de demandar».¹⁰ Por ello, cabe subrayar la importancia de una buena redacción de la cláusula arbitral porque, en virtud de una cláusula arbitral patológica, un procedimiento arbitral puede verse truncado. En este sentido, la cláusula arbitral válida incide sobre la competencia de los tribunales estatales,¹¹ los cuales acaban quedando

⁸ RIVERA, C. «Convenio arbitral». En *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima, 2012, p. 426.

⁹ MUÑOZ, A. «Consecuencias jurídicas por violación del convenio arbitral: el daño y su reparación». En esta obra colectiva.

¹⁰ DE BENITO, M. «El arbitraje y la acción». *VV. AA. Arbitraje comercial en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. «Biblioteca de Arbitraje», 2013, p. 65.

¹¹ A modo de ejemplo, el art. 7 de la Ley Federal Suiza de derecho internacional privado de 1987 (dedicado a la *Convention d'arbitrage*) señala lo siguiente: «*Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que:*

- a) *Le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve;*
- b) *Le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que*
- c) *Le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage.*

carentes de competencia sobre una controversia. En esta línea, ante una controversia contractual, la cláusula arbitral servirá de base para la competencia de los árbitros, competencia tal de los árbitros que comprende la competencia para decidir sobre su propia competencia (principio *kompetenz-kompetenz*) y la cual, también, permite a los árbitros emitir el laudo arbitral que pondrá fin a la diferencia.

Por su parte, el derecho internacional facilita el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de tratados como, por ejemplo, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, convenio aplicable en España «sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros».¹²

Presente en los ordenamientos nacionales, en el derecho internacional convencional y en los incontables contratos que se firman cada día en las distintas latitudes de la Tierra en distintas lenguas, el convenio arbitral se desvela como una institución jurídica transfronteriza. Se trata de una disciplina cultivada y practicada por juristas del *common law*, del *civil law* y de las demás tradiciones jurídicas, constituyendo, de esta manera, un patrimonio común inmaterial de la humanidad.

2. LA CLÁUSULA ARBITRAL VISTA DESDE EL DERECHO PRIVADO

Parece imposible precisar el momento exacto en el cual se produjo, o tomó forma, el primer acuerdo arbitral tal cual como lo conocemos.¹³

¹² Artículo 46 de la Ley Española de Arbitraje de 2003.

¹³ «*The origin of arbitration is lost in obscurity. At what time or place man first decided to submit to his chief or to his friends for a decision and a settlement with his adversary, instead of resorting to violence and self-help, or to the public legal machinery available, is not known; and any inquiry of this sort would belong more properly in the*

Sin embargo, al día de hoy se percibe que el arbitraje se ha desarrollado como un orden jurídico espontáneo.

Un recorrido por la bibliografía de comienzos del siglo pasado nos permite conocer una interesante descripción del arbitraje en perspectiva histórica:

The history of arbitration, unlike the history of law, is not an account of the growth and development of principles and doctrines that have come, through a long use, to have a general validity and force. While arbitration probably antedates all the former legal systems, it has not developed any code of substantive principles, but is, with very few exceptions, a matter of free decision, each case being viewed in the light of practical expediency and decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group. One case is not authority for another since the decisions are in terms of persons and practices and not in accord with prescribed rules and doctrines.¹⁴

En este contexto, cabe comentar que el convenio arbitral se ha convertido en el soporte de la continuidad del arbitraje comercial internacional a través del tiempo, una continuidad real a la vez que difícil de explicar, pero fácil de percibir. En este sentido, como comentan Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto:

Nadie pudo nunca sentarse y ponerse a diseñar el arbitraje internacional tal como hoy lo conocemos: con las innumerables empresas que incluyen en sus contratos cláusulas arbitrales, los propios Estados que se someten a arbitraje en cientos, miles de acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones, todas las instituciones administradoras de arbitrajes, los despachos —ejércitos de abogados o pequeñas boutiques— que llevan los

history of social growth and ethics than in either law or economics». WOLAVER, Earl. «*The historical Background of Commercial Arbitration*». *University of Pennsylvania Law Review*, December 1934, p. 132.

¹⁴ *Idem*.

asuntos [...] las asociaciones +40 y -40 [...] Nadie podría, por definición, tener la inteligencia, el conocimiento, la información, necesarias para montar de la nada un tinglado semejante.¹⁵

Al hilo de esta explicación, difícilmente se podría omitir que los juristas, el sector privado y el Estado son tres elementos importantes para la continuidad del arbitraje. A los juristas les corresponde asumir las buenas prácticas arbitrales; al sector privado le corresponde mantener confianza en el mecanismo arbitral del cual se benefician; y a los Estados les corresponde respetar los acuerdos arbitrales y prestar la asistencia necesaria a los tribunales arbitrales. Estos tres elementos facilitan la continuidad del arbitraje internacional en medio de la ausencia de una autoridad mundial que lo regule de manera coactiva: «si no hay una autoridad central, si no hay un cuerpo sistemático, universalmente aceptado de reglas, de principios, de maneras de interpretar el derecho... el arbitraje internacional no es más que un ejemplo de orden espontáneo de mercado».¹⁶ En perspectiva contemporánea, la universalidad del arbitraje sin una autoridad central, confirma que el respeto a la cláusula arbitral aparece como un punto de vista común entre los Estados, los juristas y los actores del comercio, quienes están inmersos —parafraseando un clásico de la jurisprudencia— en una sociedad internacional de diferentes «sistemas constitucionales y sociales».¹⁷ La cláusula arbitral da pie a la universalidad dentro de la diversidad.

Intentando hilvanar el tiempo, es sabido que el arbitraje comercial internacional representa *a work in progress*¹⁸ y *as we know it today began in Continental Europe in the 1920s*.¹⁹

¹⁵ DE BENITO, M. y S. HUERTA DE SOTO. «El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo». *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2015, n.º 22, p. 126.

¹⁶ *Idem*, p. 125.

¹⁷ Párrafo 91. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 24 de mayo de 1980 sobre *El asunto de los rebenes*.

¹⁸ Unctad/EDM/Misc.232/Add.38, 2005, p. 19.

¹⁹ Unctad/EDM/Misc.232/Add.38, 2005, p. 20.

En macro-perspectiva, a nadie escapa que el convenio arbitral es una institución jurídica que se mantiene viva y evoluciona para adaptarse a las nuevas formas de exteriorización de la autonomía de la voluntad. Un fiel reflejo de esta evolución, en el marco del derecho uniforme, es la definición del acuerdo de arbitraje contenido en la Ley Modelo de arbitraje internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). Esta Ley Modelo incluye dos opciones para definir el acuerdo arbitral. Estas opciones desvelan la adaptación de la cláusula arbitral a nuevos tiempos.²⁰ Al respecto, la *Nota explicativa de la secretaría de la Cnudmi acerca de la Ley Modelo*

²⁰ Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje:

Opción I: «1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

Opción II: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no».

sobre *Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*, deja traslucir que la cláusula arbitral asume la realidad de la sociedad contemporánea. En este sentido, la citada *Nota explicativa* resume lo siguiente:

El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

La adaptación del convenio arbitral a nuevos tiempos, evidencia su capacidad para conservar su esencia en los tiempos de nuevas tecnologías, donde el auge de los tratados de libre comercio es una realidad.

El auge de los tratados de libre comercio (que han llegado a ser «mega-acuerdos» comerciales en virtud de la amplitud de materias que abarcan) es un rasgo característico de nuestros tiempos. Los acuerdos de libre comercio crean un escenario propicio para un comercio transfronterizo de mayor intensidad; y, en este escenario, donde las relaciones comerciales necesitan un mecanismo dinámico de solución de diferencias, el convenio arbitral aparece como un instrumento idóneo para determinar, en virtud de la autonomía de la voluntad, el tercero imparcial que ha de dirimir la controversia entre las partes de un contrato internacional y el ordenamiento aplicable al fondo de la controversia, evitando así recurrir a los necesarios —pero ciertas veces complicados— métodos del derecho internacional privado en ausencia de cláusulas específicas en materia de jurisdicción competente y ordenamiento aplicable. En este escenario el derecho internacional privado aparece como un instrumento de abogacía preventiva. Resumidamente, si entre las funciones

del derecho internacional privado tenemos la determinación de la jurisdicción competente y la determinación del ordenamiento aplicable, entonces, es una ventaja que se pueda acordar un arbitraje a través de una cláusula arbitral entre las partes de un contrato; y, de esta manera, acordar no solamente el mecanismo arbitral, sino, igualmente, el ordenamiento aplicable al contrato y hasta el idioma en el cual ha de desarrollarse un eventual/futuro procedimiento arbitral.

El ordenamiento aplicable a una controversia contractual puede no ser únicamente la ley de un Estado o los tratados internacionales, sino también ordenamientos como los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. El convenio arbitral facilita la aplicabilidad de estos principios, principios que deben aplicarse si lo acuerdan las partes y que podrían ser aplicables «cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes».²¹

En esta misma línea de la autonomía de la voluntad, si —como es asumido— el convenio arbitral permite elegir también el tipo de arbitraje (*ad-hoc* o institucional), la institución arbitral y el reglamento arbitral por el cual se regirá un procedimiento arbitral, la sede del arbitraje, el número de árbitros, la limitación de recursos, etc., entonces, se puede percibir que, mediante la cláusula arbitral, la sociedad civil recupera su protagonismo sin llamar a las puertas del Estado en lo que concierne a la solución de conflictos comerciales. En suma, la cláusula arbitral tiene una especial importancia en los contratos mercantiles internacionales, pero también la tiene en todo el ámbito del derecho privado si tenemos presente que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».²²

²¹ Preámbulo de este texto.

²² Art. 2.1 de la Ley Española de Arbitraje de 2003.

3. LA CLÁUSULA ARBITRAL VISTA DESDE EL DERECHO PÚBLICO

La cláusula arbitral no es un tema exclusivamente de derecho privado, sino también de derecho público, aunque en el ámbito del derecho administrativo la cláusula arbitral ha sido frecuentemente limitada por la legislación de los Estados.

En líneas generales, la solución de controversias relativas a los contratos públicos, se han sometido tradicionalmente a la justicia estatal. Sin embargo, la consideración de los contratos públicos como una modalidad de inversión a través de distintos tratados sobre protección de inversiones ha permitido arbitrajes entre contratistas y Estados.

En el ámbito de las legislaciones estatales, algunas veces se puede encontrar Estados cuyas leyes son abiertas al arbitraje en los contratos públicos; y, otras veces, se puede percibir también que el legislador nacional es reticente a que el Estado y sus entidades públicas someta los contratos públicos a arbitraje. En todo caso, parece que el arbitraje en los contratos públicos no representa una tendencia homogénea entre los más de doscientos Estados de la comunidad internacional, si bien su existencia es una realidad innegable a la luz de la ley de diversos Estados y de la incorporación de cláusula arbitral en los contratos de Estado. La legislación estatal muchas veces es —describe la profesora Covadonga Ballesteros, páginas más adelante— «de bloqueo», una actitud de bloqueo que podría obedecer a una desconfianza hacia la posibilidad de dotar, a un particular, de la potestad para solucionar una diferencia entre el Estado y un contratista.

Sin embargo, en el contexto descrito, la legislación arbitral española es también interesante al señalar lo siguiente:

[...] 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.²³

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA

El tiempo demuestra que la cláusula arbitral es un inagotable tema, un clásico entre los seminarios, congresos, revistas de actualidad arbitral y la bibliografía jurídica. Se trata de un clásico tema del arbitraje que se innova, incorporando nuevas realidades, nuevos matices de interés contemporáneo: la extensión de la cláusula arbitral a terceros, el convenio arbitral por referencia, la cláusula mariposa, el convenio arbitral en el marco de las cláusulas escalonadas, son algunos aspectos de la cláusula arbitral en perspectiva contemporánea, lo cual demuestra que la cláusula arbitral es un tema clásico capaz de mantener la atención de las distintas generaciones de juristas a través del tiempo.

En este sentido, la cláusula arbitral también se sofisticó, reflejo de ello son las cláusulas tipo de las mismas instituciones arbitrales, las dos opciones del acuerdo arbitral tipo contenido en el artículo 7 de la Ley Modelo de la Cnudmi o, en el marco del derecho interno, la redacción del artículo 9 de la Ley Española de Arbitraje de 2003.²⁴ La cláusula

²³ Art. 2.2 de la Ley Española de Arbitraje de 2003.

²⁴ «1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

arbitral da lugar a tendencias jurisprudenciales, se adapta a las nuevas (o «ya no tan nuevas») tecnologías, motiva preguntarse ¿qué ley se aplica al convenio arbitral?, aparece en los estatutos sociales, aparece en borradores de contratos y siempre demandará unos requisitos insalvables. En este escenario, la cláusula arbitral se desvela como un tema inagotable, como fuente de clásicos y de nuevos temas en torno a ella, a la vez que, de una u otra manera, aparece como un tema para enriquecedores debates, buenas conversaciones e interminable bibliografía.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

ARBITRAJE INSTITUCIONAL: LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MODELO

Adriana Aravena-Jokelainen * ** ***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Definición, contenido y efectos de la cláusula modelo.— 3. Errores comunes en la redacción del convenio arbitral.— 4. Recomendaciones para el uso de la cláusula modelo.— 5. La importancia de la cláusula modelo.— 6. Conclusión.

Resumen: En este estudio, se analiza la importancia de la cláusula modelo en el arbitraje comercial internacional institucional a partir de su contenido y efectos, los errores comunes en la redacción de la cláusula arbitral, así como las recomendaciones para el uso de la cláusula modelo a fin de redactar una cláusula arbitral

* Abogado. Universidad de Concepción, Chile. Administradora de Casos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI).

** Las opiniones expresadas por la autora en el presente artículo no pretenden reflejar de manera alguna la posición del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) ni la de su Secretaría. La autora agradece al árbitro independiente José Rosell sus valiosos comentarios y sugerencias.

*** El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) es la institución de arbitraje más importante de este país. Fundada en 1911 en Helsinki, es una de las instituciones de arbitraje más antiguas del mundo. Tiene a su cargo la administración de casos de arbitraje comercial domésticos e internacionales. Para más información, visítase su sitio en internet www.arbitration.fi. Véase también SAVOLA, Mika. *Guide to the Finnish Arbitration Rules*. Helsinki: Helsingin Kamari Oy, 2015, libro escrito en idiomas inglés y finés con información detallada acerca de esta institución y el arbitraje conducido conforme a sus reglamentos actualizados en 2013. Los reglamentos y las cláusulas modelo de esta institución se encuentran disponibles en su sitio en internet en diversos idiomas, incluido el español.

efectiva. El estudio, asimismo, destaca la cuota de responsabilidad que cabe a los usuarios del arbitraje comercial internacional para el buen funcionamiento de este medio de resolución de conflictos desde el momento de redactar el convenio arbitral.

Abstract: In this study, the author analyses the importance of the model clause in institutional international commercial arbitration based on its content and effects, common mistakes in drafting the arbitration clause, and recommendations on how to use the model clause to draft an effective arbitration clause. The study also emphasizes the responsibility borne by international commercial arbitration users for the proper functioning of institutional arbitration from the moment of drafting the arbitration clause.

Palabras clave: Arbitraje institucional, instituciones de arbitraje, cláusula modelo, cláusula arbitral, convenio arbitral, cláusulas patológicas, autonomía de las partes, cláusulas escalonadas.

Key words: Institutional arbitration, arbitration institutions, model clause, arbitration clause, arbitration agreement, pathological clauses, party autonomy, multi-tiered clauses.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el arbitraje es reconocido ampliamente como el medio de resolución de conflictos más usado en el área de los negocios y el comercio mundial.¹

¹ Los estudios realizados por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de White & Case, PriceWaterhouseCoopers y Pinsent Masons confirman la popularidad del arbitraje como medio de resolución de conflictos a nivel internacional. Estos estudios, disponibles en idioma inglés en el sitio de internet <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2016/index.html> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), son los siguientes: 2016 *International Dispute Resolution Survey: An insight into resolving Technology, Media and Telecoms Disputes*, 2015 *International Arbitration Survey: Impro-*

Ello se debe a varios factores, entre los cuales destacan el desarrollo a nivel mundial de legislación moderna favorable al arbitraje comercial, así como una tendencia general a favor de este medio de resolución de conflictos en las cortes estatales de muchas jurisdicciones, y el reconocimiento por parte de los usuarios de las ventajas del arbitraje.²

El arbitraje institucional —es decir, administrado por una institución de arbitraje— representa una buena parte del arbitraje comercial internacional y es preferido por sobre el arbitraje *ad-hoc* o no institucional.³ Las estadísticas publicadas periódicamente por las diferentes

vements and Innovations in International Arbitration, 2013 Corporate Choices in International Arbitration: Industry perspectives, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2008 International Arbitration Study - Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards y 2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices.

² Véase, por ejemplo, BORN, Gary y Wendy MILES. *Global Trends in International Arbitration*, artículo en inglés sobre las tendencias globales en materia de arbitraje internacional disponible en http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/GlobalTrends_InternationalArbitration.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

En Latinoamérica, también se aprecia una evolución favorable del arbitraje. Así lo manifiesta FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. «La evolución del arbitraje en América Latina: de la supuesta hostilidad a la evidente aceptación». En *AA. VV. Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), 2015, pp. 345-380, disponible en el sitio de internet http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

³ De acuerdo al estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *PriceWaterhouseCoopers, International Arbitration Study - Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards*, 2008, *Op. cit.*, pp. 4 y 15, las empresas prefieren el arbitraje institucional por sobre el arbitraje *ad-hoc*. Conforme al mismo estudio, un 86% de los laudos arbitrales dictados en los últimos diez años (contados desde la fecha del estudio) lo fue en arbitraje institucional, mientras que un 14% lo fue en arbitraje *ad-hoc*.

instituciones de arbitraje del mundo muestran una tendencia hacia el alza en sus volúmenes de casos.

Siendo el convenio arbitral el pilar fundamental del arbitraje, es de suma importancia que las partes tomen consciencia del rol que les incumbe en la redacción de una cláusula arbitral válida y susceptible de ejecución legal.

Acorde con esta importancia, tratándose del arbitraje institucional, las instituciones de arbitraje han elaborado cláusulas modelo para facilitar la redacción de los acuerdos de arbitraje.⁴

No obstante, en la práctica, se ha constatado su poco uso, lo cual se manifiesta en defectos de menor o mayor gravedad en las cláusulas arbitrales, que pueden hacer peligrar el buen funcionamiento del arbitraje como medio efectivo de resolución de conflictos.

Es en este contexto que se hace necesario destacar la importancia de la cláusula modelo para el buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional institucional.

2. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA MODELO

2.1. *Definición de la cláusula modelo*

En el arbitraje institucional, la cláusula modelo —también llamada cláusula tipo— es aquella elaborada y recomendada por una institución de arbitraje con el fin de que sea usada al momento de ser redactado el convenio arbitral por las partes que decidan resolver sus controversias

⁴ En el arbitraje *ad-hoc*, donde las partes deciden someter sus disputas a arbitraje, pero no a la administración de una institución de arbitraje, las partes, no obstante, pueden solicitar que una institución de arbitraje actúe como autoridad nominadora, para lo cual es necesario que así se la designe claramente en el convenio arbitral.

mediante arbitraje conducido con arreglo a un determinado reglamento de esa institución.⁵

Las instituciones de arbitraje cuentan con cláusulas modelo para cada uno de sus reglamentos. Asimismo, algunas cuentan con cláusulas modelo para diferentes tipos de disputas o contratos.

Especial mención merecen las cláusulas modelo de varios niveles (cláusulas escalonadas o de cascada) elaboradas teniendo en vista distintos métodos de resolución de controversias en forma escalonada antes de recurrir al arbitraje (por ejemplo, la negociación, la mediación, la conciliación, el peritaje, los *dispute boards*, entre otros).⁶

En muchos casos, las cláusulas modelo se encuentran disponibles en varios idiomas, teniendo en cuenta que los contratos internacionales son redactados en lenguas distintas.

Las cláusulas modelo se encuentran publicadas en los sitios de internet de las instituciones de arbitraje, en sus reglamentos y material de difusión.

Habida consideración de que las instituciones de arbitraje son instituciones vivas, que evolucionan en el tiempo, es muy común que sus reglamentos sean actualizados con cierta periodicidad. Al cambiar los reglamentos, también lo hacen las cláusulas modelo. En consecuencia, al momento de redactar el convenio arbitral, es recomendable visitar el sitio de internet de las instituciones de arbitraje, pues allí se encuentra

⁵ Definición elaborada por la autora para efectos de este estudio.

⁶ Las cláusulas escalonadas son muy usadas en proyectos complejos de larga duración, como lo son los proyectos de ingeniería y construcción. Véase a este respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales». *Cuadernos de derecho transnacional* (CDT), 2017, vol. 9, n.º 1, pp. 99-124, disponible en el sitio de internet <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615> (fecha de acceso: 10 de diciembre de 2017).

normalmente la información actualizada de la institución respectiva, incluyendo sus reglamentos y cláusulas modelo.

2.2. Contenido de la cláusula modelo

En el arbitraje institucional, las cláusulas modelo usan un lenguaje similar. Son, usualmente, concisas y contienen lo que se puede considerar como los elementos esenciales de un convenio arbitral efectivo:⁷

- a) La intención clara de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje,⁸
- b) La indicación del reglamento de una institución de arbitraje conforme al cual será conducido el arbitraje,
- c) El ámbito de aplicación de la cláusula —es decir, las controversias sometidas a arbitraje— claramente definido,
- d) La indicación de que el arbitraje resolverá la controversia entre las partes en forma definitiva y obligatoria para las partes, y
- e) Su constancia por escrito.⁹

A los elementos anteriores se sugiere agregar otros elementos, cuya falta de inclusión no afectará la validez o eficacia de la cláusula, pues los reglamentos de las instituciones de arbitraje contienen disposiciones supletorias a su respecto.¹⁰

⁷ CORDERO ARCE, Gonzalo. «Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos prácticos». *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, n.º 1, pp. 91-105.

⁸ Tratándose de la cláusula modelo escalonada, ésta apunta a la claridad entre las diversas etapas y a señalar claramente cuándo la controversia puede ser sometida a arbitraje.

⁹ Esta exigencia depende de la legislación aplicable al convenio arbitral. Hay legislaciones en que no se exige que conste por escrito.

¹⁰ CORDERO ARCE, Gonzalo. *Op. cit.*

Estos elementos recomendados son:

- a. El número de árbitros,
- b. La sede del arbitraje, y
- c. El idioma del arbitraje.

Algunas instituciones de arbitraje sugieren agregar también el derecho aplicable al fondo de la controversia, en el caso de que no esté determinado en otra cláusula del contrato.

A modo de ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) cuenta con una cláusula modelo para arbitrajes de duración normal —esto es, para arbitrajes no acelerados—¹¹ que reza como sigue:

Toda disputa, controversia o reclamación que derive del presente contrato o guarde relación con él, o el incumplimiento, terminación o validez del mismo, será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia.

Puesto que el reglamento en vigencia contiene disposiciones relativas al árbitro de emergencia, esta institución también ha puesto a disposición de los usuarios una cláusula modelo en caso de que éstos deseen excluir la aplicación de estas disposiciones. La cláusula modelo sin árbitro de emergencia reza como sigue:

¹¹ En los arbitrajes de duración normal conducidos conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI), el laudo arbitral debe dictarse en nueve meses contados desde que el expediente del caso es recibido por el tribunal arbitral. Esta institución cuenta, asimismo, con cláusulas modelo para arbitrajes acelerados, en los cuales, conforme al Reglamento para Arbitraje Acelerado de la Cámara de Comercio de Finlandia, el laudo debe dictarse en el plazo de tres meses contados desde que el expediente del caso es recibido por el tribunal arbitral.

Toda disputa, controversia o reclamación que derive del presente contrato o guarde relación con él, o el incumplimiento, terminación o validez del mismo, será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia. Las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no serán aplicables.

La cláusula modelo contiene luego una nota, indicando que las partes pueden agregar el número de árbitros, la sede del arbitraje y el idioma del arbitraje, como sigue:

Nota: Las partes pueden también agregar lo siguiente:

- a) El número de árbitros debe ser [uno/tres].
- b) La sede del arbitraje será [indicar la ciudad y país].
- c) El idioma del arbitraje debe ser [indicar el idioma].

Fuera de lo anterior, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) cuenta con una cláusula modelo de dos niveles, la cual combina la mediación conducida conforme a su Reglamento de Mediación con el arbitraje conducido conforme a su Reglamento de Arbitraje. Esta cláusula modelo, que acompaña al Reglamento de Mediación, se encuentra en el sitio de internet de esta institución bajo la pestaña de mediación.

2.3. Efectos de la cláusula modelo

El uso de la cláusula modelo hace posible la redacción de una cláusula arbitral clara, sin ambigüedades y que cumple con los requisitos básicos para su efectividad.

Más allá de ello, es necesario enfatizar que, pese al lenguaje similar contenido en las cláusulas modelo de las diversas instituciones de arbitraje, existen diferencias entre estas instituciones, por lo cual los efectos en el arbitraje van a ser distintos, dependiendo de la cláusula modelo elegida.

La institución de arbitraje y el reglamento elegidos tienen un impacto directo en el arbitraje, afectando aspectos tan variados como, por ejemplo, el procedimiento, el tipo de árbitros y la sede del arbitraje que, posiblemente, elija la institución, salvo acuerdo distinto de las partes.¹²

Si bien ha existido una tendencia hacia la armonización en los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones en años recientes —reflejo del esfuerzo de muchas de ellas por alcanzar los más altos estándares internacionales actualmente vigentes—, siguen existiendo diferencias,¹³ pues cada institución de arbitraje busca diferenciarse del resto en lo que ha sido observado como una competencia entre instituciones de arbitraje por mejorar o mantener su posición en el mundo del arbitraje internacional.¹⁴ Otras diferencias se encuentran ancladas en tradiciones culturales y legales diferentes.¹⁵ Se suma a lo anterior una tendencia hacia la proliferación de instituciones a nivel mundial.¹⁶

Hay quienes señalan que la variedad de instituciones —cada una de las cuales cuenta normalmente con más de un reglamento— ofrece una gama de opciones apreciada por quienes ven en ello la posibilidad

¹² BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing*. La Haya: Wolters Kluwer, 2010, 3rd edition, p. 58.

¹³ Las instituciones de arbitraje difieren entre sí en muchos aspectos. Por nombrar algunos: áreas de especialización, antigüedad, trayectoria y experiencia, reconocimiento internacional, reputación, servicios prestados, reglamentos, prácticas, sistema de elección de árbitros, etc. Estas diferencias deben ser tomadas en cuenta al momento de elegir una determinada institución para asumir la administración del arbitraje.

¹⁴ KARTON, Joshua. *The Culture of International Arbitration and the Evolution of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 64-67.

¹⁵ Véase KARTON, Joshua, *Op. cit.*, quien propone en esta obra una teoría de la cultura del arbitraje internacional.

¹⁶ WARWAS, Barbara Alicja. «*The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*». Springer, 2016, pp. 100-106, sobre la interacción entre proliferación y competencia entre instituciones de arbitraje.

de elegir la institución de arbitraje y el reglamento más adecuados a las particularidades del contrato o disputa.¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la gran variedad de instituciones existentes no hace fácil la tarea de conocerlas y compararlas.

La información relevante actualizada se encuentra primeramente en el sitio de internet de la institución. Además, se han escrito artículos y existe alguna literatura jurídica en que se comparan algunas instituciones de arbitraje y sus reglamentos.¹⁸

Además de lo ya señalado, desde hace un tiempo, los usuarios del arbitraje han manifestado sus aspiraciones a una mayor transparencia de parte de las instituciones,¹⁹ lo cual, naturalmente, les permitiría tomar decisiones más informadas. Esta demanda ha tenido eco en las instituciones de arbitraje, las que paulatinamente han comenzado a publicar más información acerca de sus actividades, decisiones y los casos a su

¹⁷ KARTON, Joshua. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁸ Por ejemplo, GOLA, Pascale, Claudia GÖTZ STAEHELIN, Karin GRAF (eds.). *Institutional Arbitration Tasks and Powers of Different Arbitration Institutions*, *Schulthess Juristische Medien AG*, 2009. Otro estudio comparativo se contiene en HABEGGER, Philipp, Daniel HOCHSTRASSER, Gabrielle NATER-BASS. *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series*, 2013, n.º 40. También hay una comparación en BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 46-58.

¹⁹ Así lo refleja el estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *White & Case, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, *Op. cit.* El estudio se realizó sobre la base de una encuesta en que participaron abogados internos de empresas, abogados de despachos, árbitros, académicos, peritos, personal de instituciones de arbitraje y terceros financiadores. Los encuestados manifestaron su descontento con el estado actual de la transparencia en materia de arbitraje, expresando su deseo de que las instituciones de arbitraje fueran más transparentes en ciertos aspectos relacionados con los casos que administran, a saber, en cuanto a los criterios usados en el nombramiento de árbitros y recusaciones de árbitros, en cuanto a la eficiencia de las instituciones de arbitraje (duración promedio de los casos) y el rendimiento de los árbitros.

cargo dentro de los límites de la confidencialidad propios de este medio de resolución de conflictos.²⁰

A la hora de elegir una institución de arbitraje, un criterio habitual es la familiaridad, esto es, optar por lo conocido. A este criterio ha hecho referencia un autor, quien lo ha ilustrado diciendo que algunas partes optan por una institución de arbitraje conocida, muchas veces local, a la cual perciben como más accesible, menos onerosa y cuyo reglamento y procedimientos les son familiares.²¹

Por otra parte, conforme a un estudio realizado en 2010, los criterios más usados por las corporaciones líderes a nivel mundial son los siguientes: 1) neutralidad e internacionalismo, 2) reputación y reconocimiento internacional, 3) reglamentos, 4) ley aplicable al fondo de la controversia, 5) experiencia, 6) coste total del arbitraje, 7) presencia glo-

²⁰ Algunas manifestaciones de esta transparencia institucional son, por ejemplo, las estadísticas publicadas en los sitios de internet de las instituciones, la publicación de compendios de decisiones sobre recusación de árbitros por parte de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA) y la comunicación de las razones de algunas decisiones administrativas por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). Por su parte, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI), sujetándose al artículo 49.4 de su Reglamento de Arbitraje, publica en su sitio de internet, salvo acuerdo en contrario de las partes, comentarios sobre laudos, órdenes y decisiones de tribunales arbitrales, cuidando de borrar todas las referencias a los nombres de las partes y otros detalles de identificación. Por otra parte, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) ha hecho pública su política de nombramiento de árbitros, la que se encuentra disponible en el sitio de internet <http://www.sccinstitute.com/media/220131/scc-policy-appointment-of-arbitrators-2017.pdf> (fecha de acceso: 13 de diciembre de 2017).

²¹ TRAKMAN, Leon E. «*Arbitration Options: Turning a Morass into a Panacea*». *University of New South Wales Law Journal*, 2008, vol. 31(1), pp. 299-302. De acuerdo con el criterio de familiaridad, el autor señala, por ejemplo, que partes de nacionalidad estadounidense preferirían elegir a la AAA, en tanto que partes de nacionalidad china se inclinarían por Cietac.

bal/capacidad para administrar arbitrajes a nivel mundial, entre otros criterios usados.²²

3. ERRORES COMUNES EN LA REDACCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La observación común en materia de arbitraje comercial es que el convenio arbitral es redactado sin que se le preste la debida atención, estudio y consideración, lo que trae como consecuencia el nacimiento de cláusulas patológicas.²³

²² Estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *White & Case, International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 2010, *Op. cit.*, pp. 21-22. El estudio fue realizado en base a una encuesta a abogados de empresas líderes a nivel mundial. A los factores arriba indicados, les siguen los siguientes: especialización en cierto tipo de disputas, libre selección de los árbitros (no sujeta a una lista de la institución de arbitraje exclusiva), sede del arbitraje, alto nivel en la administración (incluyendo proactividad, infraestructura, calidad del personal), examen previo del laudo por parte de la institución de arbitraje, presencia regional/conocimiento, recomendación de abogado externo, política corporativa y términos y condiciones estándar, consejo y recomendaciones de otros, método de remuneración de los árbitros (coste por hora), institución elegida por la otra parte, método de remuneración de los árbitros (*ad valorem*), exigencia de pago anticipado a la institución de arbitraje, semejanza del reglamento al Reglamento de la Cnudmi, exigencia de pago a la institución de arbitraje al final del procedimiento.

²³ El término data de 1974 y es atribuido a Frédéric Eisemann, entonces Secretario General honorario de la CCI, quien lo habría usado refiriéndose a defectos en la cláusula arbitral que pudieran entorpecer la buena marcha del arbitraje. Véase EISEMANN, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique, Commercial Arbitration - Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974. Véase también definición de cláusulas (arbitrales) patológicas en el *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 352-358, conforme al cual, son los «[...] 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».

Así lo han notado las instituciones de arbitraje, cuya tarea al recibir una solicitud de arbitraje es justamente examinar la cláusula arbitral con el objeto de determinar su competencia para administrar el caso.

Importantes instituciones de arbitraje de Europa han indicado que, pese a la recomendación de usar las cláusulas modelo a la hora de redactar el convenio arbitral, se reciben muchas cláusulas con defectos, más de lo que los usuarios del arbitraje pudieran imaginar.²⁴

Por su parte, la experiencia del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) es que la cláusula modelo se ve rara-

²⁴ Véase MCILWRATH, Michael. *The Gang of Four Rides Again: Pathological Clauses*, artículo publicado el 30 de julio de 2013 en el Kluwer Arbitration Blog, en <http://kluwerarbitrationblog.com/2013/07/30/the-gang-of-four-rides-again-pathological-clauses/> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), que recoge las observaciones de los representantes de cuatro de las principales instituciones de arbitraje de Europa —la Institución Alemana de Arbitraje (en adelante, DIS), la Cámara de Arbitraje de Milán (CAM), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC)— en un seminario sobre cláusulas patológicas y cómo las instituciones de arbitraje las enfrentan. En este artículo se señala que «las cláusulas con problemas son más frecuentes que lo que los profesionales se dan cuenta» y que uno de los representantes indicó que «aproximadamente, un 70 a 80% de todas las cláusulas arbitrales son patológicas en alguna medida». Señala, además, el artículo que «solamente dos de las instituciones (Estocolmo y Milán) tienen reglamentos que expresamente los autorizan a realizar un análisis *prima facie* acerca de la validez de una cláusula arbitral. En cambio, Viena tiene solamente una disposición sobre jurisdicción en su artículo 9(6), y el reglamento de DIS no se pronuncia al respecto. No obstante, se indicó que los estudios realizados muestran que la ausencia de una disposición expresa no es de gran preocupación en Austria y Alemania, pues, el historial de decisiones de las cortes en esos países muestra que éstas concluyen que hay un acuerdo arbitral aún en los casos en que la intención de las partes es ambigua. Lo mismo se dijo de Estocolmo. En cambio, la disposición de Milán puede interpretarse como cubriendo una necesidad local. Italia ha modificado sólo recientemente sus normas de procedimiento civil para alentar a las cortes a reconocer la validez de convenios arbitrales mal redactados, lo que constituye un cambio que aún está por evaluarse a fondo». (Traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

mente usada y que efectivamente se reciben cláusulas con defectos o patologías de menor o mayor gravedad.

Entre las causas de estos defectos se han indicado los siguientes:

1. La ampliamente conocida práctica de relegar la redacción de la cláusula arbitral al último momento en las negociaciones de un contrato, lo que ha llevado a que sea conocida como la «cláusula de la medianoche» —pues, es la última en redactarse, a altas horas de la noche o en la madrugada—²⁵ o como la «cláusula de autobús expreso de aeropuerto».²⁶ Detrás de esta práctica se encuentra la posible reticencia de las partes a contemplar la posibilidad de una disputa al momento de las negociaciones.²⁷ Las negociaciones se concentran en los aspectos económicos, financieros y comerciales de la transacción. Una vez concluida la negociación y logrado el acuerdo, las partes no están dispuestas a reabrir las negociaciones ni retrasar la firma del acuerdo por una cláusula que ellas consideran estándar.²⁸

Así es como a último momento se copian y pegan cláusulas arbitrales de algún modelo sin considerar la transacción sub-

²⁵ REDFERN, Alan y Martin HUNTER con Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, 4th edition, párrafo 3-02, p. 132.

²⁶ FRADE, Celina. *Linguistic Pathologies in Arbitration Clauses*. En BHATIA, Vijay K., Christopher N. CANDLIN y Maurizio GOTTI. *The Discourses of Dispute Resolution*. Bern: Peter Lang AG, 2010, v. 123, p. 150.

²⁷ REDFERN, Alan y Martin HUNTER con Nigel BLACKABY y PARTASIDES. *Op. cit.*, párrafo 3-02, p. 132.

²⁸ BERNARDINI, Piero. «The Arbitration Clause of an International Contract». *Journal of International Arbitration*, 1992, p. 45.

yacente ni las necesidades específicas para el caso concreto,²⁹ o bien, se adaptan apresuradamente.³⁰

Como lo ha indicado un destacado especialista en arbitraje, el problema de fondo puede encontrarse en la falta de un sistema de gestión y manejo de conflictos al interior de las empresas, las cuales actúan en forma reactiva y no en forma estratégica y preventiva frente a los conflictos que las afectan.³¹

2. La falta de conocimientos y experiencia de quienes negocian el contrato, quienes frecuentemente no son juristas con experiencia en arbitraje internacional.³²
3. Desde un punto de vista lingüístico: el uso de expresiones ambiguas, el uso de lenguaje injustificadamente sofisticado o parco, traducciones defectuosas de cláusulas arbitrales en contratos internacionales en más de una lengua.³³

²⁹ TOWNSEND, John M. «Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins». *Dispute Resolution Journal*, 2003, vol. 58, n.º 1, p. 1, disponible en el sitio de internet http://law.pace.edu/sites/default/files/CLE/9-13-12_Drafting_Arb_Clauses-Avoiding_the_Seven_Deadly_Sins.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

³⁰ Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 352.

³¹ Véase STIPANOWICH, Thomas J. «Arbitration and Choice: Taking Charge of the “New Litigation” (Symposium Keynote Presentation)», 7 *DePaul Bus. & Com. L.J.* 383, 2009, p. 388, disponible en: <http://via.library.depaul.edu/bclj/vol7/iss3/3>.

³² STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration and Choice: Taking Charge. Op. cit.*, pp. 389-390.

³³ Acerca de patologías lingüísticas en cláusulas modelo de instituciones de arbitraje véase FRADE, Celina. *Op. cit.*, pp. 145-164.

A continuación, a modo de ejemplo, un listado no exhaustivo de errores comunes en la redacción de la cláusula arbitral:³⁴

1. Identificación incorrecta de la institución de arbitraje o del reglamento aplicable.
2. Referencia a una institución de arbitraje inexistente.
3. Designación de más de una institución de arbitraje o más de un reglamento de arbitraje.
4. Designación de una institución de arbitraje sin indicar el reglamento aplicable.
5. Designación de una institución de arbitraje sujetando la administración al reglamento de otra institución de arbitraje.
6. Ámbito de aplicación ambiguo o muy limitado.
7. Omisión o ambigüedad de los elementos esenciales de la cláusula arbitral (por ejemplo, no pactar claramente el arbitraje como medio de resolución de disputas).
8. Ambigüedad de elementos recomendados de la cláusula arbitral (número de árbitros, sede del arbitraje o idioma del mismo).

³⁴ Listado confeccionado por la autora a partir de las siguientes fuentes: *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 352-358. TOWNSEND, John M. *Op. cit.*, pp. 1-4. BISHOP, R. Doak. «Drafting the ICC Arbitral Clause». *King & Spalding*. ESTÉVEZ SANZ, Marlen y Roberto MUÑOZ ROJO. «Validez y eficacia del convenio arbitral». *King & Wood Mallesons*, 2017, disponible en http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017). MCILWRATH, Michael. *Op. cit.*

9. Especificación excesiva (por ejemplo, imponer requisitos excesivos al árbitro).
10. Cláusulas arbitrales escalonadas que no regulan claramente el momento en que las partes pueden recurrir al arbitraje.
11. Ambigüedad o falta de claridad producida por una traducción deficiente de la cláusula arbitral en contratos en más de un idioma.
12. Cláusulas arbitrales que fijan plazos muy difíciles de cumplir.

Algunos de estos defectos pueden ser subsanados sin dificultad en el arbitraje institucional, mientras que otros pueden convertir una cláusula arbitral válida en una no operante o ineficaz, al producirse disputas sobre su interpretación y aplicación, o hacerse imposible la ejecución del laudo arbitral. Si bien existe una tendencia general a favor de del arbitraje, la eficacia que se dé al convenio arbitral depende en última instancia de los tribunales de justicia estatales que conocerán y evaluarán la cláusula arbitral.³⁵

4. RECOMENDACIONES PARA EL USO DE LA CLÁUSULA MODELO

Todas las guías para la correcta redacción de la cláusula arbitral en el arbitraje institucional tienen como común denominador destacar a la cláusula modelo, al menos como punto de partida para la redacción de una cláusula arbitral efectiva.

4.1. Recomendaciones de las instituciones de arbitraje

Las instituciones de arbitraje son enfáticas en recomendar el uso de sus cláusulas modelo al momento de redactar el convenio arbitral.

³⁵ Así lo explican con ejemplos de la jurisprudencia internacional ESTÉVEZ SANZ, Marlen y Roberto MUÑOZ ROJO. *Op. cit.*, pp. 1-13.

En la práctica, esto significa que, una vez que se haya optado por el arbitraje institucional y logrado acuerdo respecto de una institución de arbitraje, las partes deben escoger un reglamento de la institución seleccionada y usar la cláusula modelo recomendada en ese reglamento.

Las instituciones de arbitraje recomiendan que se use aquel reglamento; y, por ende, aquella cláusula modelo que más se ajuste a las necesidades de las partes en función de la transacción o contrato subyacente.

Para evitar riesgos de errores, las instituciones de arbitraje no fomentan la creatividad de las partes, sino que recomiendan usar las cláusulas modelo tal cual, sin alteraciones, esto es, copiar y pegar la cláusula modelo en el contrato.³⁶ La CCI señala que las partes son libres de adaptar la cláusula elegida a sus circunstancias particulares, con la advertencia de que, al hacerlo, deben observar cuidado para evitar ambigüedades. La CCI también recomienda que las partes verifiquen los requisitos obligatorios de la cláusula arbitral en la sede del arbitraje y en el país o países en que se prevea su ejecución.³⁷

En general, las instituciones de arbitraje advierten que, de hacerse modificaciones a la cláusula modelo, éstas deben hacerse por o con asistencia de profesionales especialistas en arbitraje, cuidando de no caer en ambigüedades.

Algunas instituciones de arbitraje ofrecen cierto grado de asistencia a los usuarios de arbitraje al usar la cláusula modelo.³⁸ Con el mismo fin

³⁶ Un ejemplo de ello lo ofrece la Institución Alemana de Arbitraje (DIS), que cuenta explícitamente con una cláusula modelo para aplicación de su reglamento en versión para copiar y pegar y otra en versión comentada en el sitio de internet <http://www.disarb.org/en/17/clause/overview-id0> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017).

³⁷ Reglamento de la CCI de 2012 modificado en 2017, p. 78.

³⁸ A modo de ilustración, de acuerdo a su sitio de internet, la Secretaría de la LCIA atiende consultas sobre modificaciones a las cláusulas recomendadas, por ejemplo,

de asistencia, algunas instituciones han publicado guías prácticas para la redacción de convenios arbitrales a partir de la cláusula modelo.³⁹

para el nombramiento de árbitros por parte de las partes o para procedimientos acelerados. (Según se expresa en inglés en el sitio de internet http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), bajo el subtítulo «Modifications to Recommended Clauses: *The LCIA Secretariat will be pleased to discuss any modifications to these standard clauses. For example, to provide for party nomination of arbitrators or for expedited procedures*»). Así también la Secretaría de la CCI y las oficinas regionales atienden consultas por teléfono o e-mail, sujetas a estricta neutralidad y confidencialidad en su trabajo, según se indica en idioma inglés en el sitio de internet <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017): «*While maintaining strict neutrality, our Secretariat and other regional offices are available via telephone or email to answer questions. Although we are happy to provide information, all Secretariats' work is strictly confidential. Neither we nor any part of ICC will disclose information concerning a case except to those involved*».

³⁹ Por ejemplo, la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante, AAA) ha publicado la guía en inglés *Drafting Dispute Resolution Clauses-A Practical Guide*, en el sitio de internet https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf (fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017). Por su parte, la división internacional de la AAA llamada Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD), ha publicado la guía en inglés *ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*, en el sitio de internet

https://www.icdr.org/icdr/faces/clausedrafting?_afLoop=1295023428190828&_afWindowMode=0&_afWindowId=1hkph5e8k_1#%40%3F_afrWindowId%3D1hkph5e8k_1%26_afrLoop%3D1295023428190828%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1hkph5e8k_55&_afTs=15126245747

(fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017) y su versión en español *Guía del CIRD para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*, en el sitio de internet https://www.icdr.org/icdr/faces/languageoptions/spanish?_afLoop=1295481903362274&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26_afrLoop%3D1295481903362274%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1hkph5e8k_128 (fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017).

4.2. *Recomendaciones de la Asociación Internacional de la Abogacía (IBA)*

La Asociación Internacional de la Abogacía —conocida como IBA, sigla de su nombre en inglés *International Bar Association*— ha dado directrices básicas para la redacción del convenio arbitral, las llamadas «Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional» (en adelante, «Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales»⁴⁰).

Han sido desarrolladas para asistir a quienes ordinariamente se involucren en la redacción de contratos, ya sean especialistas o no especialistas en arbitraje, y contribuir a que las cláusulas arbitrales sean no solamente efectivas, sino que representen de forma precisa y completa la voluntad de las partes cuando acuerdan someter sus controversias a arbitraje.⁴¹

Las Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales comienzan con una serie de Directrices Básicas de Redacción.

Conforme a la Directriz 1, si las partes escogen el arbitraje institucional, «[...] deben buscar una institución reputada, usualmente una con trayectoria significativa en administrar casos internacionales. [...]».⁴²

⁴⁰ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA de 7 de octubre de 2010 (traducción no oficial de la versión oficial en inglés) disponible en http://oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

⁴¹ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 2.

⁴² Véase Directriz 1 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 7.

Con arreglo a la Directriz 2, las partes deben seleccionar un reglamento de la institución de arbitraje escogida y usar la cláusula modelo recomendada en este reglamento como punto de partida:

[...] Cuando las partes han optado por arbitraje institucional, la elección del reglamento de arbitraje debe coincidir siempre con el de la institución elegida [...].⁴³

[...] Una vez ha sido seleccionado el reglamento, las partes deberían usar el modelo de cláusula recomendada por la institución o entidad autora del reglamento como punto de partida para la redacción de su cláusula arbitral. Las partes pueden añadir elementos a la cláusula modelo, pero rara vez deberían sustraerlos de ella. Al hacer esto, las partes se asegurarán de que todos los elementos necesarios para hacer un pacto arbitral válido, ejecutable y efectivo se encuentran presentes. Las partes se asegurarán de que se ha establecido inequívocamente el arbitraje como método exclusivo de solución de controversias bajo el contrato y que se están usando los nombres correctos de la institución arbitral y el reglamento escogido (evitando así confusiones o tácticas dilatorias cuando surja una disputa). Las partes deberían asegurarse de que el lenguaje añadido a la cláusula modelo sea consistente con el del reglamento de arbitraje seleccionado.⁴⁴

La cláusula modelo recomendada es aquella que se encuentra en el sitio de internet de la institución de arbitraje escogida:

Para una cláusula de arbitraje institucional, es recomendable acceder a la página web de la institución escogida para usar la cláusula modelo propuesta por la institución como base para redactar la cláusula arbitral. Algunas instituciones también han desarrollado cláusulas específicas para ciertas industrias [...].⁴⁵

⁴³ Véase Directriz 2 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 8 y 9.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 9.

Luego, las Directrices 3 a 8 dan las siguientes recomendaciones a las partes: que no intenten limitar el alcance de las controversias sometidas a arbitraje, salvo circunstancias especiales; que escojan la sede del arbitraje en base a consideraciones prácticas y jurídicas; que señalen el número de árbitros, y su método de nombramiento y reemplazo; que indiquen el idioma del arbitraje; y que, por lo general, especifiquen la ley sustantiva aplicable al contrato y a cualquier controversia posterior.⁴⁶

Además de las Directrices Básicas de Redacción ya mencionadas, las Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales contienen directrices para la redacción de elementos opcionales, cláusulas escalonadas, cláusulas arbitrales multi-partes y para contratos múltiples.⁴⁷

4.3. Recomendaciones de los especialistas en arbitraje

Los especialistas en arbitraje recomiendan a los redactores no experimentados hacer uso de la cláusula modelo de alguna reconocida institución de arbitraje, siempre y cuando sea adecuada para la transacción subyacente.⁴⁸

A su vez, advierten que no existe una cláusula que pueda aplicarse a todo propósito, y que, por el contrario, cada cláusula debe ser adaptada a las exigencias del caso, en atención a factores tales como la identidad de las partes, la relación entre éstas, la naturaleza del contrato o transacción, las posibles disputas que pudieran surgir a futuro y la legislación aplicable.⁴⁹

⁴⁶ Véase Directrices 3-8 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, *Op. cit.*, pp.11-21.

⁴⁷ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, *Op. cit.*, pp. 21-45.

⁴⁸ TOWNSEND, John M., *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁹ BISHOP, R. Doak, *Op. cit.*, p. 1 y BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 58.

Por lo mismo, recomiendan no copiar y pegar la cláusula modelo, sino que considerar las particularidades del negocio y, en base a ello, ver si es necesario agregar otros elementos. A este efecto, los especialistas han preparado guías para la redacción de cláusulas arbitrales.⁵⁰

5. LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MODELO

5.1. *La cláusula modelo es coadyuvante de la buena redacción del convenio arbitral*

Como se desprende de los párrafos anteriores, el convenio arbitral, que es la piedra angular del arbitraje, debe ser bien redactado.

Aunque es comprensible que, al negociar un contrato, la atención de las partes no esté, precisamente, enfocada hacia posibles futuras controversias, es imprescindible que éstas tengan plena conciencia de la importancia del convenio arbitral y de la necesidad de redactarlo en forma correcta. De lo contrario, corren el riesgo de crear una cláusula defectuosa, cuyas consecuencias se verán más tarde en el caso de producirse una disputa.

En este contexto, la cláusula modelo cumple un rol fundamental, al asistir a las partes o a sus asesores en la redacción de un convenio arbitral eficaz que cumpla con los requisitos de claridad y corrección esenciales, impidiendo conflictos posteriores acerca de su interpretación y aplicación.

50 Por ejemplo, BISHOP, R. Doak, *Op. cit.* y BORN, Gary B. *Op. cit.*

Otra guía es la *Annotated Model Arbitration Clause for International Contracts: A checklist of issues to consider in drafting an arbitration clause, with suggested text and commentaries Including the Debevoise & Plimpton LLP Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration*, Debevoise & Plimpton LLP, 2011, disponible en el sitio de internet de este despacho de abogados https://www.debevoise.com/-/media/files/capabilities/arbitration/annotated_model_arbitration_clause_for_international_contracts_recent.pdf (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017).

Además, es la manera más simple de lograr un convenio arbitral bien redactado y efectivo. Al decir de un autor, la cláusula modelo representa economía y consenso. Adaptarla a la transacción en particular es una práctica que exige negociaciones y produce un gasto mayor al inicio de la transacción, lo cual pudiera poner en peligro la operación entre las partes o su implementación.⁵¹

5.2. La cláusula modelo es coadyuvante del buen funcionamiento del sistema de arbitraje comercial internacional

El convenio arbitral es una manifestación del principio de autonomía de las partes, las cuales acuerdan sustraer la resolución de sus controversias de las cortes estatales para someterlas a la justicia arbitral, ya al momento de celebrar sus contratos, o, en forma menos frecuente, con posterioridad, una vez surgida la disputa.

Es el mismo principio de autonomía de las partes el que informa el procedimiento a ser seguido por el tribunal arbitral en el arbitraje comercial internacional. En virtud de él, las partes gozan de una amplia libertad para diseñar el arbitraje de acuerdo a sus necesidades,⁵² aunque están sujetas a ciertas limitaciones como lo son los requisitos con que debe cumplir el convenio arbitral conforme al derecho que le sea aplicable; asimismo, el procedimiento de arbitraje está sujeto a disposiciones obligatorias del *lex arbitri*; finalmente, hay ciertas disposiciones de los

⁵¹ CARBONNEAU, Thomas E. *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, 36 Vand J. Transnat'l L. 1189, 2003, p. 1231.

⁵² Las partes pueden decidir entre arbitraje *ad-hoc* e institucional. Si se deciden por el arbitraje institucional, pueden elegir la institución de arbitraje y el reglamento a ser aplicado que más convengan a sus necesidades, atendido el contrato subyacente. Además, pueden incluir en el convenio arbitral una serie de otros acuerdos en relación al arbitraje. Aún después de pactado el convenio arbitral, las partes pueden hacer modificaciones.

reglamentos de una institución de arbitraje que no son susceptibles de modificación por las partes.⁵³

Siendo el convenio arbitral el pilar fundamental del arbitraje, la efectividad del arbitraje como medio de resolución de conflictos depende de la claridad y precisión con que esté redactado, así como también del cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios conforme al derecho aplicable.⁵⁴ Por ello, debe ser redactado cuidadosamente; y, de ser posible, por expertos en materia de arbitraje o siguiendo sus recomendaciones.

A este respecto, la CCI ha señalado que «[u]n lenguaje poco claro causa incertidumbre y retrasos y puede entorpecer o incluso comprometer el procedimiento de solución de controversias».⁵⁵

Inversamente, se puede sostener que la cláusula modelo, al asistir en la redacción de convenios arbitrales claros y libres de defectos, contribuye a la seguridad jurídica y al buen funcionamiento del sistema de arbitraje comercial internacional.

Con respecto a las críticas que han surgido desde hace un tiempo en el sentido de que el arbitraje no estaría cumpliendo con las expecta-

⁵³ PRYLES, Michael. «Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure». *Journal of International Arbitration*, 2007, Issue 3, vol. 24, pp. 327-339.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, SANDLER OBREGÓN, Verónica. *El acuerdo arbitral y sus efectos en el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros*. En AA. VV. Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros, publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), 2015, pp. 251-293, disponible en el sitio de internet http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

⁵⁵ Reglamento de la CCI de 2012 modificado en 2017, p. 78.

tivas de los usuarios,⁵⁶ es necesario indicar que, para que el arbitraje sea efectivo y brinde las ventajas que se le atribuyen por sobre otros medios de resolución de conflictos, es primordial que las partes asuman un rol activo al redactar el convenio arbitral.⁵⁷

En este sentido, es muy importante que las partes tomen conciencia y se hagan cargo de la importante herramienta que tienen en sus manos, esto es, de la libertad para diseñar el arbitraje al momento de redactar la cláusula arbitral,⁵⁸ pues, como se ha dicho anteriormente, las elecciones

⁵⁶ Véase STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration: The New Litigation*, *University of Illinois Law Review*. Rev. 1, 2010, disponible en <http://publish.illinois.edu/lawreview/archives/volume-2010/> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017), p. 1. Este autor señala lo siguiente: «[...] Una vez promocionado como un medio de evitar la contienda, los costes y los gastos del proceso judicial, el arbitraje vinculante es ahora descrito en términos similares - “judicializado”, formal, costoso, prolongado y objeto de abogacía dura. [...]» (traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

⁵⁷ Así lo manifiestan EARNEST, David, Raúl GALLARDO, Garðar Víðir GUNNARSSON y Tobiasz KACZOR, con prólogo del profesor BERNARDINI, Piero. *Four Ways to Sharpen the Sword of Efficiency in International Arbitration*, publicado en marzo de 2013 en el *Young ICCA Blog* disponible en el sitio de internet <http://www.arbitration-icca.org/YoungICCA/news/2013/15/young-icca-mentees-write-group-paper.html> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017), pp. 3-12, autores que se pronuncian, entre otros temas, sobre el impacto que pueden tener las decisiones preliminares de las partes sobre la conducción del arbitraje de manera expedita y económicamente eficaz. Así también STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration: The New Litigation*. *Op cit.*, pp. 1-2 y 50-56, autor que destaca la posibilidad de elección y de adaptar el procedimiento a las necesidades de los usuarios como el mayor valor del arbitraje. Indica este autor que hay «[...] una necesidad urgente de un ejercicio más efectivo de la posibilidad de elección por parte de los usuarios del arbitraje y otros, cuyas decisiones afectan la experiencia del arbitraje» (traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

⁵⁸ Sobre el tema del ejercicio de la libertad en la redacción de cláusulas arbitrales, véase STIPANOWICH, Thomas J., *Arbitration: The New Litigation*, *Op cit.* Véase también STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration and Choice: Taking Charge*. *Op. cit.* Otro autor que ha escrito sobre el tema es CARBONNEAU, Thomas E. *Op. cit.*, pp. 1189-1232.

que hagan las partes en la cláusula arbitral tendrán un impacto directo en el arbitraje.

De este modo, dedicando el tiempo necesario a la redacción de la cláusula arbitral y siguiendo las recomendaciones que se han dado para este efecto —las que incluyen el uso de la cláusula modelo— las partes podrán obtener el máximo beneficio de la cláusula arbitral y, al mismo tiempo, contribuir al buen funcionamiento del sistema de arbitraje internacional.

6. CONCLUSIÓN

El arbitraje comercial internacional es un sistema complejo, a cuyo éxito deben contribuir cada uno de sus actores.

Siendo el arbitraje producto de la voluntad de las partes, es ineludible la responsabilidad de éstas en el buen funcionamiento del sistema.

En el arbitraje institucional, la importancia de la cláusula modelo resulta evidente, al menos como punto de partida para lograr un convenio arbitral válido y eficaz. Toda modificación o adición a la cláusula modelo debe ser realizada por especialistas en materia de arbitraje o siguiendo las directrices o guías preparadas por ellos. De lo contrario, se corre el riesgo de cometer errores en la redacción del convenio que pudieran desvirtuar el propósito de la cláusula modelo —cual es asegurar la eficacia de la cláusula arbitral— y, aún peor, poner en peligro el arbitraje como medio eficaz de resolución de conflictos.

Pese a la clara importancia de la cláusula modelo, la impresión que queda —dada la alta recurrencia de defectos en los convenios arbitrales— es que los redactores de contratos poco recurren a ella, o bien, la modifican en forma inadecuada.

Lo anterior lleva a la conclusión de esta autora de que es necesaria una mayor concientización de los usuarios del arbitraje comercial institucional acerca del rol que les cabe en el buen funcionamiento y eficacia de este medio de resolución de conflictos. A la vez, no es suficiente informarlos sobre la existencia de la cláusula modelo, sino que se hace necesario instruirlos sobre el correcto uso de esta importante herramienta que está al servicio de las partes y sus asesores en la redacción de los convenios arbitrales.

EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS REQUISITOS INSALVABLES: CAPACIDAD DE LAS PARTES, MATERIA ARBITRABLE Y OTRAS CUESTIONES QUE INCIDEN EN SU VALIDEZ FORMAL

*María Arias**

Sumario: 1. Introducción.— 1.2. Validez formal del convenio arbitral.— 1.2.1. Constancia por escrito.— 1.2.2. Materia arbitrable.— 1.3. Determinación de las partes.— 1.3.1. Capacidad de las partes.— 1.3.2. Terceros.— 1.3.2.2. Cesión, mandato y sucesión.— 1.4. Voluntad expresa de sumisión a arbitraje.— 1.4.1. Cláusulas patológicas.— 1.5. Determinación de la relación jurídica singular.— 1.6. Conclusiones.

Resumen: En una primera aproximación al concepto de convenio arbitral, podemos definirlo como un acuerdo de voluntades, pactado de forma expresa, de someter a arbitraje todas o algunas controversias, pasadas, actuales o futuras, respecto de una relación jurídica, o varias, contractuales o no. Del acuerdo arbitral ha de desprenderse que las partes se someten al arbitraje, debiendo de inferirse del convenio que esa es la verdadera voluntad de los interesados.

Abstract: In a first approximation to the concept of arbitration agreement, we can define it as an agreement of wills, explicitly agreed, to submit to arbitration all or some past, present or future controversies regarding a legal relationship, or several, contractual or not. From the arbitration agreement, it must be inferred that the parties submit to arbitration, and it must be inferred from the agreement that this is the true will of the interested parties.

* Abogada. Corte Española de Arbitraje; Madrid.

Palabras clave: Arbitraje; convenio arbitral; voluntad de las partes; sumisión expresa.

Key words: *Arbitration; arbitration agreement; will of the parties; submission.*

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje en España está regulado con alcance general por la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (en adelante, LARB). En el plano internacional, la regulación de los acuerdos arbitrales viene determinada, principalmente, por reglas de origen convencional.

El régimen básico de los acuerdos de arbitraje está contenido en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York), regulando en su artículo II los acuerdos de arbitraje y sus efectos positivos y negativos.

El principal efecto positivo del convenio arbitral consiste en obligar a las partes a cumplirlo, siendo el efecto negativo, por tanto, el de impedir a los tribunales ordinarios conocer de la controversia.

La Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, Ley Modelo), también nos ofrece, en su artículo 7, una de definición de acuerdo de arbitraje.

Define el acuerdo de arbitraje como «un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

El artículo II de la Convención de Nueva York establece que

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

En cualquier caso, podemos afirmar que el acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre ellas, constituye la piedra angular del arbitraje comercial internacional moderno; y, tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo, giran en torno a un principio fundamental: «para que haya arbitraje válido, es imprescindible la existencia previa de un acuerdo de arbitraje válido».

El convenio arbitral es, por tanto, un contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad inequívoca de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Puede adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato o constituir un acuerdo independiente. Debe constar por escrito, en un documento firmado por las partes y puede resultar, incluso, de un intercambio de cartas, telegramas, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo.¹

El convenio arbitral debe ser redactado por escrito y de manera sencilla. No requiere de formalidades especiales, pero, debe contener, necesariamente, los siguientes elementos decisivos para la existencia y validez del mismo:

- a) Constancia por escrito.
- b) Determinación de las partes.
- c) Voluntad expresa de someterse a arbitraje.
- d) Determinación de la relación jurídica singular.

¹ Artículo 9 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

Las demás condiciones son facultativas y su omisión no es invalidante, pudiendo ser incluidas en acuerdos complementarios o suplidas del modo legalmente previsto (*v. gr.*, clase de arbitraje, nombramiento de árbitros, plazo, sede, normas de procedimiento, etc.).

Podemos concluir diciendo que, el acuerdo de arbitraje es un pacto de naturaleza contractual, cuya finalidad inmediata es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia, y su finalidad mediata, obtener la resolución de dicha controversia con los mismos efectos que una sentencia firme, esto es, cosa juzgada y ejecutoriedad.

2. VALIDEZ FORMAL DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1. *Constancia por escrito*

El requisito de forma escrita está consagrado tanto en los tratados internacionales como en el derecho interno. La Convención de Nueva York sólo contempla el reconocimiento y la ejecución del acuerdo arbitral en aquellos casos en los que conste por escrito. La Ley Modelo también parte del mismo principio de constancia escrita, habiéndose trasladado el mismo, a su vez, a todas las leyes nacionales que han incorporado o seguido la Ley Modelo, incluida la ley española de 2003. La misma exigencia se recoge, tanto en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Panamá, en enero de 1975.

La exigencia de forma escrita tiene una doble finalidad: (i) asegurar que las partes, efectivamente, acordaron someter una disputa a arbitraje

(función interna) y (ii) la confirmación o evidencia de la existencia de dicho consentimiento (función externa).²

La mayor parte de las legislaciones modernas en materia de arbitraje intentan definir de la forma más amplia posible, los requisitos que deben reunirse para que se considere que el acuerdo arbitral conste por «escrito», hasta el punto de que se ha llegado a interpretar, por ejemplo, que en la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, se define el término «escrito», de tal modo que en él se incluyen los acuerdos celebrados en forma oral, siempre que existan referencias a un modelo escrito que contenga en sí mismo un acuerdo de arbitraje.³

La Convención de Nueva York pone el acento en la existencia de un acuerdo firmado, cuando define en su artículo II.2 el requisito del acuerdo «por escrito» en los siguientes términos: «La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas».

Hay que decir que, la exigencia de firma, es un requisito que las leyes modernas sobre arbitraje comercial internacional han dejado a un lado en buena parte, siendo suficiente la constancia escrita del acuerdo arbitral. Ello, no obstante, hay que actuar con cierta cautela, pues existe la posibilidad de que tribunales de jurisdicciones en las que es común el arbitraje internacional, denieguen la ejecución de acuerdos de arbitraje que no consten en un documento escrito firmado por las partes o que un acuerdo arbitral considerado válido por un tribunal arbitral o estatal

² LEW, J.D.M., Loukas A. MISTELIS, Stefan Michael KRÖLL *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres-Nueva York: Kluwer Law International, 2003, p. 131.

³ REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY, Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Madrid: Thomson Aranzadi, nota pie de página n.º 30, p. 66.

en un país, no lo sea para la justicia del país en el que corresponde ejecutar el laudo.

Por su parte, en nuestra jurisprudencia, es doctrina reiterada que, en esta materia, predomina un criterio antiformalista, de modo que, si la Convención de Nueva York exige la forma escrita, lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo. De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, conforme al cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el artículo II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos, no son exhaustivos, sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo cualquiera que permita acreditar la existencia del pacto arbitral, incluido, por ejemplo, el correo electrónico, tal y como ya admite el artículo 9.3.º de la LARB. (ATSJ Cataluña CP 1.ª 15 de marzo de 2012 «RJ 2012,6120»).⁴

En estos casos, no es necesaria la firma de los documentos, pero sí que las declaraciones de ambas partes, consten por escrito (STS 28 de enero de 1998 «RAJ 118»).

2.2. Materia arbitrable

Tal y como señala el profesor José Carlos Fernández Rozas, constituyendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el sustrato mismo del arbitraje, queda fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición.

⁴ VERDERA TUELLS, Evelio, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, José M.ª BENEYTO PÉREZ, GONZALO STAMPA CASAS. *Jurisprudencia española de arbitraje*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 257.

El árbitro posee *auctoritas*, pero carece de *potestas* que es atributo exclusivo del Estado, es decir, mientras que el juez es el titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo y está revestido de *imperium*, el árbitro, desprovisto de tal cualidad, únicamente ejerce su mandato en el marco de la autonomía de la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia.⁵

Cada Estado decide qué cuestiones pueden, o no, resolverse mediante arbitraje, según su propio plan de acción en materia política, social y económica; y, tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo, hacen referencia, únicamente, a que «el asunto pueda ser resuelto por arbitraje». Por su parte, la LARB dispone que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».⁶

Como indica la Exposición de Motivos de la LARB, «el artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley n.º 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por *razones* de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero, ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales».

⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Catedrático de derecho internacional privado CCM. «Ámbito de actuación del juicio de árbitros tras la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje», p. 77.

⁶ Artículo 2.1 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

Tradicionalmente, han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje: el criterio de la libre disposición conforme a derecho y el criterio patrimonial.

Hasta donde conocemos, en ningún país la arbitrabilidad es absoluta. Todos establecen límites a la potestad de las partes para someter a arbitraje la resolución de sus controversias. Se reconoce casi universalmente que las cuestiones relativas a derechos personalísimos nacidos del derecho de familia (*v. gr.*, divorcio o filiación), o las penales (entendidas como las derivadas de la prosecución y punición de los delitos), entre otras, no pueden ser objeto de arbitraje.

Tal y como afirma la profesora M.^a del Pilar Perales Viscasillas, en España, nos encontramos con que, el criterio de disponibilidad o no de la materia, se aproxima cada vez más al criterio de la patrimonialidad o de la susceptibilidad de que los derechos en disputa tengan un contenido económico, incluidas las cuestiones societarias y las relativas a la propiedad intelectual. Relacionar libre disposición con patrimonialidad de la materia, viene siendo la doctrina mayoritaria; no obstante, es concebible que, por razones de política jurídica, haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que el legislador quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, lo cual habrá de ser objeto, en su caso, de normas específicas en otros textos legales. Es decir, se considera que no son susceptibles de ser sometidas a arbitramento aquellas cuestiones cuya determinación se encomienda a una jurisdicción especial.

No obstante lo anterior, se entiende que el criterio de la libre disposición es más amplio que la patrimonialidad. La disponibilidad del derecho se da cuando las partes pueden disponer de mutuo acuerdo sobre él o sobre determinados aspectos del mismo, esto es, cuando gozan de autonomía de la voluntad sobre el derecho.⁷

⁷ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil*. Editorial Legis, 2006 (<http://www.arbitrajecomercial.com>).

El artículo 6.2 del Código Civil dispone expresamente que: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», lo cual nos permite situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público. (SAP Barcelona 15.^a de 16 de marzo de 2005 «JUR 2005, 125545»; SAP Barcelona 15.^a de 30 de junio de 2008 «JUR 2009, 43717»).

Bajo esta regulación se va más allá de las restricciones que originariamente se contenían en los artículos 1820 y 1821 del Código Civil (derogados con la Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje), que ceñían la materia indisponible a aquélla que no podía ser objeto de transacción según el artículo 1814 del Código Civil: estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros. Existen, al margen de estas materias, otras que no pueden ser objeto de transacción, por aplicación del artículo 6.2 del Código Civil, que niega validez a la exclusión voluntaria de la ley aplicable a la renuncia de los derechos en ella reconocidos cuando sean contrarias al interés o el orden público o perjudique a terceros.

En cualquier caso, el límite del orden público establecido por el precitado artículo 6.2 del Código Civil, no puede identificarse con normas imperativas; y, por lo tanto, no dispositivas, pues en este caso, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que, casi toda la normativa goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje, lo que impide es que la controversia sea resuelta al margen de dichas normas o contrariándolas. Mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso, cabe imaginar la disposición de la materia; y, por tanto, su sumisión a arbitraje. (SAP Almería, 3.^a de 25 de abril de 2008 «JUR 2008,215207»; AAP Barcelona 15.^a de 29 de abril de 2009 «JUR 2009, 472969»; AAP Barcelona 15.^a de 9 de febrero de 2010 «JUR 2010, 179589»; AAP Madrid 14.^a de 30 de junio de 2011 «JUR 2011,309944»).

Más allá de estas exclusiones y limitaciones, corresponderá a la práctica arbitral y a la jurisprudencia la determinación casuística de las cuestiones arbitrables y las no arbitrables. Así, en el artículo 22 de la LARB, se declara la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, lo que los llevará a no entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, si aprecian que ésta no es susceptible de arbitraje.

Si acudimos al derecho comparado el criterio es similar. El Código Civil francés, por ejemplo, dispone que todas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición, si bien establece una limitación sobre las controversias referidas a determinadas áreas (derecho de familia); y más, generalmente, sobre todas las materias que afecten al orden público.⁸ De modo similar, la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, señala que cualquier disputa referida a cuestiones patrimoniales podrá ser objeto de arbitraje.⁹ El Código Procesal Civil alemán, dispone que todo reclamo referente a un interés económico, puede ser objeto de arbitraje, al igual que aquéllos que no se refieran a un interés económico, pero de los cuales las partes pueden disponer libremente.¹⁰

⁸ Artículo 2059.- «Todas las personas pueden celebrar compromisos en relación con los derechos de que puedan disponer libremente».

Artículo 2060.- «No podrán celebrarse compromisos sobre las cuestiones inherentes al estado y la capacidad de las personas, las relativas al divorcio y la separación judicial, las controversias en que posean intereses las administraciones y entidades públicas y, de forma más general, en cualquier ámbito que sea de orden público. No obstante, podrá autorizarse a celebrar compromisos, en virtud de decreto, a determinadas categorías de entidades públicas de carácter industrial y comercial».

⁹ Artículo 177.1.- «Cualquier interés patrimonial puede ser objeto de un arbitraje».

¹⁰ Artículo 1030.- «(1) Toda pretensión de derecho patrimonial puede ser objeto de un convenio arbitral. Un convenio arbitral sobre pretensiones de derecho no patrimonial tendrá eficacia jurídica en tanto las partes estén facultadas para transigir sobre el objeto litigioso. (2) Un convenio arbitral sobre litigios referidos a la existencia de arrendamiento sobre una vivienda situada en territorio nacional no es eficaz».

Por su parte, los tribunales norteamericanos y canadienses, así como los franceses, han sido, particularmente, consistentes a la hora de interpretar el alcance de las limitaciones legales a la arbitrabilidad, respetando la autonomía de la voluntad de las partes y considerado, incluso, que el arbitraje es válido para resolver temas tan sensibles como los que surgen de contratos de trabajo o de consumo, patentes y marcas o cuestiones vinculadas con la libre competencia.¹¹ El punto de partida de su análisis es que, como cuestión de principio, las estipulaciones libremente pactadas deben respetarse. «En la medida en que el sometimiento a arbitraje es una derivación de la libertad de contratación, y que ésta constituye un motor indispensable para el desarrollo de los pueblos y una parte esencial de la vida en comunidad, es dable exigir al legislador que no restrinja la autonomía de la voluntad de los particulares, más allá de lo estrictamente necesario para tutelar intereses fundamentales».¹²

2.3. Determinación de las partes

2.3.1. Capacidad de las partes

La denominada arbitrabilidad subjetiva no es más que la acreditación del consentimiento de las partes para someter una disputa a arbitraje. Esto es, si las partes tenían capacidad suficiente para suscribir el convenio arbitral.

¹¹ Ver, entre otras: *Thomas, Kenneth c/ Perry, Barclay*. US Supreme Court 15 de junio de 1987, n.º 86-566, 42 483; *Gilmer vs. Interstate c/ Johnson Lane Corp.*, Supreme Court 13 de mayo de 1991, n.º 500 20; *Dell Computer Corp. c/ Union des consommateurs*, Supreme Court 13 de julio de 2007, 2007 SCC 34; *Rogers Wireless Inc. c/ Frederick Muroff*, Supreme Court 13 de julio de 2007, 2SCR 921, 2007 SCC 35; *Michelle Seidel c/ Telus Communications Inc.*, Supreme Court, 18 de marzo de 2011, 2011 SCC 15; *Scherk c/ Alberto-Culver Co.*, Supreme Court 17 de junio de 1974, 417 US 506; *Mitsubishi Motors Corporation c/ Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, US Supreme Court 2 de julio de 1985, 473 US 614, 105 S. Ct. 3346; *Kerry Murphy c/ Amway Canada Corporation*, Federal Court of Appeal 14 de febrero de 2013, 2013 FCA 38.

¹² CAIVANO, Roque J. *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial El Derecho, 2013, n.º 13306, p. 10.

Siendo el convenio arbitral un acto jurídico, es imprescindible para su celebración que éste emane de sujetos «capaces». La capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y para realizar actos con eficacia jurídica, por lo tanto, en cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, habrán de aplicarse las reglas generales de los contratos. Como regla general, toda persona física o jurídica que tiene la capacidad necesaria para celebrar un contrato válido, tiene capacidad para celebrar un acuerdo arbitral. La falta de capacidad constituye, por tanto, una causa de impugnación del acuerdo arbitral o del laudo.

El ordenamiento jurídico de cada Estado determinará las reglas por las cuales se rige la capacidad para contratar de las personas físicas o jurídicas; así, tanto la Convención de Nueva York, como la Ley Modelo, exigen que las partes del acuerdo de arbitraje tengan capacidad en virtud de la ley que les sea aplicable.¹³

En España, la capacidad para pactar el convenio arbitral será la capacidad general de obrar regulada en el artículo 322 del Código Civil.

En relación a las personas físicas, por ejemplo, no tendrían la capacidad necesaria para celebrar un contrato válido, los menores no emancipados (salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, de conformidad con los usos sociales) y aquellas personas que tengan su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.¹⁴

¹³ Artículo V.1. de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y artículo 36.1) a) i) de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

¹⁴ Artículo 1263 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

Respecto de las personas jurídicas, el artículo 38.1 del Código Civil les permite adquirir bienes de todas clases, y contraer obligaciones, conforme a las leyes y reglas de su constitución. El artículo 379.3 del Real Decreto Legislativo n.º 1/2010, de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, prevé, expresamente, la intervención de los liquidadores en los arbitrajes.

El artículo 11 bis de la LARB, autoriza el arbitraje estatutario al permitir que los estatutos originarios contemplen la facultad de someter a uno o varios árbitros la impugnación de acuerdos sociales por los socios o los administradores de las sociedades de capital.¹⁵

En cuanto a los Estados o entidades públicas empresariales, en la mayoría de las jurisdicciones se les reconoce plena capacidad para suscribir convenios arbitrales (entre otras, España, Suiza, Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, etc.).

2.3.2. Terceros

La extensión subjetiva del convenio arbitral a terceros que no suscribieron originariamente el mismo, es una cuestión que, todavía a fecha de hoy, genera no poco debate y posiciones encontradas.

Aunque en opinión de la *Court of Appeals, Fifth Circuit de EE.UU.*, los convenios arbitrales sólo se extienden a terceros no signatarios de los mismos en ocasiones muy excepcionales y bajo circunstancias muy concretas,¹⁶ lo cierto es que, en la actualidad, existe una tendencia creciente a favor de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios en determinadas circunstancias (*v. gr.*, cesión contractual,

¹⁵ Artículo 11 bis de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje: «Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen».

¹⁶ *The Rice Company (Suisse) c/ Precious Flowers Ltd. Court of Appeals, Fifth Circuit EE.UU.* de 2 de abril de 2008.

fusiones y adquisiciones, subrogaciones, o levantamiento del velo societario en grupos de empresas).

En cuanto al levantamiento del velo societario, el caso *Dow Chemical* (1982) constituye la doctrina principal en lo que se refiere a la teoría del «grupo de empresas». ¹⁷ El tribunal arbitral entendió que el grupo de empresas constituía «una única realidad económica» que debía tomar en consideración para determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas, por haber participado de forma efectiva en el ulterior desarrollo o vida de la relación contractual litigiosa. Dicha decisión fue refrendada, posteriormente, por la Corte de Apelación de París al sostener que: «siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas que *Dow Chemical France* y *The Dow Chemical Company* (USA), revestían el carácter de partes de dichos acuerdos, aunque de hecho no los hubieran suscrito; y que, por ende, la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable».

En el año 1998, la ICC marcó un nuevo punto de inflexión al pronunciarse sobre la relación existente entre un «grupo de contratos» (tan sólo se inserta la cláusula arbitral en uno de ellos) con la de las restantes sociedades del Grupo que han suscrito otros tantos contratos conexos, pero desprovistos de la tal cláusula de arbitraje. El tribunal arbitral entendió que quedaban plenamente acreditados los indisolubles vínculos existentes entre todos y cada uno de los contratos litigiosos. ¹⁸

Siguiendo la línea trazada por las resoluciones referidas, según los tribunales franceses, cuando nos hallamos ante un grupo de empresas deberá apreciarse cuál ha sido la concreta intervención de la compañía o compañías que lo componen en su conclusión, ejecución y resolución,

¹⁷ ICC n.º 4131/1982 (laudo interlocutorio) *Dow Chemical France c/ ISOVER Saint-Gobain (France)*.

¹⁸ Caso ICC n.º 8910.

y se logre demostrar esta última. No sólo pueden ser demandados ante un tribunal arbitral quienes son parte del contrato sometido a arbitraje, sino aquéllos que, efectivamente, deben considerarse como tales, atendida su concreta participación en los hechos litigiosos.¹⁹

En España nos encontramos con una posición mucho más reticente a la hora de admitir la extensión subjetiva del convenio arbitral a terceros que no suscribieron originariamente el mismo. Hay que decir, no obstante, que, aunque es prolija la jurisprudencia en la que se insiste en que el convenio arbitral únicamente podrá desplegar su eficacia respecto a las partes que lo suscribieron sin que pueda extender sus efectos vinculantes a terceros que no intervinieron en el mismo, empieza a atisbarse una tendencia a favor de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios, en determinados supuestos.²⁰

2.3.3. Cesión, mandato y sucesión

Los diferentes ordenamientos jurídicos adoptan posturas diferenciadas respecto de si corresponde o no presumir que la cesión del contrato principal supone también la cesión del acuerdo arbitral.

Considerar la cláusula compromisoria transferida en caso de cesión de los derechos y obligaciones nacidas del contrato en el cual aquélla está inserta, parece la solución más razonable, y la única que impide a una de las partes librarse de la obligación de arbitrar por el mero hecho de ceder la posición contractual a un tercero. De no transferirse, los pactos arbitrales resultarían fácilmente eludibles.

¹⁹ CORREA DELCASSO; Juan Pablo. Monografías Asociación para el fomento del arbitraje *La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI*. Madrid: Editorial Difusión Jurídica, 2016, p. 64.

²⁰ STSJ de Valencia de 19 de septiembre de 2014 y de 5 de mayo de 2005 y SAP Madrid de 17 de septiembre de 2015.

Roque J. Caivano señala que:

Esta conclusión tiene apoyo en la aplicación de las reglas generales que conforman el derecho de los contratos. Si el sometimiento a arbitraje es una de las condiciones a cuyo ejercicio están sujetos los derechos y obligaciones sustantivos nacidos del contrato, es lógico concluir que, transferidos estos últimos, con ellos se transfieren también los efectos de la cláusula arbitral salvo pacto en contrario o prohibición legal o contractual de ceder.²¹

En cuanto al mandato, el efecto vinculante de un acuerdo arbitral suscrito por un mandatario en representación de su mandante supone determinar el alcance del mandato, por lo tanto, habría que examinar, caso por caso, si se exige la autorización por escrito del mandante y si dicha autorización debe contemplar expresamente la celebración de un acuerdo arbitral.

En cuanto a sucesión, debemos, del mismo modo, acudir bien al derecho en virtud del cual se ha constituido la sociedad para la sucesión de personas físicas (*v gr.*, fusiones), bien al derecho sucesorio aplicable respecto de las personas físicas.

3. VOLUNTAD EXPRESA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

El principio de autonomía de la voluntad de las partes es, sin duda alguna, el principio básico en torno al cual gira el arbitraje y lo informa durante todo el procedimiento.

El convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo (principio de sepa-

²¹ CAIVANO, Roque J. «La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Revista de Derecho Privado, 2012, edición especial, pp. 52 y 53.

rabilidad), en virtud del cual dos o más partes deciden someter expresamente a arbitraje el conocimiento de una eventual controversia presente o futura.

La voluntad de las partes queda sustanciada en el convenio arbitral, existiendo dos posibilidades: (i) que el pacto de arbitraje sea anterior al nacimiento del litigio (el caso típico de su inclusión entre el clausulado general de un contrato), o (ii) que las partes, nacida ya la controversia, pacten la sumisión a arbitraje, modalidad que suscitaría menos problemática práctica, pero que es bastante infrecuente. Aunque tradicionalmente se denominaba a la primera modalidad «cláusula compromisoria» y a la segunda «convenio arbitral», actualmente ambas figuras aparecen unificadas tanto en su nomenclatura como en sus efectos positivos y negativos.

La voluntad de las partes de someterse a arbitraje debe quedar claramente formulada, bastando, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución de la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros.

La autonomía de la voluntad, como defiende Maluquer Montes, siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos.

La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. La voluntad de las partes de someterse a arbitramento las cuestiones litigiosas que entre ellos puedan producirse, ha de ser inequívoca, pues, dicha voluntad inequívoca es el elemento que legitima la actuación del árbitro y la exclusión del derecho de todo ciudadano a acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver sus

conflictos. En caso contrario, la función del árbitro no estaría legitimada y, en última instancia, si recayese resolución sobre la base de un convenio arbitral en el cual la voluntad de las partes no constase de forma clara e inequívoca, ésta no tendría la más mínima fuerza ejecutiva.

3.1. Cláusulas patológicas

Es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca, siendo cláusulas arbitrales patológicas aquéllas en las que, o falta un elemento esencial, o se ven contradichas por el contexto contractual. En tales casos, es necesario tener presente que no estamos *per se* ante un supuesto de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral de los establecidos en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York. Podríamos encontrarlos, eso sí, con una cláusula arbitral defectuosa, pero, no por ello, ineficaz.

El concepto de cláusula patológica fue utilizado por primera vez por Frédéric Eisemann, en 1974, para quien es patológica toda cláusula que no cumple con cuatro funciones fundamentales: a) producir efectos obligatorios para las partes; b) impedir la intervención de los tribunales estatales antes de que el laudo sea emitido; c) dar al o a los árbitros el poder para resolver el litigio; y d) permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo.

La redacción del convenio arbitral puede no ser clara o ser considerada como defectuosa, si en la ejecución del convenio surgieran dudas. La solución a este problema puede encontrarse en la decisión del propio tribunal arbitral, en el marco de la institución administradora del arbitraje o incluso en la vía judicial.

Existen patologías provocadas por defectos en la redacción de alguno de los requisitos de validez de la cláusula (*v. gr.*, voluntad de las partes, materia arbitrable) y patologías que afectan a elementos no esen-

ciales de la cláusula (*v. gr.*, procedimiento de selección de los árbitros, determinación de la ley aplicable o de la sede del arbitraje).

La incoherencia, la ambigüedad y la ineficacia son los principales defectos que vician las cláusulas arbitrales.

El Convenio de Nueva York dispone:

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.²²

Es decir, corresponde a la jurisdicción estatal comprobar que el convenio arbitral pueda ser nulo, ineficaz o inaplicable, siendo un hecho constatable que la mayoría de los ordenamientos son unánimes a la hora de mantener la vigencia de la disposición arbitral viciada respetando así la voluntad general de las partes de someter su controversia a arbitraje y reforzando, por tanto, la competencia de los árbitros. No obstante, en ocasiones, las cláusulas resultan tan viciadas que sencillamente fracasan por su ambigüedad.

En cuanto a la ineficacia, se dice que la cláusula arbitral deviene ineficaz cuando ha dejado de surtir efectos, por ejemplo, a consecuencia del incumplimiento de un plazo por las partes o por la revocación implícita de la misma.

En conclusión, para que un arbitraje sea en la práctica realmente eficaz, resulta fundamental que las partes pacten una cláusula compromisoria sana, que permita someter la controversia ante los árbitros sin dilaciones en el tiempo ni la interferencia de los jueces estatales. En concordancia con ello, y con la intención de asegurarse la efectividad del

²² Artículo II.3.

acuerdo de sumisión a arbitraje, es habitual que las principales instituciones arbitrales publiquen directrices o guías para fomentar la correcta redacción de cláusulas arbitrales.

4. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA SINGULAR

Además de la necesaria mención relativa a la expresión del consentimiento, debe ser contenido necesario del convenio, la identificación de las partes y la delimitación de la controversia.

En la práctica nos encontramos con que, casi la totalidad de los procedimientos arbitrales derivan de relaciones contractuales entre las partes; pero, tanto la Convención de Nueva York, como la Ley Modelo, hacen referencia, únicamente, a que exista «una determinada relación jurídica» entre las partes, sea o no, de índole contractual.

Si acudimos a la LARB, observamos cómo sigue idéntica senda a la marcada por la Convención de Nueva York y la Ley Modelo, pues, en su artículo 9.1 establece que, en todo caso, el convenio arbitral debe estar referido a «una determinada relación jurídica».

La ley permite que puedan someterse a arbitraje, tanto las cuestiones ya surgidas como las que puedan surgir en el futuro, pero para evitar cualquier indeterminación sobre el contenido específico de lo que haya de ser objeto del arbitraje, en todo caso el convenio arbitral debe estar referido a «una determinada relación jurídica», lo cual impide su extensión a todas las controversias que pudieran surgir en el futuro entre dos personas, y limita su objeto a las que se deriven de una concreta relación jurídica existente entre ellas, cuya identificación también resulta, por tanto, necesaria.

En la práctica, por lo tanto, con sujeción a lo dispuesto en la ley aplicable, serán los árbitros los que deban analizar si la controversia en

cuestión, resulta arbitrable o no; es decir, les corresponde deducir del acuerdo arbitral si la intención de las partes es o no, la de someter esa concreta cuestión a arbitraje.

5. CONCLUSIÓN FINAL

El convenio arbitral es un contrato que produce efectos procesales entre las partes, siendo la piedra angular sobre la cual las partes, voluntariamente, consienten que las controversias presentes o futuras que surjan entre ellas, sean resueltas mediante arbitraje, sustrayendo las mismas del ámbito de jurisdicción de los tribunales ordinarios. Por tanto, el convenio arbitral es el soporte de la exclusión de la jurisdicción ordinaria y la sustancia misma del procedimiento arbitral.

Las leyes de arbitraje no establecen obligaciones respecto del convenio arbitral, pero como requisitos mínimos deben individualizarse las partes en litigio, su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje y las concretas facultades que se confieren al árbitro o al tribunal arbitral.²³

Una vez las partes han otorgado válidamente su consentimiento al arbitraje, dicho consentimiento no puede retirarse de forma unilateral, por ello, es imprescindible poner especial cuidado y atención en la redacción de la cláusula arbitral, de forma que la misma, llegado el momento, pueda desplegar toda su eficacia y efectos respetándose así la voluntad inicial de las partes de someter a arbitramento sus controversias, presentes o futuras, contractuales o no.

²³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Elena ARTUCH IRIBERRI. *Tratado de derecho arbitral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 746.

**LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS
PÚBLICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: APERTURA,
LIMITACIONES Y REALIDADES**

*Covadonga Ballesteros Panizo**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Contratos de las administraciones de carácter interno o nacional.— 3. Contratos de las administraciones de carácter internacional.— 4. El objeto del arbitraje en la contratación pública.— 5. Conclusión.

Resumen: La previsión de una cláusula arbitral en un contrato público es una cuestión controvertida en el ordenamiento jurídico español. Y es que la presencia del interés general en un contrato en el que una de las partes es una entidad del sector público, hace cuanto menos dudar de la viabilidad del arbitraje en dicho ámbito. El estudio trata de arrojar luz sobre la materia y para ello se analiza, en primer lugar, la evolución del tratamiento que ha recibido el arbitraje en la legislación sobre contratación pública, tanto interna como internacional para, posteriormente, entrar en el estudio del fondo de la cuestión, que tiene por objeto dar respuesta a dos preguntas fundamentales ¿son arbitrables las controversias de derecho público? ¿Es, por tanto, posible la previsión de la cláusula arbitral en los contratos públicos?

Abstract: The provision of an arbitration clause in a public contract is a controversial issue in the Spanish legal system. And the fact is that the presence of general interest in a contract in which one of the parties is a public entity, does at least doubt the feasibility of arbitration in that area. In order to shed light on the matter, this

* Profesora de derecho administrativo.

paper analyzes the evolution of the treatment that arbitration has received in the public contract legislation, for afterwards analyze the substance of the matter, in order to answer two questions: Are public law disputes arbitrable? Is it, therefore, possible to forecast the arbitration clause in public contracts?

Palabras clave: Arbitraje, contratos, contratación administrativa, cláusula arbitral, derechos subjetivos, disponibilidad y arbitrabilidad.

Keywords: *Arbitration, contracts, public contracts, arbitration clause, subjective rights, availability and arbitrability.*

1. INTRODUCCIÓN

La situación en la que actualmente se encuentra el arbitraje en la legislación española es de bloqueo. En el análisis de la evolución legislativa sobre esta cuestión, se pueden distinguir tres fases distintas. Una fase inicial de desconfianza manifiesta del legislador hacia el arbitraje en la contratación pública; una fase intermedia de apertura hacia la institución; y, una última fase, la actual, a primeras luces contradictoria, pues aparece como de apertura y de una suerte de indiferencia hacia el arbitraje, al mismo tiempo.

Aunque, posteriormente, se comentarán con mayor detenimiento, las causas de esa apertura, están en la presión ambiental en favor del arbitraje y ejercen los ordenamientos jurídicos occidentales. La indiferencia, por su parte, parece tener tres causas fundamentales: la inutilidad del arbitraje, al preverse un sistema de recurso especial en materia de contratación que consigue evitar la judicialización de los conflictos contractuales; la falta de cultura arbitral que existe en España; y, finalmente, la confusión que existe hoy en torno a algunos conceptos generales del derecho.

En este trabajo, en primer lugar, se aborda el tratamiento que ha recibido y recibe el arbitraje en la legislación sobre contratación pública; para ello se distingue entre los contratos de las administraciones públicas de carácter interno o nacional y los contratos de las administraciones públicas de carácter internacional. Y, en segundo lugar, se reflexiona acerca del objeto del arbitraje en el derecho público con la idea de despejar las dudas en torno a la admisibilidad del mismo en el ámbito de la contratación pública.

2. CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES DE CARÁCTER INTERNO O NACIONAL

En el ordenamiento jurídico español, la admisión del arbitraje en el ámbito de la contratación administrativa no ha sido una cuestión pacífica. El estatuto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852 lo prohibía expresamente en su artículo 12:

Ningún contrato celebrado en la administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse [...] por la vía contencioso-administrativa.

Posteriormente, la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, en su artículo 6, dio un paso adelante en la admisión del arbitraje, al admitirlo siempre que una ley lo autorizara expresamente. Más tarde, el Reglamento General de la Contratación del Estado de 1975 admitió el arbitraje sobre los contratos del Estado, requiriendo para ello el mismo requisito previsto en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, esto es, una autorización legal expresa. Con posterioridad, esa exigencia fue rebajada a la de un Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno, por el artículo 39.1 de la Ley de 4 de enero de 1977, General Presupuestaria, que fue confirmado por la posterior Ley General Presupuestaria de 1988, según entendió el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 214/1992, de 21 de mayo de 1992.

De esta regulación preconstitucional pueden enunciarse tres premisas sobre el arbitraje en la contratación pública: la admisibilidad del arbitraje, la falta de regulación del régimen jurídico del arbitraje en estos supuestos, y el requisito de la autorización del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno.¹

Por su parte, la Ley n.º 13/1995 de 18 de mayo de 1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, no supuso un gran adelanto a este respecto, y es que el artículo 61.2 admitía la posibilidad del arbitraje, aunque remitiéndose a los requisitos del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria. En la misma línea siguió el Real Decreto Legislativo n.º 2/2000 de 16 de junio de 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (arts. 60.2 y 117.3).

En cambio, la Ley n.º 30/2007 de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, que transpuso la Directiva n.º 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, supuso un importante avance en el camino hacia admisión del arbitraje en la contratación pública.

Tanto en su redacción inicial como tras la reforma llevada a cabo por la Ley n.º 34/2010 de 5 de agosto de 2010, el legislador establecía la posibilidad de que puedan promover el arbitraje, en la contratación pública, los entes, organismos y entidades del sector público que no tuvieran la consideración de administraciones públicas, respecto de las controversias que pudieran surgir en torno a los efectos, cumplimiento y de la extinción de los contratos. La Ley de Contratos del Sector Público eliminaba, por tanto, toda remisión a la legislación presupuestaria, así como la habilitación general que permitía a las administraciones públi-

¹ GARCÍA PÉREZ, M. *Arbitraje y derecho administrativo*. Cizur Menor: Civitas, 2011, p. 98.

cas someter sus controversias contractuales a arbitraje. Literalmente, en su art. 320, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, señalaba:

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

El Real Decreto Legislativo n.º 3/2011 de 14 de noviembre de 2011, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, *Trlcsp*), reprodujo literalmente en su art. 50, el art. 320 de la Ley n.º 30/2007 de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, manteniendo así la misma solución.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo, debe aclararse qué es lo que debía entenderse por administración pública para así saber quiénes no podían remitir sus controversias a arbitraje; y, por ende, quienes sí podían hacerlo.

El concepto técnico-jurídico de administración pública venía delimitado en el art. 3.2 del *Trlcsp* que establecía que tendrían la consideración de administraciones públicas a los efectos de esa ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior (esto es, las administraciones territoriales —la administración general del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales— así como las entidades gestoras y los servicios comunes de la seguridad social).
- b) Los organismos autónomos.
- c) Las universidades públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la

- ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
 1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
 2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.
 - f) No obstante, no tendrán la consideración de administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales.
 - g) (Suprimido)
 - h) Las diputaciones forales y las juntas generales de los territorios históricos del país vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

De este precepto, se deduce que no son administraciones públicas; y, en consecuencia, sí que podían someter a arbitraje sus controversias en materia de contratación, las sociedades públicas y las entidades públicas empresariales. En definitiva, el sector público empresarial, entre las que están incluidas entidades como ADIF, puertos del Estado, todas las empresas de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI como, por ejemplo, Navantia y Correos), así como todas las empresas del Grupo Patrimonio (como son Secegsa y Tragsa).

El precepto venía, pues, a admitir el arbitraje en los contratos privados y únicamente para las fases posteriores a la formalización de los mismos. Recordemos que el artículo 20 del Trlcsp declaraba que tendrían la consideración de contratos privados, los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reunieran la condición de

administraciones públicas. Nótese que la exclusión de tipo subjetivo de las administraciones públicas suponía, también, una exclusión de tipo objetivo. En efecto, en la práctica se estaba imposibilitando el recurso al arbitraje en los contratos administrativos, pues los mismos necesitan de la presencia de la administración pública.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, el art. 50 del Trlscsp lo dejaba bien delimitado al referirse a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, de lo que se deducía que no podrían someterse a arbitraje las actuaciones previas a la adjudicación del contrato. En el fondo, lo que la ley estaba diciendo era que sólo podrían ser objeto de arbitraje aquellos aspectos contractuales que estuvieran sometidos al derecho privado,² respetando así la doctrina de los actos separables; pues, recuérdese que el Trlscsp señalaba (y todavía lo señala hoy), que el régimen jurídico de los contratos privados sería en cuanto a su preparación y adjudicación, el de derecho administrativo; y en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, el de derecho privado.

De modo que, de acuerdo con dicho artículo, no serían susceptibles de arbitraje los actos separables que se dicten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados del sector público; y, en

² El Trlscsp, en su artículo 20.2:

«Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado».

El art. 21.2 del Trlscsp:

«El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada».

cambio, sí serían susceptibles de arbitraje los actos que se encuadran en las fases de cumplimiento, efectos y extinción de los contratos privados del sector público.

Este tipo de arbitraje no hubiera debido de suscitar mayores problemas, pues en las últimas fases del proceso de contratación de los contratos privados del sector público, salvo alguna excepción, la competencia jurisdiccional corresponde a la jurisdicción civil, tal y como indicaba el art. 21 del Trlcsp. De modo que el arbitraje ahí previsto no hubiera sustituido a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la jurisdicción civil. De modo que las relaciones jurídico-privadas de las entidades del sector público, que no tuvieran la consideración de administraciones públicas, podían recurrir al arbitraje.

A este tipo de arbitraje se le reconoce como el arbitraje privado del sector público. Y es que éstos son arbitrajes que pueden considerarse incluidos en el ámbito de aplicación material de la LARB, sin suscitar mayor confusión, dado que el derecho a aplicar en las controversias que pudieran surgir, tiene un carácter privado.

Durante años, esta cuestión ha venido provocando una gran confusión en torno al concepto de arbitraje de derecho público. Lo que en su artículo 50 preveía el Trlcsp no es un arbitraje de derecho público, porque el régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público en lo que a los efectos, cumplimiento y extinción se refiere, es el de derecho privado. Sin embargo, es usual encontrar en la rúbrica de los trabajos sobre el arbitraje de los contratos privados del artículo 50 Trlcsp, la palabra «arbitraje», acompañada del calificativo «administrativo», o de las palabras «derecho público»,³ cuando, en realidad, de lo

³ GARCÍA ORTELLS, F. *Arbitraje y derecho público. Especial consideración en la contratación pública*. UNED, 2012. En su tesis el autor llega a la conclusión, tras el análisis de la Ley de Contratos del Sector Público, de que el arbitraje está plenamente aceptado en el derecho público. Sin embargo, no parece que eso sea realmente así, cuando como ya se ha dicho, en el arbitraje previsto por la ley, los

que allí se trata es de un arbitraje privado, pues el derecho a aplicar tiene ese carácter.

Ahora bien, la duda aparecía, entonces, en torno al último apartado del artículo 20 que establecía que serían de aplicación a los contratos privados del sector público las normas contenidas en el propio *Trlcsp* sobre modificación de los contratos, normas de carácter público. ¿Debían, por tanto, entenderse incluidos en el arbitraje previsto en el artículo 50 *Trlcsp* las controversias que se deriven de la aplicación de las normas sobre modificación de los contratos? No hay evidencia alguna que autorice a considerar que fuera ésa la intención del legislador, que ha dejado bien claras que las fases contractuales arbitrables, son las que se rigen por las normas de derecho privado. Pero, es innegable que hubiera resultado conveniente que el legislador lo especificara, pues ello hubiera evitado no pocas confusiones.

Por tanto, desde el momento en que en un contrato del sector público o en una relación con una entidad del sector público aplica el de-

árbitros no aplican en ningún momento el derecho público.

DORREGO DE CARLOS, A. «El arbitraje en los contratos públicos». *Revista Jurídica de León*, 2013, n.º 29: «No obstante lo anterior, para quienes tenemos cierta experiencia profesional en esta materia, la anterior afirmación no deja de resultarnos mucho más teórica que real. Es evidente que los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público, aunque no reúnan técnicamente la condición de administraciones públicas, no dejan de estar profundamente influidos por el derecho público también en lo relativo a su ejecución y extinción. El propio artículo 20 lo reconoce abiertamente cuando afirma que se aplicarán a los contratos privados (del sector público) las normas de la LCSP sobre «... modificación...» de los contratos (uno de los aspectos más sensibles, singulares y netamente jurídico-públicos de la regulación general de los contratos públicos). Pero, lo mismo cabría señalar (al margen de proclamaciones teóricas) respecto de otras muchas normas de la legislación general de contratos públicos, como las relativas a las causas de extinción de los contratos, los efectos del incumplimiento, la reparación de la responsabilidad contractual, el reequilibrio económico-financiero, etc., respecto a las que resulta difícilmente evitable la aplicación preferente de las normas jurídico-públicas».

recho privado, nada hay que hablar sobre la arbitrabilidad de las pretensiones que pudieran surgir a propósito de una controversia en el marco de esas relaciones, pues el TC hace décadas que admitió el arbitraje en el ámbito privado. Lo que suscita mayores dudas es la admisibilidad del arbitraje cuando el derecho a aplicar tiene un carácter público. Así, pues, lo determinante es despejar las dudas en torno a la arbitrabilidad de las pretensiones a las que les es de aplicación el derecho público.

La nueva Ley n.º 9/2017 de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2017) introduce cambios relevantes en relación al arbitraje en el ámbito de la contratación pública. En esta ocasión el legislador ha optado por eliminar la referencia al arbitraje en el cuerpo de su articulado, y ha preferido obviar toda referencia al mismo en el marco de la contratación pública interna. La disposición adicional primera, que en su apartado 2 establece:

2. En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los tribunales españoles.

De esta previsión legislativa se infiere la voluntad del legislador de despejar todas las dudas en el sentido señalado, con anterioridad en relación con el Trlcsp de 2011. Así, de la DA 1.ª y de la eliminación de toda referencia al arbitraje en el articulado del texto, se deduce que el legislador ha querido dejar clara su preferencia por la jurisdicción para la resolución de los conflictos que surjan en el marco de la contratación del sector público español.

La duda que aparece, sin embargo, con la nueva previsión legislativa, es la de si la DA 1.ª está imposibilitando el arbitraje sobre cuestiones contractuales que están sometidas a derecho privado. Si hubiera sido ésa la intención del legislador, parece lógico pensar que habría aprovechado la ocasión que le brindaba el marco de una nueva ley para establecer claramente la interdicción al arbitraje; y, sin embargo, no ha sido así.

De forma que lo que parece querer la LCSP es evitar confusiones, en torno a la arbitrabilidad de las controversias que surjan dentro el ámbito de aplicación de la LCSP y mostrar su preferencia por la jurisdicción para la resolución de las controversias a las que les sería de aplicación el derecho privado. Ahora bien, ello no impide que dichas controversias entren dentro del ámbito de aplicación de la LARB sin que sea necesaria una mención especial en el cuerpo del texto de la LCSP. De hecho, la sola mención al arbitraje en la LCSP, en cuestiones que, por su naturaleza, ya entraban en el ámbito de aplicación de la LARB, no ha hecho sino generar mayor confusión en torno a la cuestión y abrir el debate en torno a cuestiones que en el fondo no suscitan mayor problemática jurídica.

3. CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES DE CARÁCTER INTERNACIONAL (LOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO Y/O CON EMPRESAS EXTRANJERAS)

En la contratación pública internacional, el arbitraje no sólo no ha suscitado dudas, sino que más bien ha sido promovido por el propio legislador, ante la eventualidad de someterse a los tribunales de un país extranjero.⁴ Así, también, se mantuvo por el Trlcsp la conveniencia de que se previeran cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras, supuesto que se preveía en la disposición adicional primera, apartado 3 del Trlcsp:

⁴ Los contratos celebrados en el extranjero han tenido desde 1965 una regulación especial. El art. 5 del Decreto n.º 3635/1965 de 25 de noviembre de 1965, establecía: «En todos los contratos del Estado en el extranjero se procurará incluir, por vía de cláusula, estipulaciones tendentes a preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del empresario, a autorizar las modificaciones del contrato que puedan hacerse convenientes y a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje sencillas; procurando, en todo lo posible, la sumisión a tribunales españoles». Como puede apreciarse, para que los contratos celebrados en el extranjero puedan someterse a arbitraje no se requería la autorización previa del Consejo de Ministros.

En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. Igualmente, se procurará incluir cláusulas de sumisión a los tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las comunidades autónomas y entidades locales.

Este precepto encuentra su justificación histórica en la práctica internacional de inversiones y en la internacionalización de los contratos públicos.

Por un lado, en el marco internacional, y como consecuencia de la necesidad de inversiones de capital privado para llevar a cabo proyectos públicos, los Estados se han visto obligados a admitir el arbitraje para la resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir entre los Estados y sus inversores. Antes de invertir en un Estado extranjero, las empresas inversoras buscan seguridad jurídica y recibir un trato igual al que reciben las empresas nacionales, que se traduce en: reglas jurídicas claras y sencillas, garantías para la empresa y para las personas físicas que la conforman y un sistema justo e imparcial para la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre el inversor y el Estado en el que se invierte.

Como consecuencia de estas exigencias de los inversores, surgieron los Tratados Bilaterales y Multilaterales en materia de protección de Inversiones (también conocidos como TBI o Appris). Estos tratados incluyen una norma de suma importancia a los efectos de la materia que aquí se trata, y es la de que la empresa inversora extranjera podrá acudir a arbitraje internacional para resolver sus diferencias con el Estado beneficiario de la inversión.

Por otro lado, en las últimas décadas, por razones de seguridad jurídica, los inversores internacionales han venido exigiendo la interna-

cionalización de los contratos públicos en dos sentidos fundamentales: a) el de someterse a la regulación de un tercer Estado, al derecho de la Unión Europea o al derecho internacional; y b) el de someter los eventuales conflictos al arbitraje internacional.

Finalmente, procede destacar la iniciativa privada que, con la intención de potenciar el arbitraje en el ámbito de la contratación pública, ha dado lugar a la creación del Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (Tacop), encuadrado en la prestigiosa Asociación Europea de Arbitraje.

La nueva LCSP de 2017 prevé una redacción en apariencia parecida a la anterior, pero introduce una alteración, que conviene comentar. En concreto, la DA 1.^a establece en su apartado 3:

3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las comunidades autónomas y entidades locales.

En cuanto a la nueva redacción de la LCSP de 2017, en relación con la institución arbitral, llama poderosamente la atención el cambio de tendencia respecto del Trlcsp de 2011. En la redacción anterior, al señalarse en la contratación con empresas extranjeras la preferencia por el arbitraje, no era que se estuviera poniendo de manifiesto el recelo hacia la propia jurisdicción, sino que en el fondo se estaba asumiendo que la empresa extranjera no querría someterse a la jurisdicción nacional. Esa previsión llevó al sector público español a prever cláusulas arbitrales sin tratar de convencer a la empresa extranjera sobre la idoneidad de incluir cláusulas de sumisión a la jurisdicción española. Con la nueva redacción, el legislador ha querido; sin embargo, despejar las dudas sobre su preferencia por la jurisdicción española frente al arbitraje, previendo la

posibilidad de la cláusula arbitral sólo para el caso de que no sea posible —por no quererlo así el contratista extranjero— la inclusión de una cláusula de sumisión a la jurisdicción española.

No obstante, aunque habrá que esperar a ver los efectos que la recién nacida LCSP de 2017 tiene, es de prever que el arbitraje en la contratación pública internacional siga teniendo un marcado protagonismo, pues con total seguridad el contratista extranjero se sentirá más cómodo en el arbitraje, que ante la jurisdicción del Estado con quien contrata.

4. EL OBJETO DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dos son las cuestiones objeto de reflexión en lo hasta aquí expuesto. En primer lugar, se hará referencia a la nueva postura que en relación al arbitraje adopta la LCSP de 2017. En segundo lugar, se tratará de ofrecer un nuevo horizonte para el arbitraje en el derecho administrativo; y, en concreto, en el ámbito de la contratación pública.

En cuanto a la opción del legislador de eliminar toda referencia al arbitraje en el ámbito de la contratación pública nacional, así como la opción de preverlo como opción residual en el ámbito de la contratación pública internacional, pone de manifiesto que el legislador no se sentía cómodo con la redacción del *Trlcsp* de 2011.

Pero, conviene aquí preguntarse por la causa principal que ha llevado al legislador a eliminar la referencia al arbitraje, y para ello conviene hacer referencia a las causas que llevaron al legislador a preverlo como medio alternativo a la jurisdicción contencioso-administrativo. Pues bien, el legislador español siempre ha concebido el arbitraje como un remedio al colapso judicial. La situación en la que durante décadas se ha encontrado la jurisdicción contencioso-administrativa ha llegado a ser grave, pues la lentitud con que en ocasiones se resolvían los conflictos, por falta de medios humanos y materiales en los juzgados, acababa, en

no pocas ocasiones, por provocar lesiones al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, ambos recogidos en el art. 24 CE.

Y es, precisamente, por esa razón, por la que una justicia tardía, muchas veces no es justicia, por lo que la doctrina administrativa ha venido insistiendo al legislador en la necesidad de potenciar los medios alternativos de resolución de conflictos; y, en especial, el arbitraje como el medio verdaderamente eficaz, por ser un sustitutivo de la vía judicial.⁵ El legislador, sabedor de que «una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el art. 24.1 de la Constitución»,⁶ llevó a cabo importantes reformas para paliar la crisis de la justicia, como es la aprobación de la Ley n.º 29/1998 de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), que derogaba la Ley n.º 27, de diciembre de 1956. La LJCA contenía importantes novedades orientadas a paliar la «crisis» de la justicia. Entre esas novedades se encontraba la creación de los juzgados unipersonales, así como la creación del procedimiento abreviado, entre otras medidas. No obstante, el legislador era consciente de que con esas novedades, la «crisis» podría paliarse, pero no solucionarse, y que sólo mediante la previsión de unos sistemas alternativos a la vía judicial podría descongestionarse la justicia contencioso-administrativa.⁷

⁵ Una de las primeras obras sobre el arbitraje administrativo, que encuentra su causa en la crisis de la justicia contencioso-administrativa es la de ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

⁶ Exposición de Motivos de Ley n.º 29/1998 de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁷ Así lo manifestó en la Exposición de Motivos de Ley n.º 29/1998 de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: «Bien, es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse, asimismo, por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos.

De ahí que se previeran a lo largo y ancho de toda la legislación administrativa, los métodos sobre conciliación, mediación y arbitraje. Y, en concreto, tal y como se ha visto, en el art. 50 del Trlcsp 2011, la previsión del arbitraje. Así las cosas, conviene preguntarse qué es lo que ha llevado al legislador a retirar toda referencia al arbitraje para los contratos internos. Si se estudia con detenimiento la nueva LCSP 2017, podrá apreciarse el refortalecimiento y extensión del recurso especial en materia de contratación. La LCSP 2017 no sólo lo extiende a cuantías inferiores a las del importe armonizado, sino que además amplía considerablemente su objeto.

Si junto al fortalecimiento del recurso especial en materia de contratación, se tiene en cuenta que la inclusión del arbitraje en la ley anterior tenía por objeto reducir la litigiosidad en orden a descargar el volumen de la jurisdicción contencioso-administrativa, se comprende la opción del legislador por obviar toda referencia al arbitraje. Y es que, al llenar de contenido al recurso especial en materia de contratación, y hacer esta vía de recurso un remedio verdaderamente útil, eficiente e independiente, se consigue el mismo propósito que tenía la inclusión del arbitraje de descargar a la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando, efectivamente, la litigiosidad en materia contractual. Por tanto, para el legislador, pierde todo sentido cualquier referencia al arbitraje.

No obstante, a pesar de que, con el nuevo recurso especial en materia de contratación se haya alcanzado el objetivo de reducir la litigiosidad, el arbitraje sigue suscitando interés. Es más, el arbitraje encuentra su justificación más allá de una circunstancia concreta. El interés del arbitraje, su fundamento mismo, se encuentra, principalmente, en que, mediante su previsión, se estarían concediendo mayores cotas de libertad al individuo, pues aparece como una alternativa a la vía judicial, pudiendo, por tanto, con ello, el individuo decidir el modo en que quiere resolver sus disputas. El arbitraje no es sólo una respuesta a una coyuntura pasajera, sino que el arbitraje tiene su propia razón de ser. Sin perjuicio de que sea exigible un sistema judicial de calidad y eficiente,

y que los poderes públicos pongan todos los medios a su alcance para que así sea, el auge de los ADR, no hace sino evidenciar una sociedad madura, donde la libertad del individuo rige, efectivamente, el actuar de los poderes públicos y permite, ciertamente, el desarrollo de la personalidad del mismo.

Ahora bien, la omisión del arbitraje en la LCSP 2017 y la ausencia de una interdicción expresa del arbitraje en materia contractual, debe ser recibida como una buena noticia. La omisión debe ser entendida como una oportunidad para el estudio y la reflexión pausada sobre las opciones del arbitraje en el ámbito del derecho administrativo. Su inclusión en la ley sin haber reflexionado previamente sobre las consecuencias que se derivarían de ella, fue, como se ha apuntado, fruto de la situación de colapso en la que se encontraba la justicia, pero, además, se debió también a la presión ambiental propensa al arbitraje. Y es que en, prácticamente, todos los países de nuestro entorno, el arbitraje está más que aceptado en la legislación administrativa. La irreflexiva inclusión del arbitraje en la legislación contractual generó no pocas confusiones entre los contratistas, las administraciones públicas, los profesionales del derecho y también entre la doctrina, pues abrió la discusión en torno a la posibilidad de prever la cláusula arbitral en los contratos públicos nacionales; y, en consecuencia, sobre las opciones del arbitraje en el derecho administrativo, en general.

Conviene, pues, aprovechar la oportunidad que brinda el ordenamiento para reflexionar sobre las opciones del arbitraje, aprovechando la encrucijada en la que se encuentra el derecho público europeo, en virtud de los cambios que está sufriendo el modelo de Estado social. Las concepciones subjetivas del derecho administrativo parecen estar quedando obsoletas en una era en la que en Europa la mayor parte de los servicios económicos de interés general son de titularidad privada. Hecho que viene evidenciado por el auge y fuerza con que hoy actúa el derecho regulatorio; derecho eminentemente público, por estar plenamente presente el interés general, y en que los operadores son entidades

y personas de naturaleza privada y cuyo interés no se identifica con el interés general al que tiende el servicio que prestan, sino más bien con el ánimo de lucro.

Así, pues, el arbitraje cobra hoy especial interés si se aborda desde la perspectiva de una concepción objetiva del derecho administrativo, pues los sujetos, al contrario de lo que defienden las concepciones subjetivas del derecho administrativo, no definen el carácter público o privado del derecho a aplicar. Lo verdaderamente determinante en la definición del derecho a aplicar, son los intereses en juego. El carácter público o privado del interés en juego, es lo que va a determinar la aplicabilidad del derecho público o del derecho privado en una determinada cuestión.⁸

Entendiendo, pues, que el arbitraje tiene su fundamento en la libertad de la persona y partiendo de una concepción objetiva del derecho administrativo, teniendo en cuenta el atractivo que para los operadores privados tiene el arbitraje (por su celeridad y especialización, fundamentalmente) es obligado a abordar la cuestión sobre la arbitrabilidad de las controversias sometidas a derecho público.

Las dudas surgen, por tanto, ante las siguientes preguntas: ¿existen escollos constitucionales que impidan el arbitraje de derecho público?; ¿puede someterse a arbitraje una controversia contractual regida por el derecho público?; ¿es el carácter público del derecho a aplicar lo verdaderamente determinante?; ¿qué dice la LARB al respecto?; ¿sirve el criterio de arbitrabilidad previsto en el art. 2.1 LARB? Conviene reflexionar sobre estas preguntas y tratar de darles una respuesta, pues sólo entonces será posible decidir sobre la admisibilidad del arbitraje.⁹

⁸ Sobre la materia, ESTEVE PARDO, J. «El nuevo garantismo de los intereses generales. La extensión del derecho público a particulares que ejercen funciones públicas». *Derecho administrativo e integración europea*, 2017, n.º 1, pp. 59-81.

⁹ Sobre la cuestión se ha tratado más extensamente en BALLESTEROS PANIZO, C. *El arbitraje de derecho público*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

Para que cualquier institución tenga cabida en nuestro Estado de derecho, el primer paso es superar el pertinente examen de constitucionalidad.

A priori no existen escollos constitucionales para que un árbitro pudiera aplicar el derecho público, salvo que una ley así lo previera expresamente. Y es que en tanto y en cuanto el arbitraje es una equivalente jurisdiccional,¹⁰ el árbitro como el juez no hace más que aplicar la ley. Por tanto, el carácter público o privado de la ley no sería óbice para la admisibilidad del arbitraje en la contratación pública.¹¹

Además, bajo el prisma del principio de libertad, el art. 106.1 de la CE que encomienda a los tribunales de justicia el control de la legalidad de la actuación administrativa, cobra un nuevo sentido. Cuando el artículo 106 habla de control, no determina el contenido y extensión del control que sobre la actuación administrativa debe ejercer el poder judicial, de ahí que podamos defender que el artículo deje la puerta abierta al arbitraje de derecho público, pues dicho control siendo efectivo, podría darse mediante la acción de anulación e incluso mediante un recurso de apelación jurisdiccional al laudo. Pues, recuérdese que la imposibilidad de apelar sobre cuestiones de fondo no es esencial a la institución arbitral, lo que significa que una eventual previsión de un recurso de apelación contra el laudo no desnaturalizaría la institución arbitral. De hecho, la posibilidad de impugnar un laudo en vía arbitral por motivos de fondo, viene confirmada por el hecho de que instituciones como la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid y la Corte Española de Arbitraje, admitan la apelación en sus respectivos reglamentos, y en el marco del derecho extranjero, lo haga también la *English Arbitration Act* de 1996.

¹⁰ STC n.º 174/1995 de 23 de febrero de 1995, ATC 259/1993 de 20 de julio de 1993, entre otras.

¹¹ Más desarrollo sobre la materia puede encontrarse en mi trabajo *El arbitraje de derecho público*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

A ello hay que añadir, además, que el sentido histórico del artículo 106.1 CE era el de privar a la administración de zonas inmunes al control externo, huyendo del sistema de jurisdicción retenida. Así, mientras quede garantizado el control último de los tribunales sobre la actuación de la administración, nada obstaría a que el control pueda ejercerse también por personas o instituciones distintas del juez predeterminado por la ley.

Por otro lado, en relación con el principio de legalidad al que está sometida la administración en virtud del art. 103.1 y el derecho a la tutela judicial efectiva, conviene aquí resaltar una cuestión fundamental para admitir la viabilidad del arbitraje en el derecho público, la voluntariedad. La voluntariedad como principio rector del arbitraje y como esencia y motor del mismo, debería mantenerse en el arbitraje de derecho público, para ser plenamente constitucional. Para que exista un auténtico acuerdo de voluntades, el arbitraje de derecho público se configuraría como sigue: por un lado, concurriría la voluntad de la administración mediante una habilitación legal para acudir obligatoriamente al arbitraje en caso de que así lo solicite el administrado; y, por otro, concurriría la manifestación expresa de la voluntad del particular para que su pretensión sea sometida a arbitraje.

Brevemente expuesta la tesis que defiende la constitucionalidad del arbitraje en el ámbito del derecho público, procede ahora entrar de lleno en la cuestión que más interés y dudas suscita, esto es, qué es lo verdaderamente arbitrable. Cuando se trata de definir las posibilidades del arbitraje en el ámbito del derecho administrativo, es necesario atender no tanto al carácter del derecho a aplicar, sino a la concreta relación jurídica objeto de controversia.

Así, no es razonable que la respuesta a la admisibilidad del arbitraje sea la misma en una relación intersubjetiva entre una entidad del sector público y un ciudadano, y en que los intereses afectados son claramente dos, como podría ser el pago del precio en un contrato; que una rela-

ción entre un órgano del sector público y múltiples e indefinidos ciudadanos, como podría ser el anuncio de una licitación.

Por ello, conviene fijar la mirada en los conceptos de disponibilidad, derecho subjetivo, interés legítimo y arbitrabilidad, para de esta forma poder captar la diferencia entre esas relaciones. Conocer qué es de lo que se dispone y cuáles son los límites a esa disponibilidad, resulta crucial para conocer si el arbitraje tiene cabida en los contratos del sector público.

Así pues, el concepto de disponibilidad en derecho administrativo es el mismo que en derecho privado, y es que la disponibilidad no es sino una de las facultades que se derivan de todo derecho subjetivo y que conlleva la posibilidad de realizar actos que afecten al contenido sustancial del propio derecho subjetivo, así como la de recabar mecanismos de protección jurídica, entre los que se encontraría el arbitraje. Si a estos presupuestos añadimos que el contenido de los derechos subjetivos en derecho administrativo, es el mismo que en derecho privado, ello deja abierta la puerta al arbitraje en el ámbito del derecho administrativo, aunque con los matices que se expondrán en seguida.

Para llegar a esas afirmaciones, ayuda el análisis de las distintas posturas doctrinales y las distintas previsiones legislativas en torno a la arbitrabilidad de las controversias de derecho público: captar el común denominador que hay entre ellas, resulta primordial. Se trataría, pues, de determinar un criterio general de arbitrabilidad, que englobe todas las cuestiones susceptibles de ser sometidas a arbitraje, evitando el riesgo que implicaría proponer una lista cerrada de cuestiones arbitrables, pues, inevitablemente, siempre quedarían olvidadas y fuera de esa lista algunas cuestiones que, sin embargo, por su naturaleza, sí serían arbitrables.

Muchos son los autores que han visto en la actividad convencional de la administración; y, en concreto, en el ámbito de la contratación pública, la parcela idónea del derecho público para ser sometida a ar-

bitraje.¹² Buena parte de los autores que se han pronunciado sobre la arbitrabilidad de las controversias de derecho público, han manifestado su preferencia porque el legislador establezca como criterio de arbitrabilidad un *numerus clausus* sobre lo que podría someterse a arbitraje y lo que no, proponiendo en este sentido una lista cerrada de cuestiones arbitrables. Así, por ejemplo, las listas propuestas por los profesores Trayter Jiménez y Pérez Moreno, resultan determinantes en la formulación de un concepto general de arbitrabilidad, pues ambos autores, en los listados que cada uno propone, se refieren a cuestiones en que el reclamante aparece como el titular de un derecho subjetivo, cuya reparación exige a la administración, y en que además solamente se ve afectada la esfera vital de intereses de dicho reclamante.¹³

¹² Entre otros, destacan: ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw Hill, 1998; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. «El arbitraje de derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143; TORNOS MAS, J. «El arbitraje en derecho administrativo: posibilidad de esta figura». *Bulletin del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995, n.º 6; MARESCA CABOT, J. «El arbitraje en la Ley del Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común». *Bulletin del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995, n.º 6.

¹³ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. «El arbitraje de derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143, pp. 95 y ss. Al enumerar la lista de materias arbitrables, dice expresamente que: «el hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje será el de los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la administración [...]», y entre ellos destaca:

«[...]»

- a) Los contratos administrativos típicos,
- b) Los contratos administrativos atípicos,
- c) Los contratos privados de la administración,
- d) Los convenios entre administraciones públicas,
- e) Los convenios colectivos en la función pública,
- f) Los convenios urbanísticos,
- g) Los convenios expropiatorios,
- h) El acuerdo indemnizatorio como finalización del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas,
- i) La terminación convencional en materia sancionatoria,
- j) La concesión de ayudas y subvenciones públicas,

En esencia, se trata de mantener el criterio sobre la disponibilidad asentado por el art. 2.1 LA y el criterio de la voluntariedad proclamado por el art. 9.1 del mismo texto legislativo.

Serán, por tanto, susceptibles de arbitraje de derecho público aquellas pretensiones fundadas en la afirmación, por parte del administrado, de la titularidad de un derecho subjetivo típico o de un interés legítimo individual (auténtico derecho subjetivo, como se ha visto), y siempre y cuando dicho derecho o interés legítimo no afecte a los intereses de terceros.

Así, en aquellos supuestos donde se da una relación jurídico-pública fundada en un derecho subjetivo de carácter individual, allí donde la actividad o inactividad de la administración pública provoca el nacimiento en el administrado de un derecho subjetivo o interés legítimo concreto que sólo afecte a la esfera jurídica vital del administrado; en

-
- k) La terminación convencional de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones,
 - l) [...] los conciertos educativos y sanitarios, las reclamaciones y convenios tributarios [...].».

PÉREZ MORENO, A. «El arbitraje administrativo». *Administración de Andalucía*. Revista Andaluza de Administración Pública, 2001, n.º 43, p. 298. Aunque no afecta a la esencia de lo que aquí se ha analizado, conviene apuntar; sin embargo, que el autor al hacer su propuesta, lo hace pensando en un procedimiento alternativo al recurso administrativo. El profesor recoge como materias susceptibles de arbitraje:

«[...]»

- a) Las susceptibles de transacción.
- b) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
- c) La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados.
- d) La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales.
- e) La concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de la legislación de urbanismo, protección de medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial.
- f) Las demás que establezcan las normas legales».

esos casos, siempre que exista una habilitación legal y que el ciudadano así lo solicite expresamente, será adecuado el arbitraje, aun cuando el derecho a aplicar tenga un carácter público.¹⁴

El único límite objetivo al arbitraje de derecho público, por tanto, es el que establece el principio de no afectación a terceros, que se deriva, de una parte, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, de otra, del principio de voluntariedad del arbitraje, el cual encuentra su justificación en el principio de disponibilidad. Así, no podrán someterse a arbitraje las pretensiones en que los intereses de terceros se vean afectados a menos que esos terceros hayan consentido o solicitado el arbitraje.¹⁵

De modo que, siguiendo este criterio, en el ámbito contractual quedarían excluidas del arbitraje las fases de preparación y adjudicación; fases del procedimiento contractual, mientras que podrían someterse a arbitraje si ésa fuera la voluntad de las partes, las fases de cumplimiento, efectos y extinción del contrato, con independencia de que se tratara de contratos administrativos o contratos privados del sector público, y siempre con absoluto respeto al límite objetivo impuesto por el principio de no afectación a terceros.

5. CONCLUSIÓN

La opción del legislador de eliminar toda referencia al arbitraje en la contratación interna en la LCSP de 2017, en contra de lo que es la

¹⁴ Una postura parecida a la manifestada adoptó Ferret Jacas, sin embargo, su pronunciamiento resulta confuso por generalista; y, en detalle, puede resultar contraria a la postura aquí defendida, pues de la lectura de su tesis podría deducirse que el derecho a aplicar en las situaciones que describe, es el derecho privado. Véase FERRET JACAS, J. «Límites del arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35, pp. 17 y 18.

¹⁵ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A. *Título I*. En DE MARTÍN MUÑOZ, A. y S. HIERRO ANIBARRO. *Comentario a la ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 131.

tendencia generalizada en las legislaciones occidental (la más reciente en el Código de Contratos Públicos portugués, que introduce el arbitraje sin, prácticamente, miramientos), debe tomarse como una oportunidad para repensar qué es lo verdaderamente arbitrable. Este estudio no ha pretendido agotar la cuestión, pero sí arrojar luz sobre ella y despejar las dudas jurídicas de mayor calado.

Antes de terminar, conviene dar por fin una respuesta a la siguiente pregunta, ¿puede un contrato público de carácter interno prever la cláusula arbitral? Pues bien, la respuesta a la pregunta viene condicionada por la premisa ya argumentada de que sólo son arbitrables las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos y con el límite inquebrantable que establece el principio de no afectación a terceros.

Así pues, tanto en los contratos privados y los contratos administrativos del sector público, en relación a las controversias que pudieran surgir a propósito de la ejecución, los efectos y la extinción del contrato, nada impediría que se previera una cláusula arbitral para la resolución de esas controversias. Pudiendo ser la *lex arbitri*, la LARB, al entrar dentro de su ámbito de aplicación. Pues, la LARB no delimita su ámbito de aplicación a las cuestiones sometidas al derecho privado, sino que lo extiende a las pretensiones fundadas en la afirmación de la titularidad de derechos subjetivos, con independencia del carácter público o privado del derecho a aplicar.

No podrán, en cambio, someterse a arbitraje las pretensiones sobre controversias que pudieran surgir en relación con la preparación y adjudicación de los contratos, ya fueren administrativos o privados. Pues, en dichas fases, es múltiple e indefinida la pluralidad de intereses afectados, y someter a arbitraje, supondría violentar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas implicadas, y que cuyo consentimiento es imposible recabar.

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad, será necesaria una previsión legal que obligue a la administración a establecer una cláusula arbitral o celebrar un convenio arbitral cuando así lo soliciten el contratista y los interesados afectados en la controversia, de acuerdo con el criterio de arbitrabilidad expuesto.

Finalmente, conviene señalar la conveniencia de que aun cuando el arbitraje de derecho público entraría dentro del ámbito de aplicación de la LARB, convendría que el mismo se previera en una ley independiente, con el fin de recoger las especialidades que necesariamente debería recoger un arbitraje en el que la controversia tiene un carácter público. Y que, a su vez, prevea las eventuales excepciones al régimen de disponibilidad que la conveniencia política considere oportunas.

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL EN ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

María Beatriz Burghetto^{*}
Ana Gerdau de Borja Mercereau^{**}

Sumario: 1. Introducción: alcance e importancia de la cuestión.— 2. Autonomía o separabilidad del convenio arbitral y sus efectos en cuanto a la ley aplicable al mismo.— 3. Diferentes aspectos del convenio arbitral pueden estar regidos por diferentes leyes.— 4. La ley aplicable a los diferentes aspectos del convenio arbitral.— 4.1. Ley aplicable a la formación, existencia y validez sustantiva del convenio arbitral.— 4.2. Ley aplicable a la validez formal del convenio arbitral.— 4.3. Ley aplicable a la capacidad de las partes de celebrar un convenio arbitral.— 4.4. Ley aplicable a la representación de las partes en la adhesión al convenio arbitral.— 4.5. Ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva.— 5. Conclusiones.

Resumen: Las partes muy raramente designan la ley aplicable al convenio arbitral en sus acuerdos. Sin embargo, la cuestión de

^{*} Abogada, LL.M., *Queen Mary University of London*, matriculada en los colegios de abogados de París y de Buenos Aires y admitida a la inscripción como solicitador en Inglaterra y Gales; especializada en arbitraje internacional y contratos internacionales.

^{**} Abogada, experta y árbitro. PhD y LL.M., *University of Cambridge*. Profesora invitada, *Université Paris-XIII*. Miembro, *Ordem dos Advogados do Brasil* y *Ordem dos Advogados* de Portugal.

Las autoras agradecen a Eliseo Castineira por la lectura del proyecto de este trabajo y sus comentarios sobre el mismo. Las opiniones expresadas en este trabajo representan el punto de vista exclusivo de las autoras.

la ley aplicable al mismo es a la vez importante y compleja. Las autoras tratan aquí el alcance y relevancia de esta cuestión y describen los métodos y soluciones posibles adoptados por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, incluyendo las de países latinoamericanos, para determinar la ley aplicable a los distintos aspectos del convenio arbitral. Luego de describir brevemente el principio de la autonomía o separabilidad del convenio arbitral, las autoras examinan la posible aplicación al convenio arbitral de leyes distintas de aquella(s) que rige(n) el contrato e incluso de varias leyes, aplicables a diferentes aspectos del convenio arbitral (*dépéçage*), a saber: su validez sustantiva y formal, la capacidad para pactar el convenio arbitral y la capacidad de sus representantes para hacerlo, así como las cuestiones de la arbitrabilidad subjetiva y objetiva. Las autoras proponen una utilización más extensiva del principio de validación, que favorece la validez del convenio arbitral.

*Abstract: The parties seldom choose the law applicable to the arbitration agreement in their contracts. However, the applicable law to such agreement is both a key and complex matter. The authors discuss the scope and relevance of this matter and describe the methods and solutions adopted by legislation, scholars and case law, including that of Latin American countries. After briefly describing the autonomy or separability of the arbitration agreement, the authors examine the possible application to the arbitration agreement of laws other than the governing law(s) of the contract and the application of different laws to distinct aspects of the arbitration agreement (*dépéçage*), including to its substantive and formal validity, to the parties' capacity to conclude an arbitration agreement and their representatives' authority to do so, and to matters such as subjective and objective arbitrability. The authors propose a more intensive application of the validation principle, which favors the validity of the arbitration agreement.*

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional; convenio arbitral; principio de autonomía del convenio arbitral; separabilidad; ley aplicable; validez sustantiva y formal del convenio arbitral;

Métodos conflictuales; principio de validación; capacidad para pactar el convenio arbitral; representación de las partes; arbitrabilidad subjetiva; Estado y entidades públicas; arbitrabilidad objetiva.

Key words: International commercial arbitration; arbitration agreement; autonomy of the arbitration agreement; separability; applicable law; substantive and formal validity of the arbitration agreement; conflictual methods; validation principle; capacity to conclude an arbitration agreement; parties' representation; subjective arbitrability; State and State entities; objective arbitrability.

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE E IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

Es sabido que las cláusulas compromisorias y los compromisos arbitrales raramente —sino nunca— designan la ley aplicable al convenio arbitral. Frente a esta circunstancia, es legítimo preguntarse qué alcance e importancia tiene esta cuestión y cuáles son los factores que influyen en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral.

En cuanto a lo primero, a pesar de que las partes no le presten demasiada atención, la cuestión es importante, dado que la ley o leyes aplicable(s) al convenio arbitral determina(n) la validez sustantiva y formal del mismo, además de otros aspectos; por lo que la total ignorancia de la ley o leyes aplicable(s) acentúa el riesgo de anulación del laudo final, hecho que puede tener consecuencias graves para la parte vencedora, especialmente, o posiblemente para ambas partes. Por otro lado, el análisis que debe hacerse para la determinación de la(s) ley(es) aplicable(s) a los diferentes aspectos del convenio arbitral es complejo; por un lado, los contratos o hechos jurídicos relacionados con el convenio arbitral tienen contactos con más de una jurisdicción, lo que hace que diferentes leyes podrían considerarse, al menos potencialmente, aplicables a dicho convenio o, incluso, a diferentes aspectos del mismo. Por otro lado, la autonomía o separabilidad del convenio arbitral, una

característica que es casi universalmente aceptada en la disciplina arbitral, agrega un interrogante a esta cuestión, ya que la ley aplicable al convenio arbitral no debe forzosamente ser aquélla que rige el contrato o el hecho jurídico que las partes desean someter a arbitraje.

Nuestro análisis se divide en: (i) una breve descripción de los aspectos mencionados en los párrafos anteriores —autonomía del convenio arbitral y *dépécage* o aplicación de diferentes leyes a los diferentes aspectos del convenio arbitral— y su impacto sobre la cuestión analizada (apartados 2 y 3) y (ii) los métodos y soluciones posibles de determinación de la ley aplicable a distintos aspectos del convenio arbitral, según distintas fuentes legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias (apartado 4), para así arribar a nuestra conclusión sobre el tema (apartado 5), en la que resumimos nuestras observaciones en cuanto a las leyes aplicables al convenio arbitral y proponemos una utilización más extensiva del principio de validación, que favorece la validez del convenio arbitral.

2. AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EFECTOS EN CUANTO A LA LEY APLICABLE AL MISMO

La noción según la cual el convenio arbitral es autónomo o separable del resto del contrato del cual forma parte y, como tal, sobrevive, por ejemplo, a la resolución de este último, tiene importantes consecuencias prácticas,¹ una de las cuales es justamente que el convenio arbitral conserva a priori su existencia, validez y eficacia aún frente a alegaciones de inexistencia, nulidad o inaplicabilidad del contrato del cual forma parte.² Esto permite que sean los árbitros, y no el juez nacional, quienes

¹ Ver BLACKABY, Nigel, Constantine PARTASIDES, *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 6th edition, pp. 71-154, §2.101 y ss.

² Así, mientras exista la posibilidad de litigio entre las partes del contrato, ya sea sobre la extinción del mismo, la realización de una condición suspensiva o resolutoria, el incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, etc., ninguna alegación de una de las partes en este sentido tendrá como efecto la nulidad o

tienen exclusividad para dirimir toda controversia sobre las cuestiones mencionadas. El juez, por su lado, tiene prioridad para resolver toda alegación que una parte realice ante él acerca de la inexistencia, ineficacia o nulidad del convenio arbitral en sí mismo, aunque de forma meramente apriorística.³

En realidad, la separabilidad o supervivencia del convenio arbitral es muy similar a la supervivencia —por lógica— de la cláusula de elección de la ley aplicable al contrato, e incluso a la de otras cláusulas que estipulan derechos y obligaciones de las partes y que por sus propios términos están destinadas a sobrevivir, por ejemplo, a la anulación o a la resolución del contrato del que forman parte.⁴

Sin embargo, el convenio arbitral no tiene razón de ser si no existe la relación contractual (o incluso extracontractual) entre las partes; y, por lo tanto, no es totalmente independiente del contrato del que forma parte (o de la relación extracontractual entre las partes), ni sobrevive a

ineficacia automáticas del convenio arbitral, dado que la voluntad de las partes ha sido justamente someter estos litigios al arbitraje (MAYER, Pierre. «*Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*». *Revue de l'Arbitrage*, vol. 1998, n.º 2, pp. 359-368).

³ Ver art. II(3) de la Convención de Nueva York, que ordena a los jueces estatales remitir las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas y en presencia de un convenio arbitral, «a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

⁴ MAYER, P. *Op. cit.*, punto 4. Se ha dicho que la especificidad del convenio arbitral consiste en su objeto procesal, mientras que las demás cláusulas del contrato que lo contiene estipulan derechos y obligaciones de las partes en el marco de la relación que los une (ver SERAGLINI, Christophe. «*Synthèse-Arbitrage International: convention arbitrale*». *Juris classeur-Droit international*, fasc. 586-3, 21 de abril de 2016, ¶5). Podría agregarse también que, en el caso en que no existe relación contractual entre las partes del arbitraje, es la ley aplicable la que establece sus respectivos derechos y obligaciones. En ambos casos, se trata de derechos y obligaciones que podríamos llamar «de fondo», por oposición a derechos y obligaciones procesales o «de forma».

este último tampoco en cualquier circunstancia, sino que es accesorio al mismo.⁵

La separabilidad, supervivencia o autonomía atribuida al convenio arbitral tiene como corolario que el mismo puede estar regido por una ley diferente que la que rige el contrato en general. Se trata de un concepto ampliamente aceptado por los Estados, como lo demuestra el hecho de que 157 Estados se hayan adherido a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del 10 de junio de 1958 («Convención de Nueva York»), cuyo artículo V(1) (a) prevé, precisamente, la posibilidad de que las partes sometan el convenio arbitral a una ley determinada, la cual puede no ser necesariamente la misma que rige el contrato del cual dicho convenio forma parte.⁶

3. DIFERENTES ASPECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL PUEDEN ESTAR REGIDOS POR DIFERENTES LEYES

Dada su naturaleza contractual e internacional, se acepta que diferentes aspectos de un convenio arbitral sean regidos por diferentes leyes, como sucede con cualquier otro contrato internacional (*dépêche*). Así, mientras la validez sustantiva del convenio puede regirse por la ley de la sede del arbitraje, su forma puede estar regida por la ley del lugar de

⁵ MAYER, P. *Op.cit.*, punto 8. Así, si el árbitro resuelve que no existió consentimiento de una (o más) de las partes para obligarse bajo el contrato que contiene la cláusula compromisoria, esta última forzosamente deberá ser considerada inexistente, pero esto podrán decidirlo también los mismos árbitros. Asimismo, si el árbitro resuelve que el convenio arbitral existe y es válido, el juez nacional competente para entender en la acción de nulidad o en la demanda de ejecución del laudo tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión.

⁶ Asimismo, dicha norma dispone que, en ausencia de elección de la ley aplicable al convenio, la existencia, validez y eficacia del mismo se regirán por la ley del lugar en que se ha dictado el laudo (lugar del arbitraje); es decir, no manda aplicar al convenio arbitral la ley que rige el contrato del cual forma parte, independientemente de que esta última haya sido o no escogida por las partes.

celebración del mismo y la capacidad de las partes para suscribirlo, por la ley nacional respectiva de cada una de ellas.

La determinación de la ley o leyes aplicable(s) y el control de dicha determinación, a falta de mención expresa en el convenio arbitral, son llevados a cabo primeramente por los árbitros⁷ y, en una segunda etapa, por los jueces nacionales, una vez dictado el laudo, al entender en una acción de nulidad contra el mismo, o en el proceso tendiente a la ejecución forzosa del laudo. Este doble control tiene consecuencias en la determinación por los árbitros de la ley aplicable a la validez sustantiva del convenio, por ejemplo, ya que, al hacer dicha determinación, los árbitros deberán forzosamente tener en cuenta los criterios jurisprudenciales prevalecientes en las jurisdicciones de control respectivas, a riesgo, de lo contrario, de ver el laudo que dicten, ya sea anulado, ya sea no reconocido/ejecutado en dichas jurisdicciones.

4. LA LEY APLICABLE A LOS DIFERENTES ASPECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

A lo largo de la evolución del arbitraje internacional, los legisladores, jueces y árbitros han desarrollado diversos métodos y criterios para determinar la ley aplicable a los diferentes aspectos del convenio arbitral; a saber, su validez sustantiva y formal, por un lado; la capacidad de las partes para someterse a arbitraje y la arbitrabilidad de la materia, por el otro, y también cualquier cuestión suscitada por el hecho de que una o ambas partes se hacen representar por un tercero. A continuación, tratamos cada uno de estos aspectos separadamente.

⁷ Aquí dejamos de lado la posible determinación apriorística por el juez nacional de que el convenio arbitral es «nulo, ineficaz o inaplicable», en los términos del artículo II (3) de la Convención de Nueva York. Este análisis judicial tiene lugar a pedido de una parte y es normalmente previo al de los árbitros, ya que, en estos casos, la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral suele ser manifiesta y no requerir un profundo análisis jurídico.

4.1. Ley aplicable a la formación, existencia y validez sustantiva del convenio arbitral

En el marco de un contrato internacional, la formación, existencia y validez sustantiva (por oposición a la formal) del contrato son cuestiones fundamentales, normalmente resueltas por la ley aplicable al mismo. Siendo el convenio arbitral frecuentemente una cláusula del contrato o alternativamente un contrato separado (compromiso), cabe preguntarse cuál, de entre las leyes potencialmente aplicables al mismo, es la más adecuada para resolver estas cuestiones, teniendo en cuenta la naturaleza híbrida de este convenio, que estipula derechos y deberes procesales de las partes y constituye al mismo tiempo un acuerdo entre ellas.

Existen diferentes leyes —además de la misma ley aplicable al contrato— potencialmente llamadas a regir la existencia y validez sustantiva del acuerdo de arbitraje, entre ellas: la ley del lugar o sede del arbitraje; la ley del lugar en el que se ejecutará —más probablemente— el laudo, alguna otra ley elegida por las partes o que surja de la aplicación de reglas conflictuales o, incluso, ninguna ley nacional, sino un conjunto de reglas materiales internacionales.⁸

Asimismo, árbitros y jueces nacionales pueden aplicar diferentes métodos para determinar la ley o reglas aplicables a este aspecto del acuerdo de arbitraje, llegando potencialmente a diferentes resultados. Los primeros, al carecer de foro; y, por lo tanto, no encontrarse sujetos a un sistema jurídico determinado, incluyendo sus reglas de conflicto, cuentan con amplia libertad a la hora de determinar qué ley rige el acuerdo de arbitraje, aunque el riesgo de que el juez del lugar del arbitraje o el del lugar de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral apli-

⁸ BLESSING, Marc. «The Law Applicable to the Arbitration Clause». En *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. ICCA Congress Series (Albert Jan van den Berg (ed). Kluwer Law International, 1999), vol. 9, pp. 168-188.

que reglas diferentes a las identificadas por los árbitros existe siempre, en mayor o menor medida.

Siguiendo a G. Bermann, los métodos históricos y actuales de determinación de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje pueden agruparse en cuatro categorías, según se basen en: (i) la autonomía de las partes; (ii) reglas de conflicto generales; (iii) reglas específicas aplicables al arbitraje o (iv) el principio de validación.⁹ Mientras el primer enfoque es apropiado para los casos en que las partes han elegido —expresa o implícitamente— el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, los otros tres se aplican en ausencia de elección por las partes del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Trataremos este caso, en primer lugar, ya que es el caso más frecuente.

a) *Ausencia de elección del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje por las partes*

El método basado en reglas de conflicto generales (ii) parte de la base de que todo juez nacional debe aplicar las reglas de conflicto de su propio foro —en este caso, aquéllas aplicables a los contratos— para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.¹⁰ Este método reconoce la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, dependiendo de las reglas de conflicto del foro del juez que deba determinar

⁹ BERMANN, George A. «*International Arbitration and Private International Law*». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill | Nijhoff 2017), vol. 381, capítulo III, párrafo 152 y ss.

¹⁰ Ver la sección 218 del *Restatement (Second) on the Conflict of Laws*, comentario a («[a] los acuerdos de arbitraje constituyen un tipo de contrato. Las reglas de conflicto aplicables a los contratos, en general, deben aplicárseles»), (traducción libre de las autoras). En el ámbito europeo, el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) excluye expresamente el acuerdo de arbitraje de su ámbito de aplicación (art. 2(e)).

la ley aplicable al convenio arbitral,¹¹ este método puede conducir a resultados diversos, lo cual no favorece la armonización o unificación a nivel internacional de las reglas de conflicto en esta área.

Por ello, un método conflictual específico al convenio arbitral (iii) parece más adecuado que el anterior, ya que tiene en cuenta la obligación específica creada por dicho acuerdo, que es la de someterse al arbitraje. Sin embargo, puestos a determinar, por ejemplo, qué ley es la que posee la conexión más cercana o más significativa con dicha obligación, diferentes jueces y diferentes fuentes legales han aplicado y aplican diferentes consideraciones, optando así, por ejemplo, por la ley del lugar en que se concluyó el acuerdo de arbitraje,¹² la ley del lugar o sede del arbitraje (en tanto lugar de ejecución del convenio arbitral)¹³ o incluso por la ley del lugar en el que se solicita el reconocimiento y/o ejecución del laudo.¹⁴ El lugar del arbitraje como punto de conexión se presenta como el más lógico y tiene la virtud de someter el convenio arbitral a

¹¹ En la práctica, puede existir más de un juez llamado a determinar la ley aplicable al convenio arbitral; a saber: el juez del lugar del arbitraje y el del lugar en el que una de las partes solicite el reconocimiento y/o ejecución del convenio o del laudo arbitral, pudiendo tratarse de más de un juez en este último caso, ya que puede existir más de un lugar en el que se solicite el reconocimiento y/o la ejecución del laudo.

¹² En un contrato entre ausentes, sin embargo, no existe un único lugar de conclusión del mismo, o, en los casos en que se puede identificar un lugar, el mismo puede resultar casual, lo que hace que este método sea impráctico y arbitrario.

¹³ Éste es el punto de conexión privilegiado por la Convención de Nueva York (artículo V(1)(a)), la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional («Ley Modelo») (artículos 34 y 36) y la Convención de Ginebra (artículo VI (2)) para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el cual también es válido para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje (ver BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. The Hague: *Kluwer Law International*, 2014, 2nd edition, p. 478.

¹⁴ Sin embargo, es muchas veces difícil, sino imposible, determinar de antemano cuál será el lugar en el que se podrá solicitar el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral, además de que pueden existir varios lugares; y, por otro lado, dicho lugar o lugares pueden ser distintos del lugar o sede del arbitraje, lo cual mantiene el riesgo de soluciones contradictorias.

una única ley.¹⁵ Sin embargo, si el lugar del arbitraje no ha sido elegido por las partes ni fijado por la institución arbitral o los árbitros al momento de solicitar el reconocimiento y/o ejecución del convenio arbitral, el juez no podrá valerse de este método.¹⁶

Por su lado, el principio de validación (iv) hace prevalecer la ley que reconoce la existencia y validez del convenio arbitral por sobre otras leyes que podrían considerarse aplicables, pero que resultarían en su no reconocimiento o en su anulación.¹⁷ Este enfoque se basa en la premisa de que el propósito de las partes que someten sus diferendos al arbitraje es estipular un convenio arbitral válido, por sobre consideraciones acerca de la ley aplicable al mismo. G. Bermann identifica dos vertientes o variaciones de este principio: (a) la aplicación de reglas materiales o principios internacionales (enfoque francés) y (b) la aplicación de es-

¹⁵ BERMANN, G. *Op. cit.*, párrafo 176 (pp. 150-151), quien cita el artículo 48 de la ley de arbitraje sueca: «en los casos en que las partes no han acordado la ley aplicable, el convenio arbitral se regirá por la ley del país en el que, en virtud de dicho acuerdo, el procedimiento ha tenido o tendrá lugar» (traducción libre de las autoras).

¹⁶ Sin embargo, los argumentos esgrimidos por jueces y árbitros en favor de este enfoque son criticables. Así, justificar este enfoque en los aspectos procesales del arbitraje no resulta satisfactorio y, más importante aún, este enfoque ignora el carácter contractual del convenio arbitral, que puede o no estar conectado más estrechamente al lugar del arbitraje. Por otro lado, la aplicación automática de la ley del lugar del arbitraje asimila erróneamente la ley que rige el convenio arbitral con la ley que rige el procedimiento arbitral, la cual puede ser otra ley diferente a la ley del lugar del arbitraje. Al mismo tiempo, este enfoque ignora la conexión íntima entre el convenio arbitral y el contrato subyacente (*ver* BORN, G. *Op. cit.*, p. 516).

¹⁷ BERMANN, G. *Op. cit.*, capítulo III, párrafos 156 (p. 138) y 177-178 (pp. 151-153): Las leyes de arbitraje de Suiza, España, Croacia, Argelia y Quebec han adoptado este método. Según el artículo 178(2) del Código Federal de derecho internacional privado (1987), «un acuerdo de arbitraje es válido si es conforme a, ya sea la ley elegida por las partes o bien a la ley que rige el objeto de la disputa, en particular, la ley aplicable al contrato principal, o a la ley suiza» (traducción libre de las autoras).

tándares internacionales mínimos (enfoque estadounidense).¹⁸ El enfoque francés constituye el abandono del sistema conflictual, ya que, poniendo énfasis en la autonomía del convenio arbitral respecto de todo orden jurídico nacional, propugna la aplicación de reglas materiales internacionales según las cuales la validez y eficacia del convenio arbitral dependen exclusivamente de la voluntad de las partes.¹⁹ El enfoque estadounidense, basado en la aplicación de estándares mínimos internacionales, en cambio, se origina en jurisprudencia estadounidense y se basa en la premisa de que la Convención de Nueva York contiene una regla material de no discriminación que ordena la aplicación directa de reglas materiales por sobre cualquier ley nacional que contenga criterios o requisitos discriminatorios, resultando así que el convenio arbitral es solamente atacable de nulidad en caso de hallarse viciado el consentimiento de una o más partes, de error, dolo (fraude) o violencia, o en caso de renuncia de una de las partes a hacer valer dicho convenio, según el artículo II(3) de la Convención de Nueva York.²⁰ Estos criterios, a los que, en nuestra opinión, pueden agregarse los de «ineficaz» e «inaplicable» (o imposible de ejecutar), son considerados «neutrales» a

¹⁸ BERMANN, G. *Op. cit.*, capítulo III, párrafos 177-181 (pp. 151-154).

¹⁹ BORN, G., *op. cit.*, pp. 548-550; ver también BERGER, Klaus Peter, «*Reexamining the Arbitration Agreement: Applicable Law-Consensus or Confusion?*». En *International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series* (Albert Jan van den Berg (ed). Kluwer Law International, 2007), vol. 13, pp. 301-334: Este autor caracteriza el enfoque francés como una «innecesaria exageración del transnacionalismo» (p. 309) y señala dos razones por las que debería rechazarse este enfoque, a saber: (i) una «interpretación contractual razonable» utilizada como instrumento esencial para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, no exige necesariamente el abandono del análisis conflictual tradicional, ya que el principio de validación —*in favorem validitatis*— también guía la interpretación de los contratos internacionales en todos los sistemas más desarrollados y (ii) la necesidad de asegurarse de que el laudo sea considerado válido y ejecutable impide a los árbitros ignorar las disposiciones de la ley del lugar del arbitraje (y también, en lo posible, la ley del lugar o lugares de ejecución del laudo) (sección 6, pp. 307-311).

²⁰ BORN, G. *Op. cit.*, pp. 550-551.

nivel internacional; y, por lo tanto, aceptables, por oposición a criterios arbitrarios o «idiosincráticos».²¹

Así, algunos autores señalan —como crítica al principio de validación y a favor de la aplicación de los criterios mencionados más arriba— que su aplicación conlleva el riesgo de que una política o una norma de validación a ultranza de todos los convenios arbitrales fuera adoptada, ignorando así razones valederas por las que algunas de las leyes potencialmente aplicables —por ejemplo, la ley del lugar o sede del arbitraje— consideran el convenio arbitral inexistente, nulo o ineficaz.²² Un ejemplo de esto sería el caso de existencia de error de una parte sobre el objeto del convenio arbitral, según la ley del lugar del arbitraje, pero no según la ley del juez que entiende en el reconocimiento o ejecución del convenio o del laudo arbitral, lo que conduciría a la validación del convenio arbitral en cuestión por este último.²³

El argumento a favor del principio de validación es que debería permitirse a las partes hacer valer un convenio arbitral más allá de cualquier requisito legal que pudiera considerarse arbitrario o «idiosincrático».

²¹ El término «criterio idiosincrático» es usado aquí en el sentido de «peculiar» o «distintivo» de un determinado sistema jurídico, por oposición a un criterio universalmente aceptado o común a numerosos sistemas jurídicos y también como sinónimo de «criterio arbitrario» (*ver* dos ejemplos de criterios arbitrarios en BORN, G. *Op. cit.*, p. 577: uno de ellos está en el artículo 4 de la ley turca de arbitraje de 2001, que dispone que la validez del convenio arbitral se rige por la ley elegida por las partes como aplicable a dicho convenio y, en defecto de opción, por la ley turca).

²² Estas críticas apuntan, además, que este riesgo existiría igualmente si se adoptara una política de validación a ultranza respecto de cualquier otro contrato, no solamente respecto de los convenios arbitrales, *ver* BERMANN, G. *Op. cit.*, párrafo 179, p. 153.

²³ En tal caso, además, existiría el riesgo de que el eventual laudo arbitral sea anulado por el juez de la sede del arbitraje, como señalan KAUFMANN-KOHLER, G. y A. RIGOZZI, en *International Arbitration Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 115 (citados por BERMANN, G. *Op. cit.*, p. 153, nota al pie 399).

tico»,²⁴ a la luz del principio de *favor arbitrandum* que parece dominar la tendencia actual, por lo menos, en jurisdicciones cuyas leyes y jurisprudencia se consideran desarrolladas en lo que hace al arbitraje internacional.²⁵

Actualmente, entonces, existen diversos enfoques que buscan dar una respuesta a la cuestión de la ley aplicable a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral. G. Born pronostica un rol creciente del enfoque basado en los estándares mínimos internacionales, enfoque que este autor encuentra más sólidamente justificado que el de la aplicación de reglas materiales internacionales (enfoque francés), ya que se basa en la aplicación del artículo II(3) de la Convención de Nueva York.

Aventurándonos un poco más allá, sobre todo, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos que pueden considerarse como menos avanzados o menos liberales y en pos de favorecer la unificación o armonización de criterios, sería probablemente útil incorporar lo siguiente a la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional («Ley Modelo») o, alternativamente, incluir otra recomendación de interpretación de la Convención de Nueva York en este sentido, como la que ya existe respecto del artículo II(2) de dicha Convención:

- a. Por un lado, la aplicación de la ley del lugar del arbitraje —en ausencia de elección de ley aplicable al mismo por las partes— a la existencia y validez sustantiva del convenio arbitral o, en otras palabras, la aclaración de que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York se aplica también en los casos de reconocimiento y/o ejecución de convenios arbitrales (artículo II(3) de dicha Convención) y,
- b. Por otro lado, una disposición alternativa a este primer criterio, que permita, a los Estados que así lo prefieran, adoptar el prin-

²⁴ BERMANN, G. *Op. cit.*, párrafo 180 (pp. 153-154).

²⁵ Born, G. *Op. cit.*, pp. 542.

cipio de validación del convenio arbitral, tanto al momento de decidir sobre el reconocimiento y/o ejecución del mismo, como al momento de decidir sobre la validez del eventual laudo arbitral, o su reconocimiento y/o ejecución, en el caso de laudos extranjeros. Ello siempre y cuando se exceptuaran de dicha validación los casos en que una de las partes pueda probar que se cumple alguno de los criterios «neutrales» aceptados a nivel internacional, mencionados más arriba —error, dolo (fraude), violencia, renuncia por una de las partes a hacer valer dicho convenio, ineficacia o imposibilidad de aplicación (de hecho) del convenio— que señalarían la inexistencia, ineficacia o nulidad del convenio arbitral.

Así, al utilizar este tipo de criterios aceptados internacionalmente, se reduciría el riesgo de anulación del eventual laudo arbitral por el juez del lugar del arbitraje y, en los casos en que la ley del lugar del arbitraje sometiera la existencia o validez del convenio arbitral a criterios «arbitrarios», se permitiría el reconocimiento y/o ejecución de dichos convenios y de los eventuales laudos arbitrales en otras jurisdicciones más favorables al arbitraje. Para profundizar aún más esta unificación, podría, asimismo, incluirse la opción para los Estados de remitir, en sus leyes de arbitraje, a los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales para todo lo que haga a la definición y régimen de la formación y validez sustantiva del convenio arbitral.

b) Elección por las partes del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje

En el caso en que las partes hayan elegido la ley aplicable al acuerdo de arbitraje de forma expresa —caso, prácticamente, inexistente en la práctica— o implícita, dicha elección será respetada por la amplia mayoría de los jueces nacionales y árbitros, en cuanto a lo que concierne la existencia y validez sustantiva del mismo. Ello, por cuanto, por un lado, los sistemas jurídicos nacionales consagran la autonomía de las partes en este terreno; y, por otro, con base en la presunción de validez instau-

rada por los artículos II(1) y (3) de la Convención de Nueva York. Así, mientras el primero de los incisos de dicho artículo ordena a los jueces de los Estados signatarios reconocer los convenios arbitrales, siempre y cuando su objeto recaiga sobre «un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje», el segundo dispone que dichos jueces deben ordenar la ejecución de dichos convenios, remitiendo las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que el convenio en cuestión sea nulo, ineficaz o inaplicable, cosa que deberá demostrar la parte que resiste la ejecución del convenio arbitral.²⁶ Se trata ésta, en realidad, de una norma imperativa internacional unificada, aplicable más allá de lo que disponga la ley elegida por las partes y que constituye, además, una manifestación del principio de validación.²⁷

Es con relación a la elección «implícita» de las partes de la ley aplicable al convenio arbitral, que surgen las diferencias entre los diferentes sistemas legales: numerosas decisiones judiciales y arbitrales presumen que la voluntad de las partes, al elegir la ley que rige el contrato subyacente, es la de aplicar esta misma ley también al convenio arbitral,²⁸ mientras que otras prefieren interpretar que la voluntad de las partes, al elegir el lugar del arbitraje, es que se aplique la ley de dicho lugar al convenio arbitral.²⁹ Si bien existen argumentos a favor de ambos enfoques, ante la falta de evidencia, en un caso concreto, que apoye una u otra interpretación, el juez o el árbitro debería tener en mente, como señala G. Born, el objetivo del proceso arbitral y de tanto la Convención de Nueva York como de la mayoría de las leyes de arbitraje desarrolladas, que es reconocer validez y eficacia al convenio arbitral, en tanto sea posible, para posibilitar la resolución de diferendos mediante el arbitraje. Se evitan así las complejidades que las relaciones comerciales internacionales pueden presentar desde el punto de vista del derecho internacional

²⁶ BORN, G. *Op.cit.*, §4.04[A][1][b][i] (p. 493).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, §4.04[A][2][d] (p. 514).

²⁹ *Ibid.*, §4.04[A][2][e] (p. 518).

privado.³⁰ Así, según el caso, el juez o árbitro, con base en el principio de validación, debería aplicar la ley que reconozca la validez y eficacia del convenio arbitral, ya sea aquélla elegida por las partes para gobernar el contrato en general, o la ley del lugar del arbitraje.

Por otro lado, la Convención de Nueva York no impide a los Estados signatarios reconocer la validez del convenio arbitral con base en alguna ley nacional diferente a la expresamente elegida por las partes. Lo contrario, sin embargo, no es cierto: por aplicación de los artículos II y V(1)(a) de la Convención, ningún juez nacional de un Estado signatario puede declarar el convenio arbitral nulo con base en alguna ley diferente de aquélla expresamente elegida por las partes.³¹ Dicha elección debe ser respetada, incluso, en los casos en que una parte alega la inexistencia, nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral.³²

En cuanto a los límites de la autonomía de las partes, ellos están dados por la inarbitrabilidad del objeto del arbitraje³³ y el orden público,³⁴ tanto en los tratados internacionales aplicables, como en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional («Ley

³⁰ BORN, G. *Op. cit.*, §4.04[A][3] (p. 541).

³¹ *Ibid.*, §4.04[A][1][b][iv] (pp. 498-499).

³² *Ibid.*, §4.04[A][1][b][v] (pp. 499-501). Esto es lo que dispone el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York y ello se aplica también a los casos en que una de las partes alega que el convenio arbitral es ilegal, por ser contrario a las normas imperativas de otro sistema legal que no resulta aplicable al convenio arbitral, en particular, según las reglas descritas más arriba, ya sea que las partes hayan o no elegido la ley aplicable a dicho convenio.

³³ Artículos II(1) and V(2)(a) de la Convención de Nueva York: estas normas prevén el caso de ineficacia del convenio arbitral; es decir, el caso de un convenio arbitral que sería válido bajo la ley aplicable al mismo elegida por las partes, pero que no pueda ser ejecutado, porque la ley nacional del juez a quien se solicita el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral resultante clasifica como inarbitrable la cuestión sometida al arbitraje.

³⁴ Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

Modelo»)³⁵ y las leyes y jurisprudencia nacionales.³⁶ Incluso, entre estas últimas, existen ejemplos de aplicación del principio de validación por las cortes inglesas y estadounidenses, por ejemplo, y también suizas, con base en su propia legislación, en este último país, en los casos en que la ley elegida por las partes —normalmente, aplicable al contrato subyacente y no específicamente al convenio arbitral— conduciría a la anulación del convenio arbitral, lo cual se puede entender como acorde con la voluntad de las partes, ya que no puede suponerse que éstas elegirían expresa o implícitamente como ley aplicable al convenio arbitral, una ley que lo considerara nulo.

4.2. Ley aplicable a la validez formal del convenio arbitral

Este aspecto, que ha originado disputas,³⁷ es regido en gran parte por reglas materiales uniformes internacionales, incluidas en el artículo II(1) y (2) de la Convención de Nueva York, entre otros instrumentos internacionales, que prescribe que el convenio arbitral debe ser escrito, entendiendo por tal «una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas».³⁸ La interpretación dominante es que no se nece-

³⁵ Ver arts. 34(2)(b) y 36(1)(b). La Ley Modelo, que abarca todas las etapas del procedimiento arbitral, fue propuesta a los Estados en 1985 (y enmendada en 2006) por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) como texto que refleja los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional en los que existe consenso (para mayor información, utilizar este vínculo: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html).

³⁶ BORN, *Op. cit.*, pp. 568 y ss. Este autor señala que la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje confirman la autonomía de la voluntad de las partes para escoger la ley que rige sus convenios arbitrales, al aplicar dicha ley a la validez sustantiva de dichos convenios. Dichas leyes también limitan la autonomía de las partes, con base en las normas imperativas y el orden público nacionales, pero dichas limitaciones son excepcionales y muy restringidas.

³⁷ BORN, G., *op. cit.*, §4.06 (pp. 616-625).

³⁸ Ver también el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá de 1975) y el artículo I(2) de la

sita que el convenio arbitral esté firmado, siempre que sea consignado por escrito.³⁹

El requisito de forma escrita constituye un estándar «máximo» y no «mínimo» de validez formal,⁴⁰ en el sentido de que se sustituye a cualquier requisito más estricto de una ley nacional, pero toda ley nacional puede contener un estándar menos exigente; es decir, puede aceptar la forma oral del convenio arbitral, como es el caso de ciertas leyes desa-

Convención de Ginebra, equivalentes al artículo II de la Convención de Nueva York. Por su parte, el artículo 6 de la Convención sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur de 1998, exige también la forma escrita, pero además, precisa que la validez formal del convenio arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración del mismo (incisos 1 y 2) y que los convenios celebrados entre ausentes podrán ser instrumentados por intercambio de cartas o telegramas «con recepción confirmada» (inciso 3, sin embargo, este inciso requiere que las comunicaciones realizadas por fax, correo electrónico o «medio equivalente» sean confirmadas por documento original). A pesar de estas exigencias, relativamente rígidas, el inciso 5 consagra una combinación del principio de validación con la aplicación del método conflictual clásico, ya que dispone: «Si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3, literal b». El artículo 3, inciso b, se refiere a «algún contacto objetivo —jurídico o económico— con más de un Estado Parte del Mercosur», sin dar ninguna otra precisión al respecto.

³⁹ BLACKABY, Nigel; Constantine PARTASIDES, *et al.* *Op. cit.*, párrafo 2.15, p. 76.

⁴⁰ Alguna jurisprudencia sostiene, sin embargo, que el requisito de forma escrita constituye en realidad un mínimo del que las legislaciones nacionales no pueden apartarse (*ver* BORN, G. *Op. cit.*, p. 617). Sin embargo, la interpretación que parece más correcta y acorde con la Convención de Nueva York es aquella incluida en la recomendación de la Cnudmi que forma parte de la revisión de 2006 de la Ley Modelo y que exhorta a los Estados signatarios de la Convención de Nueva York a aplicar el artículo VII(1) de la misma «se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje».

rrolladas.⁴¹ Asimismo, la mención, dentro de la definición internacional de «acuerdo por escrito» contenida en el artículo II(2) citado, de un acuerdo firmado por ambas partes o de un canje de cartas o telegramas, es simplemente ejemplificativa; es decir, no se trata de una enumeración exhaustiva de todas las formas alternativas de «acuerdo por escrito» aceptables bajo la Convención de Nueva York.⁴² Esto quiere decir que, por ejemplo, una referencia inserta en el contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria puede también considerarse como conforme con la «forma escrita».⁴³

En los casos (infrecuentes) en los que no se aplica la Convención de Nueva York o en los que el convenio arbitral no cumple los requisitos formales que ella establece, las opciones son: aplicar (i) la ley del foro del juez que entiende en el eventual litigio sobre la existencia del convenio arbitral; (ii) la ley que rige la validez sustantiva del convenio arbitral, junto con el principio de validación; (iii) la ley del lugar de celebración del convenio arbitral; o (iv) la ley del lugar del arbitraje.⁴⁴

En cuanto a la primera opción, si la ley del foro incluye un estándar aplicable a la forma de los convenios arbitrales menos estricto que el de la Convención de Nueva York, esto podría resultar en la aceptación de un convenio arbitral que no es conforme con esta última. Sin embargo, la aplicación «automática» de la ley del foro, aunque se base

⁴¹ Por ejemplo, la ley francesa, que no exige la forma escrita en el ámbito del arbitraje internacional (*ver* Decreto n.º 2011-48 del 13 de enero de 2011 de reforma del arbitraje).

⁴² Existen opiniones encontradas también en este aspecto. Sin embargo, la recomendación de la Cnudmi sugiere que el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York «se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas».

⁴³ Esto es lo que determina el artículo 7(6) (Opción I) de la Ley Modelo (versión modificada en 2006).

⁴⁴ BORN, G. *Op. cit.*, § 4.06[B] (pp. 620-626).

en el artículo VII(1) de la Convención de Nueva York,⁴⁵ no parece justificada. Por su lado, el lugar donde se firmó el convenio arbitral puede ser difícil de determinar, especialmente en los contratos entre ausentes, mientras que el lugar del arbitraje puede no estar determinado aún o, si lo está, su elección puede haber sido totalmente arbitraria.

Por ello, parece más adecuado someter la validez formal del convenio arbitral a la ley que rige la validez sustantiva del mismo (que puede ser, en realidad, la ley del lugar del arbitraje), junto con el principio de validación, lo que conduciría a la aceptación de un convenio arbitral cuya forma satisfaga, alternativamente, los requisitos de la ley del foro, los de la ley aplicable a la validez sustantiva del convenio o los de la ley del lugar del arbitraje. Ello, por las mismas razones que apoyan la aplicación de este principio a la hora de determinar la ley aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral, expuestas en el apartado anterior; a saber: asegurar el cumplimiento del propósito de las partes de resolver sus controversias mediante el arbitraje, como también favorecer la uniformidad de las soluciones.⁴⁶

⁴⁵ Este inciso reza: «Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer un laudo arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoque».

⁴⁶ BORN, G. *Op. cit.*, § 4.06[B][4] (p. 623): «Por lo tanto, aunque son inaplicables a los acuerdos de arbitraje, el artículo 11 del Reglamento Roma I y el artículo 9 de la Convención de Roma adoptan un principio de validación con respecto a cuestiones de forma, manteniendo la validez formal de los contratos que satisfacen los requisitos de la ley que rige la validez del contrato o los de la ley del lugar donde se ejecutó el contrato. De manera similar, las autoridades de varias jurisdicciones han adoptado el principio de validación con relación a cuestiones de validez formal relativas a los contratos en general. El proyecto de Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley en los Contratos Internacionales adopta un enfoque similar para los temas relacionados con la validez formal».

4.3. Ley aplicable a la capacidad de las partes de celebrar un convenio arbitral

El artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York trata indirectamente del derecho aplicable a la capacidad de las partes de celebrar un convenio arbitral. Éste determina que el juez de la ejecución puede negar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral si las partes «estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable»:

Artículo V

1. Sólo se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; [...]

La aplicación del artículo V(1)(a) resulta, en principio, en la aplicación del derecho nacional a cuestiones de capacidad para celebrar un convenio arbitral.⁴⁷ El artículo 5(1)(a) de la Convención de Panamá⁴⁸ es muy parecido, pues también incluye como causal de no reconocimiento o ejecución la incapacidad de las partes «en virtud de la ley que les es aplicable».

En la práctica, a la hora de determinar la capacidad de las partes, los árbitros parecen contestes en que se debe tratar de la «ley nacional» de la persona física o jurídica: Así, un tribunal arbitral CCI aplicó la ley

⁴⁷ BORN, G. *Op. cit.*, p. 625.

⁴⁸ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional («Convención de Panamá») del 30 de enero de 1975.

francesa a los poderes de los miembros de una compañía francesa, pues, según el tribunal, los poderes de una compañía obedecen al derecho del país dónde la compañía fue incorporada.⁴⁹ En otro caso CCI, el tribunal arbitral aplicó el derecho interno del país de la nacionalidad de la parte para así determinar su capacidad.⁵⁰

El Tribunal Federal Suizo también concluyó que la regla de conflicto de leyes aplicable a la capacidad de una parte insolvente era su ley personal, o sea, la ley del país de incorporación de la compañía.⁵¹ En este caso, el laudo CCI había sido proferido en Suiza. La cuestión ante los tribunales suizos fue exactamente la arbitrabilidad subjetiva de la parte polaca Elektrim, cuando la ley personal aplicable a ella resultaba en su incapacidad, aunque su insolvencia había sido declarada después del inicio del arbitraje.⁵² El Tribunal Federal Alemán también consideró

⁴⁹ Laudo CCI n.º 2694. *Journal du droit international*, n.º 105, 1978, pp. 985 *et seq.*

⁵⁰ Laudo parcial CCI n.º 6474. *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXV, 2000, p. 279. En este caso, la parte estatal que alegaba incapacidad no hizo prueba de su incapacidad según su derecho nacional. El tribunal hizo también referencia, en *obiter dictum*, al derecho suizo, según el cual un Estado no podrá alegar su derecho nacional para contestar su capacidad para participar en un arbitraje (artículo 177(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado).

⁵¹ Tribunal Federal Suizo, Caso n.º ATF 4A_428/2008, *Vivendi SA et al, vs. Deutsche Telekom AG et al*, juzgado el 31 de marzo de 2009. *ASA Bulletin*, n.º 28, 2010, p. 109, ¶ 3.2. Ver también BAIZEAU, Domitille. «*Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi et Elektrim*». *Cahiers de l'Arbitrage*, n.º 3, 2009, p. 8; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; Laurent LÉVY; Sabina SACCO. «*The Survival of the Arbitration Agreement and Arbitration Proceedings in Cases of Cross-Border Insolvency: An Analysis from the Swiss Perspective*». *Cahiers de l'Arbitrage*, n.º 2, 2010, p. 373.

⁵² El tribunal suizo decidió que la parte insolvente polaca había perdido su capacidad como consecuencia de la declaración de insolvencia, lo que invalidaba el convenio arbitral CCI (Tribunal Federal Suizo, Caso n.º ATF 4A_428/2008, *Vivendi SA et al, vs. Deutsche Telekom AG et al*, juzgado el 31 de marzo de 2009. *ASA Bulletin*, n.º 28, 2010, p. 110, ¶ 3.3). Todavía, en una acción de anulación contra un laudo LCIA en un arbitraje paralelo, los tribunales ingleses, al contrario de los tribunales suizos, no tuvieron que decidir sobre la validez del convenio en virtud de incapacidad. Decidieron los ingleses la cuestión del efecto de la

la ley personal de la compañía vendedora en una acción de ejecución del laudo arbitral, en virtud de la aplicación de la regla de conflicto de leyes alemana.⁵³

Como vemos, hay consenso sobre la aplicación de la ley personal a cuestiones de capacidad de una parte a un convenio arbitral. Sin embargo, no hay consenso sobre lo que constituye la ley personal. La ley personal —y, por lo tanto, la ley aplicable a la capacidad de personas físicas— puede ser la ley del país de su nacionalidad o la ley del país de su domicilio.⁵⁴ La ley aplicable a la capacidad de personas jurídicas puede ser la ley del país de la sede social o la ley según la cual fueran creadas, constituidas o incorporadas.⁵⁵

acción de la declaración de quiebra en Polonia sobre el arbitraje, afirmando el laudo LCIA, mientras que en Suiza el laudo CCI había sido rechazado (*Court of Appeal. Syska [acting as insolvency administrator of Elektrim] and another [Elektrim] vs. Vivendi Universal SA and others*, juzgado el 9 de julio de 2009. *EWCA Civ*, 2009, p. 677).

⁵³ Bundesgerichtshof Buyer (nationality not indicated) *vs.* Seller (Croatia), juzgado el 23 de abril de 1998. *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXIVa, 1999, p. 928.

⁵⁴ *Ver* Código de Derecho Internacional Privado («Código Bustamante») del 20 de febrero de 1928, arts. 7 y 27: «Artículo 7.- Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior. [...] Artículo 27.- La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local. [...]» *Ver también* Código Civil francés, art. 3(3): «Las leyes relativas al Estado y a la capacidad de las personas rigen a los franceses, incluso si residen en el extranjero» (traducción libre de las autoras).

⁵⁵ *Ver* Código Bustamante, arts. 33 y 34: «Artículo 33.- Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido; la de las fundaciones por las reglas de su institución, aprobadas por la autoridad correspondiente, si lo exigiere su derecho nacional, y la de las asociaciones por sus estatutos, en iguales condiciones. Artículo 34.- Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad». *Ver también* Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado de 24 de

El Instituto de Derecho Internacional publicó en 1957 una resolución declarando que la capacidad para celebrar un convenio de arbitraje está sujeta a la ley fijada según las reglas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje.⁵⁶ Sin embargo, esa regla es criticada, pues las reglas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje pueden a veces indicar como aplicable una ley que lleva a la nulidad del convenio arbitral, por incapacidad de una de las partes. En un caso ante los tribunales suizos, una parte alegó la aplicación de la ley portuguesa, que resultaba en la incapacidad de una compañía portuguesa insolvente para actuar en arbitraje. Los tribunales suizos rechazaron ese argumento, por entender que la ley portuguesa aplicable por tratarse de la ley del país según la cual la compañía estaba organizada le concedía personalidad jurídica, lo que era suficiente para que participase en el arbitraje con sede en Suiza.⁵⁷

Con relación a entes estatales, hay una discusión si la capacidad del Estado a someterse al arbitraje podría estar sujeta a la ley de ese mismo país, o si debería estar regulada por derecho convencional y por la noción de orden público internacional. Con el objetivo de evitar abusos por entes estatales, el artículo 177(2)⁵⁸ de la Ley de Derecho Interna-

mayo de 1984, art. 2: «La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución». *Ver también* Código Civil francés, art. 1837: «Toda sociedad cuyo domicilio se encuentre situado en territorio francés estará sujeta a las disposiciones de la ley francesa. Los terceros podrán prevalerse del domicilio estatutario, pero éste no les será oponible por la sociedad cuando el domicilio real se sitúe en otro lugar» (traducción libre de las autoras).

⁵⁶ Resolución sobre arbitraje en derecho internacional privado del Instituto de Derecho Internacional de 1957, art. 4: «La capacidad de someterse al arbitraje se rige por la ley que resulta de la aplicación de las reglas de conflicto en vigor en el lugar de la sede del tribunal arbitral» (traducción libre de las autoras).

⁵⁷ Tribunal Federal Suizo, Caso n.º DFT 4A_50/2012, X._ *Lda.*, representada por Dr. M._ *Administradora de Insolvencia*, vs. Y._ *Ltd.*, juzgado el 16 de octubre de 2012, ¶¶3.3.5, 3.4.2.

⁵⁸ Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, art. 177 (II) (2): «Si una de las partes en el acuerdo de arbitraje es un Estado,

cional Privado suiza determina que, si un Estado o una compañía controlada por un Estado participa en un arbitraje, dicha parte no podrá luego alegar su derecho nacional para argumentar su incapacidad para participar en un arbitraje.

No todos los derechos nacionales permiten al Estado o a entidades públicas someterse al arbitraje. Por ejemplo, en arbitraje interno francés, el artículo 2060⁵⁹ del Código Civil francés no permite el sometimiento a arbitraje de entes estatales, salvo si están expresamente autorizados por medio de decreto. Esto no se aplica a contratos internacionales; y, por supuesto, al arbitraje internacional, según el artículo 9 de la Ley n.º 6-972.⁶⁰ Aun así, la jurisprudencia francesa ha consolidado un entendimiento similar al artículo 177(2) suizo; esto es, no le es permitido ni al Estado ni a sus entes públicos alegar su derecho nacional para excluir o restringir su capacidad de someterse al arbitraje.⁶¹

una empresa controlada o una organización controlada por él, esa parte no podrá invocar su propio derecho para impugnar la arbitrabilidad de una controversia o su capacidad para ser parte de un arbitraje» (traducción libre de las autoras).

⁵⁹ Código Civil francés, art. 2060: «No podrán someterse a arbitraje las cuestiones inherentes al estado y la capacidad de las personas, las relativas al divorcio y la separación judicial, las controversias en que posean intereses las administraciones y entidades públicas y, de forma más general, en cualquier ámbito que sea de orden público. No obstante, podrá autorizarse a celebrar compromisos, en virtud de decreto, a determinadas categorías de entidades públicas de carácter industrial y comercial» (traducción libre de las autoras).

⁶⁰ Ley n.º 86-972 del 19 de agosto de 1986, art. 9: «No obstante lo dispuesto en el artículo 2060 del Código Civil, el Estado, las autoridades locales y los establecimientos públicos están autorizados, en los contratos celebrados conjuntamente con empresas extranjeras para llevar a cabo operaciones de interés nacional, a suscribir cláusulas de arbitraje con miras a la solución, si fuera definitiva, de las controversias relacionadas con la aplicación e interpretación de estos contratos».

⁶¹ SERAGLINI, C. *Op. cit.*, ¶21. Ver Cour de cassation (primera cámara civil), Caso n.º 61-12.255, *Trésor Public vs. Galakis*, juzgado el 2 de mayo de 1966; *Cour d'appel de Paris*, 1re ch., sect. C, juzgado el 13 de noviembre de 2008. *Revue de*

Los nuevos párrafos del artículo 1 de la ley arbitraje brasileña también disponen sobre la capacidad de entes públicos para someterse al arbitraje.⁶² Estos párrafos establecen la posibilidad de la administración pública directa e indirecta de someter litigios sobre cuestiones patrimoniales disponibles al arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral sea celebrado por la autoridad u órgano respectivo competente para celebrar acuerdos. Incluso, antes de la adopción de los nuevos párrafos del artículo 1 en Brasil, el Supremo Tribunal Federal brasileño había confirmado la capacidad del Estado de participar en un arbitraje en *União Federal vs. Espólio Lage et al.*, en los años setenta.⁶³ Casi treinta años más tarde, los tribunales brasileños confirmaron la validez del convenio arbitral del *Acordo Dois*, un instrumento celebrado durante la reestructuración de la deuda del país.⁶⁴ Más recientemente, el Superior Tribunal de Justicia brasileño también confirmó la capacidad de empresas de capital

l'arbitrage, 2009, p. 389, nota de AUDIT, Bernard (arbitrabilidad *ratione personae* de entes estatales).

⁶² Ley n.º 9.307 del 23 de septiembre de 1996 (con las enmiendas de la Ley n.º 13.129 de 2015), art. 1: «Las personas con capacidad para contratar podrán someter sus litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles al arbitraje. § 1.º La administración pública directa e indirecta podrá utilizar el arbitraje para resolver litigios sobre derechos patrimoniales disponibles. § 2.º La autoridad u órgano competente de la administración pública directa para firmar el convenio arbitral es la misma que aquélla para pactar acuerdos o transacciones» (traducción libre de las autoras).

⁶³ Supremo Tribunal Federal (pleno), Agravo de Instrumento 52.181-GB, *União Federal vs. Espólio Lage et al.* *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n.º 68, 1973, pp. 382-397.

⁶⁴ Ver Juzgado Federal del Estado de Río de Janeiro (Juez Augustinho Fernandes Dias da Silva). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 4, 1999, pp. 277-287. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Federal de Recursos (voto del Ministro Flaquer Scartezini). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 17, 2002, pp. 251-253.

mixto de someterse a arbitraje en los casos *AES Uruguaiiana vs. CEEE*⁶⁵ y *Compagas vs. Passarelli*.⁶⁶

Aún más liberal, la ley peruana⁶⁷ autoriza el arbitraje de controversias derivadas de contratos y convenios del Estado peruano, entidades públicas, empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta, así como de personas jurídicas de derecho privado

⁶⁵ Superior Tribunal de Justicia (segunda cámara), Recurso Especial n.º 612.439, *AES Uruguaiiana vs. Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, juzgado el 25 de octubre de 2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 11, 2006 pp. 177-193, confirmado por Embargos de Declaração em Recurso Especial n.º 612.439, Superior Tribunal de Justicia (segunda cámara), juzgado el 17 de mayo de 2007. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 15, 2007, pp. 225-227. Ver Superior Tribunal de Justicia (primera cámara), Mandado de Segurança n.º 11.308/DF, *TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande vs. Gobierno Federal*, Rel. Min. Luiz Fux, juzgado el 9 de abril de 2008. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 21, 2009, pp. 286-313; Superior Tribunal de Justicia (tercera cámara), Recurso Especial n.º 954.065, *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás vs. Tractebel Energia S/A*, Min. Rel. Ari Pargendler, juzgado el 13 de mayo de 2008. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 22, 2009, pp. 282-291; WALD, Arnoldo & KALICKI, Jean. The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian Law. *Journal of International Arbitration*, n.º 26, 2009, pp. 557-578. Ver también Ley n.º 11.196 (que modificó la Ley n.º 8.987/95 sobre concesiones), de 21 de noviembre de 2005; Ley n.º 11.079 (sobre contratos de participación público-privada), de 30 de diciembre de 2004.

⁶⁶ Superior Tribunal de Justicia (tercera cámara), Recurso Especial n.º 904.813/PR, *Companhia Paranaense de Gás Natural - Compagás vs. Consórcio Carioca Passarelli*, Rel. Min. Nancy Andrighi, juzgado el 20 de octubre de 2011. Ver WALD, Arnoldo. *Licitude de compromisso arbitral em contrato administrativo mesmo quando o edital não previu a arbitragem - Comentário ao Recurso Especial n.º 904.813-PR*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 33, 2012, pp. 361-376. Según la ley brasileña, el arbitraje tiendo partes del sector público debe ser pública y de derecho (vedada el arbitraje por equidad), ver Ley n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996 (con las enmiendas de la Ley n.º 13.129 de 2015), art. 2(3): «El arbitraje con la administración pública deberá siempre ser en derecho [no en equidad o *ex aequo et bono*] y respetará el principio de la publicidad» (traducción libre de las autoras).

⁶⁷ Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje de junio del 2008 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), art. 2 y art. 4.

que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado, con nacionales o con extranjeros, domiciliados o no en Perú. Las controversias derivadas de contratos con nacionales o extranjeros no domiciliados en Perú pueden ser sometidas al arbitraje internacional, dentro o fuera del país.⁶⁸ En Costa Rica, los entes públicos también pueden someterse al arbitraje según la Ley n.º 7727,⁶⁹ a condición de que las controversias no conciernan atribuciones y funciones de imperio del Estado, como tarifas, impuestos o multas.

En Argentina, hay opiniones doctrinarias que sostienen que el Estado o sus emanaciones solamente necesitan autorización legal para someterse al arbitraje en los casos en que el Estado actúa en su carácter de poder soberano (atribuciones y funciones de imperio del Estado).⁷⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina acepta la inclusión de cláusulas compromisorias en contratos en los que el Estado actúa en el ámbito del derecho privado o «derecho común», sin necesidad de autorización previa ministerial o legal.⁷¹ Aun así, el artículo 25, segundo

⁶⁸ Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje de junio del 2008 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), art. 4(4).

⁶⁹ Ley n.º 7.727 sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social de 9 de diciembre de 1997, art. 18.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 602, citado por CAIVANO, Roque. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, 1.ª edición, pp. 333-334.

⁷¹ Ver, entre otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 152:347, *S.A. Puerto del Rosario vs. Gobierno Nacional*, del 25 de septiembre de 1928: «Tratándose en el caso, de cuestiones regidas directamente por el contrato celebrado por la nación para la construcción y explotación del Puerto del Rosario en que aquella no actúa como entidad política soberana y en su carácter exclusivamente público dentro del cual le incumbe la función de percibir las rentas y darles la correspondiente aplicación, sino como persona del derecho privado que se ha sometido voluntariamente por el hecho de la celebración del contrato con el concesionario a las disposiciones del derecho común y a las decisiones de la justicia arbitral libremente pactada, no es necesaria la venia del Congreso para demandar a la nación». En todo caso, la regulación del arbitraje en el (nuevo) Código Civil y Comercial argentino no se aplica a los convenios arbitrales en los que sean partes «los Estados nacional o local» (art. 1651).

párrafo, de la ley sobre los contratos de participación público-privada permite someter a arbitraje las controversias entre el particular y el Estado nacional o cualquiera de sus emanaciones que sea parte del contrato, aunque exige aprobación expresa previa por el Poder Ejecutivo Nacional (facultad indelegable) e información al Congreso de la Nación.⁷² Dado este marco legal, es muy probable que la condición de autorización expresa del Poder Ejecutivo sea interpretada de forma restrictiva.⁷³

El artículo 4 de la ley de arbitraje ecuatoriana⁷⁴ autoriza a las entidades del sector público a pactar convenios arbitrales en sus relaciones contractuales, siempre que, entre otras exigencias, el convenio sea pactado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha entidad. En ese sentido, la ley ecuatoriana es más liberal que la ley brasileña, pues no exige capacidad para pactar acuerdos, pero simplemente capacidad para contratar. En cuanto al arbitraje internacional, el artículo 42 establece que las entidades públicas deben requerir autorización de su máxima

⁷² Ley n.º 27.328 del 16 de noviembre de 2016 sobre el régimen relativo a los contratos de participación público-privada, art. 25.

⁷³ Ello con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. vs. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.*, del 8 de mayo de 2007. Allí la Corte Suprema resaltó que una autorización específica de la Ley de Obras Públicas a acudir al arbitraje administrado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas estaba limitada a las demandas de «mayores costos» y no podía ser extendida a demandas de «daños y perjuicios por incumplimiento contractual» en obras públicas. En este caso, las partes no habían pactado un convenio arbitral en su contrato que pudiera prorrogar la jurisdicción contencioso-administrativa de los jueces argentinos para entender en este tipo de demanda; ver MARIÑO, Manuel. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación anula un laudo arbitral por no existir acuerdo arbitral entre las partes (11 de junio de 2007)*, disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-anula-un-laudo-arbitral-por-no-existir-acuerdo-arbitral-entre-las-partes-5333/>.

⁷⁴ Ley n.º 000. RO/ 145 (Ley de Arbitraje y Mediación) del 4 de septiembre de 1997, art. 4. Ver ANDRADE CADENA, Xavier; Juan Manuel MARCHÁN. «El arbitraje comercial internacional en Ecuador: Marco legal y jurisprudencial». En *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial* (Carlos Soto Coaguila (ed). La Ley, 2009), p. 326.

autoridad para hacerlo. En virtud del artículo 190 de la Constitución ecuatoriana, «(e)n la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado». ⁷⁵ Sin embargo, el artículo 422 de la Constitución prohíbe la celebración de nuevos tratados internacionales por el Estado ecuatoriano sometiendo disputas contractuales/comerciales con particulares al arbitraje internacional, «a menos que sean originadas en proceso de integración latinoamericana». ⁷⁶

Por su parte, la ley venezolana dispone que no pueden someterse al arbitraje las controversias «directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público». ⁷⁷ En cuanto a las empresas estatales o de capital mixto, la ley venezolana impone restricciones cuando haya una participación del Estado o de entidades públicas que sea igual o superior al cincuenta por ciento del capital social, e impone la condición de la autorización previa por el ministro de tutela. ⁷⁸

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador, RO/449 del 20 de octubre de 2008, art. 190. Ver ANDRADE CADENA, Xavier. «Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 20, 2009, pp. 352-357.

⁷⁶ ANDRADE CADENA, Xavier. *Op. cit.* en la nota precedente, p. 366.

⁷⁷ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998, art. 3: «Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: [...] b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público. [...]».

⁷⁸ Ley de arbitraje comercial, Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998, art. 4: «Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3)».

4.4. *Ley aplicable a la representación de las partes en la adhesión al convenio arbitral*

En Brasil, en 2012, el Superior Tribunal de Justicia trató la ley aplicable a la capacidad de una parte para adherir al arbitraje en curso en el caso *Comverse vs. American Telecommunication*.⁷⁹ En este caso, las partes habían escogido el Reglamento ICDR/AAA,⁸⁰ que dispone que la simple comunicación por escrito es un medio suficiente para designar un representante en el arbitraje. La corte consideró que este artículo contenía también una regla especial sobre la adhesión al convenio arbitral y concluyó que el abogado chileno representante de la empresa chilena del grupo tenía capacidad para adherir al arbitraje en nombre de sus filiales de Bolivia, Brasil, Ecuador y Perú, filiales no signatarias del convenio arbitral.

Pero, cuando las partes no lo preven expresamente, la misma regla del artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, que remite a la aplicación del derecho nacional, se aplica a cuestiones de representación, agencia y autoridad para pactar el convenio arbitral. En consecuencia, la autoridad de un agente comercial o funcionario de una compañía para someterla al arbitraje puede estar sujeta a la ley del contrato de agencia, a la ley del país de domicilio o lugar de actuación del agente comercial, o incluso a la ley personal de la compañía.⁸¹

⁷⁹ La corte declaró, en un *obiter dictum*, que, si las partes no habían escogido una regla sobre poderes de representación, aplicaría la ley del país de la sede del arbitraje a esta cuestión. Superior Tribunal de Justicia (corte especial), SEC 3.709/US, *Comverse Inc. vs. American Telecommunication do Brasil Ltda.* (Ministro Teori Albino Zavascki, juzgado el 14 de junio de 2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2012, n.º 34, pp. 364-384.

⁸⁰ El artículo 12 del Reglamento de Arbitraje ICDR/AAA de 2009 corresponde hoy al artículo 16 de la versión de 2014 del mismo Reglamento: «Cualquier parte podrá estar representada en el arbitraje. Los nombres, direcciones, números de teléfono, números de fax y direcciones de correos electrónicos de los representantes de las partes serán comunicados por escrito a la otra parte y al Administrador [...]».

⁸¹ BORN, G. *Op. cit.*, p. 632.

Por ejemplo, la *Corte di Cassazione* italiana decidió que la cuestión de autoridad de los representantes que celebraran el acuerdo se sometía al derecho del país de su nacionalidad y no al derecho aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral.⁸² En un arbitraje CCI, un árbitro único aplicó la ley francesa como *lex contractus* y la ley alemana del lugar de la incorporación de la compañía, concluyendo que los dos agentes no estaban vinculados personalmente a un convenio arbitral celebrado a nombre de una compañía que no tenía personalidad jurídica en el momento de la celebración del contrato.⁸³

Pero, hay casos en que se aplicó a la cuestión de representación la ley aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral. En un laudo arbitral de la German Maritime Arbitration Association (GMAA), el tribunal aplicó la ley a la que estaba sometido el convenio arbitral a la cuestión de representación, rechazando la aplicación del derecho del domicilio del representante.⁸⁴

La ley peruana de arbitraje dispone expresamente que el gerente general o administrador de una persona jurídica está facultado a pactar convenios arbitrales, salvo estipulación en contrario.⁸⁵ La ley peruana también deduce la facultad de someter al arbitraje de la facultad de celebrar determinados contratos, salvo estipulación en contrario.⁸⁶

⁸² *Corte di Cassazione* (Corte de Casación italiana). Decisión del 23 de abril de 1997, *Dalmine SpA vs. M & M Sheet Metal Forming Machinery. AG. Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXIVa, 1999, p. 709.

⁸³ Laudo final CCI n.º 6850. *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXIII, 1998, p. 37.

⁸⁴ Laudo GMAA del 8 de noviembre de 2005. *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXXI, 2006, p. 66.

⁸⁵ Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje de junio de 2008 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), art. 10(1).

⁸⁶ Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje de junio de 2008 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), art. 10(2).

Por otro lado, la ley francesa⁸⁷ impone límites a los poderes de agentes para celebrar un convenio arbitral en nombre de sus mandantes. Podría cuestionarse si estos límites en arbitraje internacional son válidos según los artículos II(1) y II(3) de la Convención de Nueva York, que exigen que el derecho interno no imponga restricciones al convenio arbitral. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de París ha reemplazado las reglas conflictuales por la aplicación directa de una regla sustantiva de presunción de capacidad.⁸⁸

4.5. Ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva

La noción de arbitrabilidad objetiva (o arbitrabilidad de la materia sometida al arbitraje) es compleja, con su origen en el derecho nacional, pero con una dinámica internacional, definiendo los límites entre la adjudicación pública y la privada; esto es, delineando las materias sujetas a la jurisdicción exclusiva del juez nacional.⁸⁹ Los límites de la arbitrabilidad objetiva están relacionados con la eficacia de la decisión arbitral y con su impacto sobre el interés de terceros.

El artículo II(1) de la Convención de Nueva York impone a los Estados signatarios la obligación de reconocer los convenios arbitrales que conciernan «un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje». Similarmente, el artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York permite la denegación del reconocimiento y/o la ejecución de laudos emitidos fuera del foro en el que se solicita dicho reconocimiento o ejecución si «según la ley de ese país [lugar de emisión del laudo], el objeto de la

⁸⁷ Código Civil francés, art. 1989: «El mandatario no puede ir más allá de los términos de su mandato: el poder de pactar acuerdos no incluye el poder de pactar un convenio arbitral» (traducción libre de las autoras).

⁸⁸ SERAGLINI, C. *Op. cit.*, ¶19. Ver *Cour d'Appel de Paris* (Corte de Apelaciones de París), 1re ch., sect. C, juzgado el 15 de mayo de 2008. *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 829.

⁸⁹ MISTELIS, Loukas. «Arbitrability - International and Comparative Perspectives». *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Loukas Mistelis (ed). Kluwer Law International, 2009), pp. 7-9.

diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje». El artículo 5(2)(a) de la Convención de Panamá ha adoptado esta regla de manera prácticamente literal.

Sin embargo, estas convenciones internacionales no determinan las materias que pueden ser sometidas al arbitraje, para lo que se remiten al derecho nacional. En el derecho comparado, se apunta la referencia legislativa a criterios de la libre disponibilidad y de la patrimonialidad y sus respectivas variantes, conceptos éstos indeterminados pero construidos por la jurisprudencia.⁹⁰ Por ejemplo, Francia⁹¹ y Perú⁹² han adoptado el criterio de la libre disponibilidad; Costa Rica,⁹³ el de la libre disponibilidad y transigibilidad; Venezuela,⁹⁴ el criterio de la transigibilidad, quizás una variante del criterio de la disponibilidad y Suiza ha adoptado el criterio de la patrimonialidad.⁹⁵ Brasil ha adoptado un

⁹⁰ FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza». *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012-2013, p. 128.

⁹¹ Código Civil francés, art. 2059: «Toda persona puede celebrar compromisos con relación a los derechos de los que pueda disponer libremente» (traducción libre de las autoras).

⁹² Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje de junio de 2008 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), art. 2(1): «Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

⁹³ Ley n.º 8.937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Cnudmi) del 27 de abril de 2011, art. 37: «[p]ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición y transacción». Ver JIMÉNEZ, Dyalá & Patricio GRANÉ LABAT. «Costa Rica Chapter». *The Arbitration Review of the Americas*, 2016, p. 58.

⁹⁴ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial n.º 36.430 del 7 de abril de 1998, art. 3: «Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir».

⁹⁵ Ley Federal de Derecho Internacional Privado Suiza, art. 177(1): «Todo asunto de naturaleza patrimonial puede ser objeto de un arbitraje» (traducción libre de las autoras).

criterio mixto, estableciendo que pueden someterse a arbitraje «litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles».⁹⁶

En cuanto al criterio de la patrimonialidad, el Tribunal Federal Suizo ha reconocido un laudo parcial, confirmando jurisdicción sobre pretensiones fundadas en un contrato de agencia de dos empresas italianas, que tenía por objeto obtener ventas de equipamientos de guerra a Irak, a pesar del embargo internacional contra Irak declarado durante la ejecución del contrato. Según este tribunal, el criterio de la patrimonialidad se asociaba a la naturaleza de la pretensión y no al derecho a ella aplicable, así que las pretensiones con un valor pecuniario para las partes, en calidad de activo o de pasivo, o con un interés apreciable en dinero, eran arbitrables.⁹⁷

En cuanto al criterio de la libre disponibilidad o de la transigibilidad, por ejemplo, la ley venezolana lo define indirectamente mediante excepciones a la arbitrabilidad. Según el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, el concepto de transigibilidad excluye las controversias «contrarias al orden público», y aquéllas sobre «delitos o faltas, salvo sobre cuantía de la responsabilidad civil», «funciones de imperio del Estado», «el estado o la capacidad civil de las personas», y «bienes o derechos de incapaces».⁹⁸

⁹⁶ Ley n.º 9.307 del 23 de septiembre de 1996, art. 1: «Las personas con capacidad para contratar podrán someter sus litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles al arbitraje» (traducción libre de las autoras).

⁹⁷ Tribunal Federal Suizo, *1^{re} Cour Civile*, n.º 118 II 353, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. y Oto Melara S.p.A. vs. M. y tribunal arbitral*, juzgado el 23 de junio de 1992: «[E]stán comprendidas en esta disposición [art. 177(1)] todas las pretensiones que tengan un valor pecuniario para las partes, sea a título activo o pasivo, es decir, los derechos que presentan por lo menos para una de las partes un interés apreciable en dinero [...] El legislador escogió el criterio de la arbitrabilidad según la naturaleza de la demanda y no del derecho que la rige; asimismo, en principio, no se debe considerar las restricciones y prohibiciones del derecho extranjero concernientes a la arbitrabilidad de la demanda» (traducción libre de las autoras).

⁹⁸ Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998, art. 3.

También adoptando el criterio de la libre disponibilidad,⁹⁹ el legislador argentino ha considerado arbitrable la «relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado»,¹⁰⁰ excluyendo expresamente las controversias sobre el estado o la capacidad de personas; las cuestiones de familia; los derechos de usuarios y consumidores; los contratos por adhesión y las relaciones laborales.¹⁰¹

Sobre el criterio mixto adoptado en Brasil, el Superior Tribunal de Justicia brasileño, por ejemplo, ha entendido que un laudo arbitral del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) que aplicaba una multa fundada en un contrato laboral firmado entre un club de fútbol de Catar y un atleta brasileño, resolvía una cuestión patrimonial de libre disponibilidad, ya que no se trataba de derecho laboral o de regulaciones de disciplina y competición deportiva.¹⁰² En otro fallo, el Superior Tribunal de Justicia brasileño decidió que el convenio arbitral no impedía el pedido de declaración de quiebra ante las cortes brasileñas de una empresa que no había realizado el pago de facturas de crédito en una transacción comercial; dicho pedido no era materia de libre disponibilidad, pues «los intereses involucrados sobrepasan las esferas de disponibilidad de las partes».¹⁰³

En la práctica, los tribunales nacionales aplican directamente su derecho nacional como regla sustantiva aplicable a la cuestión de arbitra-

⁹⁹ Ver art. 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas similares presentes en los códigos procesales de las diferentes provincias: «No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción».

¹⁰⁰ Código Civil y Comercial argentino, art. 1649.

¹⁰¹ Código Civil y Comercial argentino, art. 1651.

¹⁰² Superior Tribunal de Justicia (corte especial), Sentença Estrangeira Contestada n.º 11.529, *Al-Gharafa Sports Club vs. Clemerson de Araújo Soares*, Min. Rel. Og Fernandes, juzgado el 17 de diciembre de 2014.

¹⁰³ Superior Tribunal de Justicia (tercera cámara), Recurso Especial n.º 944.917, *Jutai 661ônicos Ltda vs. PSI Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda*, Min. Rel. Nancy Andrichi, juzgado el 12 de marzo de 2013 (*traducción libre de las autoras*).

bilidad, a veces aplicando la *lex fori* según la regla de conflicto de leyes del artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York.¹⁰⁴

Por su parte, los tribunales arbitrales tienden a aplicar el derecho del país de la sede del arbitraje,¹⁰⁵ pero también a veces aplican la *lex causae*, la ley del probable país de la ejecución del convenio arbitral o del laudo arbitral, entre otras.¹⁰⁶

5. CONCLUSIONES

Habiendo analizado los diferentes aspectos de la cuestión, llegamos a las siguientes conclusiones:

- Los árbitros y jueces nacionales utilizan métodos diferentes para determinar la ley aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral, en ausencia de acuerdo expreso de las partes al respecto. Entre los métodos utilizados, el principio de validación nos parece el más adecuado y consistente con la intención de las partes que desean someter sus diferendos al arbitraje y

¹⁰⁴ MISTELIS, L. *Op. cit.*, p. 12. Algunos tribunales han aplicado directamente su derecho nacional o el derecho internacional a la cuestión de arbitrabilidad aplicando la excepción de orden pública interna o internacional, refiriéndose al artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Pero, la arbitrabilidad objetiva según el artículo V(2)(a) persiste como causal de denegación independiente del artículo V(2)(b) sobre orden público. Ver ÁLVAREZ, Henri. «Artículo V(2) (a) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución». En TAWIL, Guido; Eduardo ZULETA. *La Convención de Nueva York*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 599.

¹⁰⁵ Laudo CCI n.º 6162, *Consultant (Francia) vs. Egyptian Local Authority*. *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XVII, 1992, p. 153; laudo parcial CCI n.º 8420, *Yearbook of Commercial Arbitration*, n.º XXV, 2000, p. 328. Ver DI PIETRO, Domenico. «General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention Arbitrability». En *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Loukas Mistelis (ed). Kluwer Law International, 2009), p. 93.

¹⁰⁶ BERMANN, G. *Op. cit.*, p. 171.

también con el enfoque favorable al arbitraje de la mayoría de las leyes de arbitraje más desarrolladas. Ello siempre y cuando la aplicación de dicho principio no conduzca a otorgar validez a convenios que son considerados nulos, ineficaces o inaplicables según criterios «neutrales» aplicados por leyes nacionales de arbitraje desarrolladas. Al efecto de instrumentar dicha aplicación, se podría incluir cierto lenguaje que proponemos en la Ley Modelo o como instrucción de interpretación de la Convención de Nueva York.

- En cuanto a la validez formal del convenio arbitral, consideramos que la forma escrita a la que se refiere el artículo II(1) y (2) de la Convención de Nueva York es un estándar máximo, del cual las leyes nacionales de arbitraje pueden apartarse, como puede interpretarse que lo acepta dicha convención en su artículo VII(1), para permitir la forma oral, por ejemplo. El principio de validación es también aplicable a este aspecto y es deseable que así sea, por las mismas razones expresadas con relación a la validez sustantiva del convenio arbitral.
- En principio, la ley aplicable a la capacidad de las partes para someterse al arbitraje es su ley personal, según el artículo V(1) (a) de la Convención de Nueva York y el artículo 5(1)(a) de la Convención de Panamá. No hay todavía un consenso sobre lo que constituye la ley personal, que podrá ser la ley del país de la nacionalidad o del domicilio para las personas físicas, o la ley del país de la incorporación o de la sede para las personas jurídicas. El mismo principio se aplica a la ley aplicable a cuestiones de representación, agencia y autoridad para pactar el convenio arbitral, cuando las partes así no lo prevén.
- En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva respecto de la capacidad del Estado o de entidades estatales para someterse al arbitraje, algunas leyes nacionales prevén límites a veces fundados en la

idea de evitar el sometimiento al arbitraje de cuestiones derivadas del ejercicio de atribuciones y funciones de imperio del Estado. Pero, hay países como Suiza cuya ley rechaza toda objeción contra la competencia arbitral por parte de un Estado o de entidades estatales que se base en su propio derecho nacional.

- Por su parte, la arbitrabilidad objetiva es frecuentemente sometida a la *lex fori* del juez nacional, según la regla de conflicto de leyes del artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York. Los árbitros tienden a aplicar el derecho del país de la sede del arbitraje, pero en ciertos casos también aplican la *lex causae*, la ley del probable país de la ejecución del convenio arbitral o del laudo. Como criterios de definición de la arbitrabilidad objetiva, varios países adoptan el criterio de la libre disponibilidad y/o el criterio de la patrimonialidad y sus respectivas variantes.
- En todo caso, creemos haber contribuido a demostrar una vez más que la cuestión de la ley aplicable al convenio arbitral tiene varias aristas y es compleja. Aquellas partes y/o árbitros que omitan considerarla estarán corriendo un riesgo innecesario; y, en su mayor parte, evitable, si se aplican los criterios arriba mencionados al análisis puntual de la cuestión.

**EL CONVENIO ARBITRAL EN EL PROTOCOLO FAMILIAR.
A PROPÓSITO DE RECIENTES DESARROLLOS
EN EL DERECHO MERCANTIL**

*Tatiana Cucurull**

Sumario: 1. La importancia de la empresa familiar.— 2. El protocolo familiar.— 3. La problemática de las empresas familiares.— 4. El arbitraje en el protocolo familiar.— 5. La importancia de los órganos de gobierno de la familia empresaria.— 5.1. La junta de familia.— 5.2. El consejo de familia.— 5.3. Problemática ante la inexistencia de regulación de los órganos de gobierno familiares.— 6. La eficacia del arbitraje en el protocolo familiar.

Resumen: El impacto que la empresa familiar tiene sobre la economía de un país es innegable. Justamente su componente familiar, es el que las diferencia del resto de entidades. Poderse valer de dicho calificativo comporta muchos beneficios; sin embargo, a la vez, es el núcleo de los problemas de la entidad por las relaciones que se entremezclan: profesionales y personales. De este modo, para ellas se ha creado un documento específico para intentar, en la medida de lo posible, atenuar estos conflictos internos que le son propios y que se conoce como protocolo familiar. Entre las múltiples cláusulas que se pueden incorporar, cabe introducir, como alternativa a los tribunales, el convenio arbitral como sistema de solución de controversias. En el presente estudio se analiza la importancia del convenio arbitral para estas entidades, así como la eficacia jurídica que desprende si éste es incorporado como cláusula en el protocolo familiar.

* Abogada, doctora en derecho.

Abstract: The impact that family business has on country's economy is undeniable. Their family component is exactly what differentiates them from other entities. To own this qualifier involves many benefits; however, it is the core of the entity's problems at the same time, due to the intermingling relationships: both professional and personal. In this way, a specific document has been created for them in order to try, as far as possible, to mitigate these own internal conflicts known as family protocol. Among the multiple clauses that can be incorporated, it is possible to introduce, as an alternative to the Courts, the arbitration agreement as a dispute settlement system. The importance of arbitration agreements is analyzed in this study, as well as the legal effectiveness that emerges if is incorporated as a clause in the family protocol.

Palabras clave: Empresa familiar; arbitraje; convenio arbitral; protocolo familiar; estatutos sociales; autonomía privada de las partes; eficacia jurídica.

Key words: Family business; arbitration; arbitration agreement; family protocol; articles of association; arbitration rules; legal effectiveness.

1. LA IMPORTANCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR

La empresa familiar constituye una de las realidades económicas más importantes del panorama mundial. Esta figura nace de la combinación de dos conceptos que, aparentemente, parecen inconexos, pero son dos de los pilares fundamentales de nuestra sociedad: la familia y la empresa.

Según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar, se estima que 1,1 millones de empresas son familiares en España y representan un 89 % sobre el total de empresas. Constituyen un 57,1 % del PIB del sector privado y crean el 67% del empleo en ese ámbito. Su relevancia traspasa fronteras y en la Unión Europea se estima que

pueden englobarse dentro de esta denominación diecisiete millones de empresas, las cuales generan cien millones de empleos.¹

No obstante, y a pesar del gran impacto que tienen sobre la economía de un país, también suelen gozar de una esperanza de vida menor sobre las que no ostentan dicho calificativo. Esto es debido a que la vida de este tipo de empresas se complica cada vez que sucede un cambio generacional. A tal efecto, Gallo afirma que un 70% de las empresas familiares no pasan a la segunda generación, y que del 30% que lo consiguen, sólo un 15% continúan activas en la tercera.²

2. EL PROTOCOLO FAMILIAR

El artículo 2.1 del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, define el protocolo familiar como «aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».³

Uno de los instrumentos más utilizados para prevenir, en la medida de lo posible, la desaparición de las empresas familiares cuando se produce un cambio generacional, es el denominado protocolo familiar.

¹ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar: <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>.

² GALLO LAGUNA DE RINS, M.A. *La sucesión en la empresa familiar*. Colección *Estudios e Informes de «La Caixa»*, 1998, n.º 12, pp. 7-8.

³ Artículo 2.1 del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE n.º 65 de 16 de marzo de 2007).

A pesar de lo que suele pensarse, no es un documento de reciente creación. Éste tiene su origen en los Estados Unidos, donde recibe el nombre de *shareholders agreements*⁴ (acuerdos entre accionistas), y se utiliza en las *close corporations* (sociedades cerradas). Su finalidad es la de precisar, aclarar o delimitar algunos de los aspectos de las empresas. Desde Estados Unidos fueron importados a Inglaterra, donde adoptan el calificativo de *family constitution* (constitución de la familia).⁵

Más recientemente, en Francia, con la publicación de la ley de 23 de junio de 2006, en vigor desde el 1 de enero de 2007, se han introducido los denominados *pactes de famille*. Pese a no tener la misma finalidad que la de los protocolos familiares, esta figura nació como medio para lograr la eficacia de ciertos actos que, de otro modo, resultarían nulos. Con todo, éstos son contemplados como una excepción al principio general de prohibición de los pactos sobre la herencia futura que rigen en ese país. Del mismo modo, también se introducen figuras como el *mandat posthume*, el *pacte successoral*, la *donation-partage* o el *régime des libéralités graduelles et résiduelles*.

En Italia, con las modificaciones introducidas gracias a la *Legge 14 febbraio 2006*, n.º 55, se nombra y define en su *Codice Civile* la figura del *patto di famiglia* (cfr. art. 768-bis Código Civil italiano), como fórmula para atenuar la prohibición de los pactos sucesorios del artículo 458 del mismo Código.

⁴ Véase KESSLER, R.A. «Drafting a Shareholders' Agreement for a New York Close Corporation». *Fordham Law Review*, 1967, vol. 35, issue n.º 4, article 2, pp. 625-676.

⁵ Véase LEACH, P. y T. BOGOD. *Claves de la empresa familiar*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2006, p. 116; PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. «El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria». En *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales 2008*. Navarra: Aranzadi, 2009, 1.ª ed., vol. V, tomo XIII, p. 219; VALMAÑA CABANES, A. «El protocolo familiar jurídico: necesidad de normas vinculantes para la consecución de sus objetivos». *Noticias Jurídicas*, mayo 2010.

En la actualidad, es cada vez más frecuente la utilización del protocolo familiar como instrumento para favorecer la continuidad de las empresas familiares.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

El hecho de que en el modelo organizacional de algunas empresas se haya incorporado la institución de la familia, en primer lugar, como promotores o fundadores de la entidad; y, posteriormente, con la introducción paulatina, o no, de las siguientes generaciones familiares en los órganos de gobierno genera, casi de forma inevitable, multitud de situaciones problemáticas, siendo su principal causa que no existe una separación clara entre los asuntos empresariales y los familiares. De ello se deriva la necesidad de prevenir, y en la medida de lo posible evitar, que se produzcan conflictos derivados de las relaciones entre ambos.

En las entidades familiares se entremezclan las relaciones afectivas con las empresariales y económicas. De ahí puede surgir la superposición de roles familiares y empresariales. No es de extrañar que, en este tipo de empresas, el socio fundador sea, a su vez, hermano, padre, suegro, gerente y accionista de la empresa. O, incluso, el hijo del fundador puede encarnar en su propia persona los roles de hijo, padre, hermano, suegro, tío, consejero y director.

En consecuencia, se hace necesaria la regulación, o el establecimiento de límites, entre la familia y la empresa. La finalidad es evitar la toma de decisiones en las que haya prevalecido el afecto en perjuicio de los intereses empresariales. En las entidades de este tipo «confluyen la propiedad, la gestión, la familia y la vocación de continuidad».⁶

⁶ CANEDA MORALES, D., «Prólogo», en SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., A.M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, y A. BELVER SÁNCHEZ. *La empresa familiar: manual para empresarios*. Barcelona: Deusto, 2005, p. 13.

Por ello, en las empresas familiares resulta muy útil establecer un procedimiento para la resolución de controversias, el cual debe ser conocido por todos sus miembros pasando a formar parte de lo que en estas entidades se conoce como la cultura empresarial. Esto se consigue a través de su inclusión como cláusula en el protocolo familiar.

Con todo, y a pesar de que en los últimos años la elaboración de protocolos familiares ha ido en aumento, y su contenido es mucho más elaborado, centrándose en introducir pactos y cláusulas destinadas a evitar conflictos internos entre los miembros firmantes de dicho documento, no ha sido posible «blindar» al cien por cien los pactos contenidos en él. Esto conduce a plantearnos cuál es la mejor vía posible en caso de que se produzcan discrepancias en la interpretación del contenido del protocolo familiar.

Por una parte, y para la prevención de futuras controversias, existen órganos, especialmente creados para este tipo de entidades. Éstos son la Junta y el Consejo de Familia y cuya finalidad es la de gobernar la familia empresaria. No obstante, y al ser específicos para este tipo de empresas, no existe ninguna normativa que los regule.

Y, por otra parte, existen métodos como son la negociación, la conciliación y la mediación. Por último, y de no llegarse a resolver el problema existe, como alternativa a los tribunales, el arbitraje, siendo esta alternativa una fórmula eficaz para la resolución de conflictos.

4. EL ARBITRAJE EN EL PROTOCOLO FAMILIAR

Es habitual, y dada la finalidad de continuidad que mueve a esta tipología de empresas, la existencia de pactos en el protocolo familiar, a través de los cuales los miembros firmantes se comprometen a dirimir sus diferencias a través de uno o varios árbitros. Así, pues, en estos pactos se pueden dejar predeterminados la institución arbitral, el número de

árbitros que desean que intervengan en el proceso, las medidas cautelares y el cumplimiento y ejecución del laudo, con inclusión de cláusulas penales específicas para aquellas partes implicadas que obstaculicen la ejecución de la decisión arbitral.

El sometimiento de las controversias a arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria presenta más ventajas que inconvenientes. Entre ellas, cabe destacar:

1. *La discreción.* Mientras que las sentencias judiciales tienen un carácter público, los laudos arbitrales son secretos. En las empresas familiares, la discrecionalidad en los asuntos internos suele ser un punto importante a tener en cuenta. Justamente, su carácter familiar es el que inspira una gran seguridad, tanto a proveedores como a clientes. El hecho de que se hicieran públicas sus controversias, le afectarían de manera negativa.
2. *La celeridad.* Según el artículo 37.2 de la LARB, el laudo debe dictarse en el plazo estipulado por las partes o en el plazo legal de seis meses, ambos prorrogables, computados desde que se presenta o ha de presentarse la contestación a la demanda arbitral. En cambio, los procesos judiciales atraviesan dos instancias procesales, pudiendo, incluso, interponer, finalmente, un recurso extraordinario, por lo que es preciso contar con varios años.⁷ Además, es por todos conocida la lentitud judicial debido a la gran carga de trabajo a la que se ven sometidos los juzgados, con el arbitraje se evitan las dilaciones en el procedimiento.
3. *Flexibilidad.* Las partes pueden elegir el número de árbitros, las fechas y el lugar donde se celebrará la audiencia.

⁷ Véase HINOJOSA SEGOVIA, R. «Sistemas de solución extrajudicial de conflictos». *vLex* (Id.vlex: VLEX-52016337), p. 4.

4. *Libertad formal.* Tanto para entender suscrito el convenio arbitral,⁸ como para convenir el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros.⁹
5. *Voluntariedad.* La elección del árbitro no les ha venido impuesta por un tercero, sino que han sido las propias partes implicadas las que, en una manifestación previa de confianza, han decidido someter de forma libre sus controversias a un tercero imparcial.
6. *Especialización del tercero imparcial.* La jurisdicción ordinaria no se halla del todo especializada, y mucho menos en esta tipología de entidades. El hecho de que se pueda elegir el árbitro o árbitros con determinados conocimientos técnicos o jurídicos especializada en la materia objeto de controversia, conlleva que la decisión sea más aceptada por las partes.
7. *Imparcialidad.* Los árbitros pueden ser recusados por las partes por las mismas causas que los jueces.
8. *Fuerza legal.* La LARB atribuye al laudo el rango de sentencia judicial firme. Contra el mismo sólo cabe recurso de revisión.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el arbitraje también padece de algún inconveniente. De este modo, acudir al proceso judicial supone, por una parte, que las partes sabrán a qué atenerse en cada actuación; y, por otra parte, que tal y como se desprende del artículo 2.1 LARB, sólo pueden ser «susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Por tanto, no podrán resolverse por la vía del arbitraje aquellos asuntos sobre los que las

⁸ Artículo. 9 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, Arbitraje (B.O.E. n.º 309 de 26 de diciembre de 2003).

⁹ Artículo. 25 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, Arbitraje (B.O.E. n.º 309 de 26 de diciembre de 2003).

partes no ejerzan un poder de disposición como los relativos al derecho penal, al estado civil de las personas, o a alimentos futuros, entre otras.

A pesar de todo, el arbitraje supone de por sí una solución rápida, económica y efectiva para la resolución de conflictos societarios. Más aún, si atendemos al factor familiar que envuelve a esta tipología de empresas, el cual lo hace más atractivo y conciliador. La rapidez en el proceso es muy significativa, ya que el bloqueo de acuerdos societarios puede suponer grandes pérdidas económicas por cada día de retraso, dependiendo del rubro de negocios de las empresas.

Asimismo, esta alternativa resulta muy beneficiosa para los grupos de empresas. En la actualidad, muchas han sido las sociedades familiares que se han constituido en *holdings* con filiales o delegaciones repartidas en diversas partes del mundo. De esta forma, el convenio arbitral resultaría muy útil para determinar, de forma unificada, el proceso de actuación para la resolución de conflictos.¹⁰

Diversos autores se han pronunciado sobre el tema. El convenio arbitral extraestatutario se ha definido como una relación jurídica obligacional individual y autónoma con estructura plurilateral y de tracto sucesivo, afirmando, incluso, que éste es cada vez más corriente por su carácter sencillo, flexible, adaptable y discreto.¹¹

Sin embargo, hay quien ha abogado por atribuirle un carácter más negocial que contractual, basándose en la autonomía y voluntad de las partes dispuesta en la LARB, y lo tipifican como negocio jurídico y no

¹⁰ Véase ECHAIZ MORENO, D. «El arbitraje en los grupos de empresas familiares»: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraja_en_los_grupos_de_empresas_familiares/el_arbitraja_en_los_grupos_de_empresas_familiares.asp?CodSeccion=15.

¹¹ CORONA, J., N. MARTÍ PICÓ y M. ROCA JUNYENT. *Manual de la empresa familiar*. Deusto, 2005, p. 91.

como contrato.¹² A tal efecto, entiendo que, pese y a existir el carácter volitivo y negocial de las partes que suscriben el convenio, no puede obviarse las obligaciones que de tal acto derivan como son el acatamiento y cumplimiento del laudo que en su caso dicte el árbitro.

Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales, los laudos arbitrales no pueden recurrirse en cuanto al fondo y la forma. Por tanto, puede decirse que tienen un carácter definitivo, obligatorio y vinculante desde su emisión, y tienen la misma fuerza de cosa juzgada como las resoluciones judiciales. A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991, dispone expresamente que, «siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)». ¹³ Es, justamente, este carácter vinculante el que hace del arbitraje el mejor medio alternativo de resolución de controversias frente a los demás.

Hasta la publicación del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, no existía ninguna legislación que aludiera al arbitraje en estos documentos. No obstante, gracias a ello, se reformaron los artículos 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil y a través de los cuales «los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos». De este modo, se admite que, tanto las sociedades anónimas como las sociedades de responsabilidad limitada, puedan incluir

¹² Véase LORCA NAVARRETE, A.M. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2010.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991 (BOE n.º 98 de 24 de abril de 1991).

cláusulas arbitrales para resolver conflictos societarios al amparo de la autonomía de la voluntad establecida en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital.

Así pues, considero que la posibilidad de poder contemplar dentro del documento del protocolo familiar la vía arbitral tiene su cabida, en primer lugar, por la identificación de las partes que se ven afectadas y, en segundo lugar, porque los efectos que de ello pueda derivarse, no afectarán a terceros.

Esta reforma contribuye, no sólo a favorecer las relaciones entre los socios, sino que aporta una mayor seguridad en el tráfico mercantil que evita la disolución o paralización de los órganos de dichas entidades.¹⁴

La inclusión en el protocolo familiar de una cláusula a través de la cual sus firmantes se comprometen a que, en caso de conflicto, sometan sus diferencias a un proceso de arbitraje puede ser muy beneficiosa ya que, *a priori*, esta decisión estará tomada con anticipación al problema; es decir, las partes la han podido tomar en un estado de calma y armonía, sin estar influenciadas por los sucesos que envuelven la disputa. Además, al nombrar voluntariamente al árbitro o árbitros que tratarán el tema, supone una intención de querer poner solución al conflicto, acercando posiciones en vez de alejarlas más como puede suceder en la vía judicial. Tal y como acertadamente señala Pérez de la Cruz, «las partes acuerdan la externalización de la decisión de su conflicto».¹⁵

El hecho de que el proceso de arbitraje se celebre bajo las normas establecidas en la ley, y sea un árbitro el que tome la decisión y ponga fin al conflicto, conlleva una mayor seguridad e incluso confianza para

¹⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, García, A. «Esquema para la redacción de un protocolo familiar». En *Revista Derecho de Sociedades* 2002-2. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, n.º 19, p. 166.

¹⁵ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. «Prólogo». En CARAZO LIÉBANA, M.J. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 11.

los miembros familiares integrantes de la empresa. Esto es debido a que, por una parte, han sido los propios firmantes del protocolo los que han decidido, de forma libre y mediante un acuerdo, someterse a tal proceso comprometiéndose a acatar la decisión del o los árbitros; y, por otra parte, no acudir directamente a los órganos judiciales es símbolo de la esencia que envuelve a esta tipología de entidades: el querer la continuidad de la misma en el seno familiar; y, por tanto, ser conscientes de que, a pesar de las controversias que puedan surgir a lo largo de la vida de la empresa, haya una conciencia real de querer solucionarlos de la forma más pacífica posible y sin crear mayores tensiones, como sucedería si se acudiera directamente a la vía judicial.

El artículo 9 de la LARB es el que establece que la celebración del convenio arbitral puede formularse por escrito, o bien podrá adoptar la fórmula de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente. Por tanto, es admisible que el convenio arbitral, sea incluido tanto en forma estatutaria como contractual. Además, exige que se exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica.

De este modo, la autonomía de la voluntad mediante la cual, en nuestro caso, los socios familiares expresan su firme decisión de someter las futuras cuestiones litigiosas que puedan surgir a arbitraje; y, consecuentemente, se comprometen a acatar la decisión de los árbitros, puede plasmarse o bien como cláusula estatutaria en los estatutos sociales, o bien, y el cual es objeto del presente estudio, mediante un acuerdo o pacto incorporado en el protocolo familiar.

Cabe decir que la eficacia en ambos casos, es distinta. En primer lugar, si la decisión de los socios ha sido incorporada en los estatutos sociales, el convenio arbitral afecta a todos los socios, presentes y futuros, y a la sociedad a través de sus órganos sociales. En cambio, si éste ha sido introducido mediante un pacto en el protocolo familiar, sólo tiene una

eficacia meramente contractual; y, consecuentemente; sus efectos sólo recaerán sobre los socios firmantes del documento.

5. LA IMPORTANCIA DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA FAMILIA EMPRESARIA

Así pues, para aumentar las probabilidades de viabilidad de aquellas empresas familiares que disponen de un protocolo familiar, resulta necesario que en dicho documento se creen, paralelamente a los órganos de gobierno societarios y regulados en la Ley de Sociedades de Capital, otros que son exclusivos para este tipo de entidades: el consejo de familia y la junta de familia. Estos dos órganos tienen como finalidad gobernar la familia empresaria.

5.1. *La junta de familia*

La junta de familia es un órgano compuesto por miembros de la familia. Sus funciones son consultivas; y, por tanto, sus acuerdos tienen carácter meramente informativo. Según Tua López es «un foro familiar en el que todos los integrantes de la familia, accionistas/partícipes o no de la empresa familiar, pueden participar y manifestar sus opiniones e inquietudes sobre la misma».¹⁶ Entre sus funciones se encuentran:

1. Informar a la familia de la marcha de la empresa y de los acontecimientos que puedan afectarle.
2. Definir los objetivos de la familia en relación con la empresa, con el fin de darle continuidad.
3. Fomentar la cordialidad de las relaciones entre los miembros de la familia, con la finalidad de evitar controversias.

¹⁶ TUA LÓPEZ, X. «La regulación de los protocolos familiares». *Noticias Jurídicas*, marzo 2007, p. 3.

4. Detectar los posibles problemas que puedan surgir en la familia y que puedan afectar negativamente a la empresa.
5. Llevar los conflictos surgidos al consejo de administración, para que sean éstos los que decidan las medidas adecuadas para solucionarlos.¹⁷

Su creación suele ser especialmente necesaria cuando se incorpora la segunda generación a la entidad. Es entonces cuando el número de familiares con intereses empresariales distintos aumenta, y también el momento en el que empiezan a surgir los primeros conflictos. Para una mayor eficacia de este órgano, resultaría conveniente que estuvieran representadas las distintas generaciones y ramas familiares y que su objetivo principal sea escuchar las opiniones de todos, tanto de aquéllos que participan de una manera activa como los que no, con la finalidad de establecer los valores y principios que regirán la entidad, y que deberán trasladarse al consejo de administración.

5.2. El consejo de familia

El consejo de familia tiene como función principal favorecer la coordinación entre la empresa y la familia, e implica que las decisiones ya no las tome solamente el empresario, sino que son fruto de debate y, algunas veces, por medio de acuerdos consensuados por algunos de sus miembros más influyentes. Sus decisiones no suelen tener carácter vinculante para la entidad. Es un órgano que se encarga de velar por el cumplimiento del protocolo y para que se hagan efectivos los pactos que contiene. Formarán parte, con carácter general, el fundador o fundadores y representantes de las distintas ramas familiares, que no nece-

¹⁷ Véase SERRANO GÓMEZ, E. «Los protocolos familiares». *vLex*, 2011 (Id.vlex:-VLEX-219659733), p. 12; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J. «El gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar». En SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J., A.M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ y A. BELLVER SÁNCHEZ. *La empresa familiar: manual para empresarios*. Barcelona: Deusto, 2005, pp. 57 y ss.

sariamente deben trabajar activamente en la empresa.¹⁸ Algunas de sus funciones son:

1. Servir de vínculo entre la familia, el consejo de administración y la dirección de la empresa.
2. Definir la implicación y el compromiso de la familia con la empresa.
3. Concienciar a los miembros de la familia sobre los derechos y responsabilidades que representa el formar parte de la empresa.
4. Gestionar y negociar el protocolo familiar, así como sus futuras modificaciones y actualizaciones.
5. Dirigir e impulsar el proceso de sucesión en la empresa familiar.

5.3. Problemática ante la inexistencia de regulación de los órganos de gobierno familiares

No obstante, y a pesar de la gran importancia que estos dos órganos representan para la continuidad de las empresas familiares, no existe ninguna normativa que los regule. Aun así, el Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, introduce la creación de un comité consultivo, a cuya denominación podría añadirse, entre otros, el calificativo de familiar. Sus funciones y requisitos pueden incorporarse a los estatutos de la sociedad, siendo así inscribibles en el Registro Mercantil. Para ello, se han procedido a modificar los artículos 124.2 y 185.3, ambos del Reglamento del Registro Mercantil, referentes a la administración y representación de la sociedad.

¹⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, E. «Los protocolos familiares». *vLex*, 2011 (Id.vlex:-VLEX-219659733), p. 11.

Dado el gran beneficio que reportan estas dos figuras, no en un ámbito económico sino de gestión, considero necesario que, debido a la inexistencia normativa al respecto, sean los estatutos los que suplan esta laguna y regulen sus parámetros. A través de su inscripción en el Registro Mercantil, se les conferiría la publicidad necesaria para que alcancen la eficacia jurídica que requieren.

A tal efecto, la resolución de 4 de mayo de 2005¹⁹ de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha establecido la posibilidad de crear «órganos específicos al margen de los legalmente previstos»,²⁰ amparándose en el margen que la ley da a la autonomía privada,²¹ siempre y cuando se establezca una regulación completa y detallada de los órganos con los que va a contar la sociedad. Así, y en caso de cumplirse con los requisitos exigidos, es posible incluir en los estatutos normas que permitan caracterizar a una sociedad como familiar, regulando el consejo y la junta de familia.

6. LA EFICACIA DEL ARBITRAJE EN EL PROTOCOLO FAMILIAR

Como se ha dicho anteriormente, el arbitraje es un método recomendable para la resolución de conflictos en las empresas objeto de estudio. A través del convenio arbitral las partes acuerdan de forma libre que, en

¹⁹ Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE n.º 160, de 6 de julio de 2005).

²⁰ Fundamento Jurídico 5, párrafo 3º de la resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE n.º 160, de 6 de julio de 2005).

²¹ Sobre la autonomía de la voluntad, la resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE n.º 160, de 6 de julio de 2005) se basa en el art. 12.3 de la Ley n.º 2/1995 de 23 de marzo de 1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente hasta el 1 de septiembre de 2010. Éste ha sido modificado por el art. 28 del Real Decreto Legislativo n.º 1/2010 de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, siendo aplicable a ambos tipos sociales que pueden adoptar las entidades familiares.

caso de que surja algún conflicto en el ámbito empresarial, no se acuda directamente a los procesos sustanciados ante órganos judiciales para su resolución, sino que sea sometido a la decisión de uno o varios árbitros.

En las empresas familiares, la introducción del convenio arbitral como cláusula incorporada dentro del protocolo familiar, puede resultar muy útil, siempre y cuando las partes firmantes del documento tengan una predisposición a acatar su contenido.

Para que dicho pacto sea eficaz, es necesario establecer todos los aspectos con que se regirá el proceso arbitral. La designación de los árbitros debería quedar establecida al firmar el acuerdo, en nuestro caso el protocolo familiar, pues su posterior elección resulta complicada ya que, una vez surgido el conflicto, es difícil que las partes puedan llegar a un pacto que resulte beneficioso para todos ellos. A los tribunales tan sólo se debería acudir para conseguir la inscripción en el registro correspondiente de una medida cautelar ordenada por el árbitro o la ejecución del laudo en caso de incumplimiento por una de las partes.

El protocolo familiar es un acuerdo marco de naturaleza jurídica compleja al contener elementos o aspectos propios de distintos contratos.²² Es un documento escrito que deviene de un acuerdo entre los accionistas familiares integrantes de la empresa familiar. Su principal finalidad es la de establecer un equilibrio entre los intereses familiares y empresariales, procurando que exista un recíproco beneficio entre ambos.

A todo esto, cabe decir que el protocolo familiar es un contrato plurilateral, ya que intervienen en él una pluralidad de partes (como mínimo el fundador y el heredero de la empresa familiar). Además,

²² Véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar». *Revista de Derecho de Sociedades*. Navarra: Aranzadi, 2002, n.º 19, p. 91.

viene a ser una norma base que deberá respetar y adaptar otros pactos complementarios de carácter más concreto.²³

La determinación de la naturaleza jurídica de dicho documento es uno de los puntos más debatidos entre los distintos autores. Esto se debe a la gran variedad de pactos que en él se pueden incluir. De este modo, se concluye que el protocolo familiar estará compuesto por una serie de cláusulas que, por su contenido y eficacia, pueden dividirse en dos grupos: por un lado, los morales; y, por el otro, los jurídicos.

Merece destacar que, como principal característica impera la libertad de decisión y elaboración. Ello se desprende de la exposición de Motivos del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, el cual dispone expresamente que tiene un «carácter estrictamente voluntario».

Con todo, y de considerarse el protocolo familiar como un contrato, por la variedad de cláusulas que lo componen, éste debe ser calificado como un contrato de los denominados atípicos.²⁴ Aun así, la naturaleza contractual no constituye la totalidad del protocolo familiar, quedando excluidas de este concepto aquellas cláusulas que incorporan pactos con una trascendencia moral. No obstante, hemos de resaltar

²³ Véase SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A.J. «El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 27, 3.ª época, octubre 2003, pp. 118-119.

²⁴ Sobre este aspecto se ha pronunciado diversa doctrina, los cuales han afirmado que el protocolo familiar tiene una naturaleza jurídica compleja al contener elementos o aspectos propios de distintos contratos. (Véase FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar». *Revista de Derecho de Sociedades*. Navarra: Aranzadi, 2002, n.º 19, p. 91; PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. «El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria». En *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales 2008*. Navarra: Aranzadi, 2009, 1.ª ed., vol. V, tomo XIII, p. 223; GOMÁ LANZÓN, I. «El protocolo familiar». En GARRIDO MELERO, M. y J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Barcelona: Bosch, 2005, tomo IV, p. 669).

que el convenio arbitral introducido como cláusula en el protocolo no se incluiría dentro de esta última categoría de pactos.

El documento está sujeto al principio de libertad de forma, por lo que, en principio, no sería necesario la elevación a público.²⁵ Lo que sí es necesario para que exista contrato, es la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia de contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

Una vez cumplidos estos requisitos, aunque el contenido esté en documento privado, las partes quedarían obligadas a acatarlo, como ocurre con los pactos parasociales.²⁶ Con todo, cabe además la posibilidad de inscribirlos en el Registro Mercantil, siempre y cuando se respete la legislación al respecto.

A priori, el protocolo familiar, al ser considerado un pacto parasocial, el cual no está incluido en los estatutos sociales de la entidad, no goza de eficacia *erga omnes*; y, por tanto, sus cláusulas no son oponibles frente a terceros. Claro está que una de las mayores garantías frente al *penitus extranei*, radica en la escritura pública. Además, el Reglamento del Registro Mercantil establece que «los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil (Borme)*»,²⁷ los cuales adoptan la forma de estatutos sociales.

²⁵ Véase artículos 1278 a 1280 y 1667 del Código Civil español para el caso de sociedades civiles, y el artículo 117 del Código de Comercio español para las compañías mercantiles.

²⁶ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Navarra: Aranzadi, 2008, pp. 71-71; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de noviembre de 1993 (EDJ 1993/9844); Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de septiembre de 2007 (EDJ 2007(135736).

²⁷ Artículo 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Aquí es donde deviene el gran problema de incluir el convenio arbitral en el documento del protocolo. A todo ello, cabe resaltar, que son muy pocos los pactos contenidos en el protocolo que pueden ser introducidos como cláusulas en los estatutos sociales debido a la estandarización de estos últimos.

Los estatutos sociales, para poder ser inscritos en el Registro Mercantil, deben constar primero en escritura pública. Así pues, para aquellos casos en los que los socios deseen incorporar una cláusula no estandarizada en este tipo de documentos, tanto el notario como el registrador deben proceder al estudio de su legalidad. Además, puede ocurrir que se produzca por parte del registrador una interpretación de la legislación que implique la calificación negativa de acceso al registro; y, sin embargo, puede darse la posibilidad de que esa misma cláusula pueda ser interpretada por el registrador de otra localidad de forma distinta y que, por tanto, sí sea susceptible de inscripción con todas las consecuencias que sobrelleva.

Para que las cláusulas estatutarias tuvieran la mayor utilidad posible, en el caso de las empresas familiares, su planificación debería confeccionarse como un traje a medida; y, por tanto, alejarse de los modelos estándar. De este modo, para la resolución de conflictos sería necesario tener en cuenta el convenio arbitral.

Con todo, si es posible que el documento que contiene el protocolo familiar tenga acceso al Registro Mercantil; bien por alguna de las vías de las establecidas en el Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, o bien porque se han podido incorporar como una de las cláusulas en los estatutos sociales.

De todo ello se desprende que el convenio arbitral puede resultar ser una eficaz fórmula para la resolución de las controversias que puedan surgir en el seno de las empresas familiares, dadas las peculiaridades

que éstas presentan respecto a las demás. No obstante, su incorporación como cláusula dentro del documento del protocolo familiar puede no tener los efectos inicialmente pretendidos.

Como se ha expuesto, el protocolo está compuesto por una serie de estipulaciones con una naturaleza y eficacia distinta. De este modo confluyen aquéllas que tienen un aspecto puramente moral, con las que contienen una eficacia jurídica y con aquéllas que comparten ambos ámbitos. Es por ello que, de conformidad con la legislación vigente en España, no es posible introducir todo su contenido en el Registro Mercantil; y, consecuentemente, no desplegaría la eficacia *erga omnes* deseada para este tipo de documento.

Además, resulta evidente la similitud y relación existente entre el protocolo familiar y los estatutos sociales. En muchas ocasiones coincidirán las estipulaciones contenidas en ambos documentos, entre ellos, el convenio arbitral. Así pues, debe existir una coherencia entre ambos para evitar cualquier tipo de contradicción.

A pesar de que algunos autores defienden, basándose en el principio de libertad y voluntariedad que envuelven a estas figuras jurídicas, que en caso de divergencia entre sus contenidos prevalecerán los pactos contenidos en el protocolo familiar frente a los estatutos sociales, aunque únicamente entre los miembros de la familia que hayan suscrito el protocolo en cuestión,²⁸ considero que esta idea tan sólo tendría sentido si se tuviera en cuenta exclusivamente el aspecto moral de sus integrantes.

Tal y como está estructurado actualmente el ordenamiento jurídico español, para el caso de incumplimiento de alguna de las cláusulas dispuestas en el protocolo familiar, no podría recurrirse a la vía legal. Tan sólo los estatutos sociales gozan de una protección y eficacia jurídica que los protocolos no tienen. De este modo, y a pesar de la publicación

²⁸ Véase SERRANO GÓMEZ, E. «Los protocolos familiares». *vLex*, 2011 (Id.vlex:-VLEX-219659733), p. 27.

del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, éstos no tienen cabida en su totalidad en el Registro Mercantil. Por tanto, y a diferencia de lo que sí ocurre con los estatutos sociales, no tienen eficacia jurídica frente a terceros. Consecuentemente, no se puede obligar jurídicamente a ningún familiar firmante del protocolo a cumplir con lo dispuesto en dicho documento si éste entra en contradicción con lo contenido en los estatutos sociales.

Con todo, y a pesar de los intentos legislativos para dotar de una mayor eficacia jurídica a los protocolos familiares, incluso a través de la creación de un comité consultivo,²⁹ el resultado es el mismo: la remisión última a los estatutos sociales. De este modo, la voluntad de los firmantes establecida en el protocolo podrá gozar de publicidad; y, por consiguiente, de la eficacia jurídica deseada a través de la inscripción de sus cláusulas incorporadas en los estatutos sociales.

Para que el convenio arbitral incorporado como cláusula dentro del protocolo familiar de una empresa goce de la mayor protección y eficacia jurídica posible, es necesario acudir a la inscripción registral de las cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo contemplado en el artículo 7 del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Así pues, y tal y como se desprende de su propia Exposición de Motivos, esta vía es la única que produce un efecto de publicidad material y no mera publicidad noticia.

De este modo, no se trata de publicar registralmente el protocolo familiar, sino de inscribir en hoja abierta a las sociedades familiares a las que éste afecte las cláusulas estatutarias inscribibles. Así pues, son sometidas a la calificación por parte del Registrador produciendo, a partir

²⁹ Véase Disposición final segunda del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE n.º 65 de 16 de marzo de 2007).

del principio de legalidad y exactitud, eficacia *erga omnes*. A tal efecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de septiembre de 2008, dispone que «sólo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar».³⁰

Con esta fórmula, deberá hacerse mención expresa de que el acuerdo social inscribible se adopta «en ejecución de un protocolo familiar publicado».³¹ Además, será necesario adjuntar la totalidad del protocolo, o la parte de éste que sea relevante para que el registrador pueda calificar el acuerdo social. Sólo mediante la inscripción, las empresas familiares adquieren personalidad jurídica.³² Por tanto, para ganar la plena oponibilidad de los pactos extraestatutarios frente a la sociedad y terceros, es necesario que sean inscritos en el organismo público correspondiente.³³

En conclusión, incorporar el convenio arbitral en el protocolo familiar es una opción de la que disponen las empresas familiares. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en caso de que surja un conflicto en la sociedad, si no hay una predisposición de las partes afectadas para acatar lo contenido en el documento del protocolo será más dificultoso que éste tenga la eficacia deseada. Para una mayor seguridad y eficacia jurídica es recomendable que éste sea incorporado como cláusula esta-

³⁰ Fundamento jurídico 3.º de la resolución de 30 de septiembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE n.º 268 de 6 de noviembre de 2008).

³¹ Artículo 7 del Real Decreto n.º 171/2007 de 9 de febrero de 2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE n.º 65 de 16 de marzo de 2007).

³² Artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1/2010 de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE n.º 161 de 3 de julio de 2010).

³³ Artículo 9 del Real Decreto n.º 1784/1996 de 19 de julio de 1996, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE n.º 184 de 31 de julio de 1996).

tutaria. Aun así, esto no impide que se pueda incluir en el protocolo familiar una cláusula arbitral, en la que se fijen los medios para acudir a la vía arbitral para solventar los problemas.

Asimismo, al ser el protocolo familiar un documento destinado, principalmente, a prevenir la generación de futuros conflictos, sobre todo cuando se produce un relevo generacional, resulta recomendable, o más bien necesario, que para una mayor eficacia del documento, el protocolo sea firmado por todos los socios integrantes de la empresa familiar, y que sea ratificado por los futuros miembros que se vayan incorporando a la misma.

EL CONVENIO ARBITRAL EN ESPAÑA: ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

*Juan Pablo Correa Delcasso **

Sumario: 1. Introducción.— 2. La extensión del convenio arbitral.— 3. El convenio arbitral patológico.— 4. Conclusión.

Resumen: En el presente estudio se analiza la evolución última de la jurisprudencia española en materia arbitral, muy particularmente en materia de extensión del convenio arbitral a terceros y de cláusulas arbitrales patológicas y, especialmente, cuando este último prevé, indistintamente, la sumisión a arbitraje y a los tribunales de la jurisdicción estatal.

Abstract: In this article, the author analyses recent developments in Spanish case law relating to the doctrine of the «extension of the arbitration agreement» and the interpretation of a pathological arbitration clause, especially where the latter provides indistinctly for recourse to arbitration and to the courts.

Palabras clave: Cláusulas patológicas; arbitraje; convenio arbitral; extensión del convenio arbitral a terceros; Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; forma y contenido de las cláusulas de arbitraje.

Key words: Pathological arbitration clauses; arbitration agreement; Spanish Arbitration Act; extension arbitration agreement; arbitration rules; arbitration clause requirements.

* Abogado, doctor en derecho, socio de Ventura Garcés & López-Ibor Abogados. Profesor de derecho procesal de la UB.

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la comunidad jurídica apuesta más que nunca, en la actualidad, por el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias. Y es que, efectivamente, aunque esta disciplina cuente con una larga tradición jurídica en nuestro país,¹ el hecho de haber sufrido una dictadura en un momento crucial de la historia (es decir, hacia la mitad del siglo xx) donde las democracias occidentales empezaban a abrir sus mercados y a globalizar sus economías, supuso un gran retroceso para esta institución en España que las reformas legislativas más recientes y, en particular, las leyes dictadas a partir del año 1988, han resuelto muy satisfactoriamente.

Y éste es, sin duda alguna también, el principal motivo por el que hoy en día podemos afirmar que España es, en conocida terminología anglosajona, un país *arbitration friendly*, que ha sabido dotarse de una ley eficaz y de unas instituciones extremadamente dinámicas (como el «Club Español del Arbitraje») que contribuyen, inequívocamente, a consolidar esta práctica no sólo en el derecho interno, sino también a nivel internacional.

Al hilo de esta importantísima constatación, seguidamente expon-dremos los desarrollos más significativos que ha experimentado, en estos últimos años, la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia arbitral y, muy particularmente, la doctrina que han elaborado estos últimos en relación a la extensión del convenio arbitral a sujetos o partes

¹ Por ejemplo, mientras que la doctrina y la jurisprudencia de muchos Estados europeos se interrogaba sobre la posibilidad de someter a esta institución los litigios societarios, las Ordenanzas de Bilbao del siglo xviii, la Constitución de 1812 o el Código de Comercio de 1829 impusieron el carácter obligatorio, en este ámbito, del arbitraje. La razón de este hecho, que se ha calificado acertadamente de «sorprendente» por su carácter innovador y pionero en Europa (CREMADES. «El arbitraje societario». *La Ley*, sección doctrina, 2000, Ref. d-281, tomo 9) debe buscarse, evidentemente, en las raíces de nuestro ordenamiento jurídico que, como las del derecho francés, se sumergen —entre otros— en el derecho romano.

que no lo han firmado inicialmente, o en materia de cláusulas arbitrales patológicas cuando la redacción de la cláusula se somete, indistintamente, al arbitraje y a la jurisdicción.

2. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La extensión del convenio arbitral a sujetos o partes que no lo han suscrito inicialmente constituye, sin duda alguna, uno de los temas más interesantes y fundamentales del floreciente mundo del arbitraje contemporáneo y, específicamente, del arbitraje internacional. La velocidad en las transacciones que imponen, en la actualidad, nuestros principales agentes económicos (principalmente, grandes empresas y Pymes), y el hecho de que nuestra economía se esté globalizando cada vez más, requieren inequívocamente de una respuesta ágil y eficaz por parte de nuestro sistema jurídico, que los tribunales de una inmensa mayoría de Estados no está en disposición de cumplir casi nunca, muy especialmente en las últimas décadas donde asistimos a un fenómeno de especialización creciente de nuestra economía.

Sin embargo, la doctrina que ahora nos ocupa, y que se halla muy consolidada en Francia —básicamente— merced a los laudos arbitrales dictados en los años ochenta por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, no está exenta de cierta polémica o, incluso, de abierto rechazo por parte de algunas jurisdicciones nacionales.² Y éste era, precisamente

² De hecho, a poco que examinemos la doctrina clásica en materia de arbitraje, podrá comprobarse, efectivamente, cómo buena parte de sus comentaristas, partiendo en ocasiones de unos postulados dogmáticos harto discutibles y confundiendo abiertamente, en otras, el concepto de parte suscriptora del convenio arbitral (por un lado), con el de parte procesal (por otro), han negado incomprensiblemente la posible intervención de sujetos inicialmente no firmantes de dicho convenio en un eventual proceso arbitral, bajo el pretendido principio de que tan sólo pueden ser partes de este último «quienes, habiendo suscrito el convenio arbitral y manifestado su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, derivan en un procedimiento en el que podrán alegar lo que a su derecho convenga» (CHOCRÓN

también, el caso de España, cuyos tribunales, hasta hace escasamente unos años, rechazaban sistemáticamente la aplicación de esta doctrina so pretexto de que la sumisión de las partes a arbitraje debía constar de forma inequívoca.³ Sin embargo, en una primera sentencia dictada el 26 de mayo de 2005 (donde el tribunal arbitral, según los antecedentes en ella descritos, condena un banco como garante de un contrato de suministro), nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de subrayar que, en dicho supuesto, «la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato», extensión que se puede hacer «en la exposición de motivos de la actual Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 (RCL 2003, 3010), de Arbitraje

GIRÁLDEZ. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona, 2000, capítulo II) como, dicho sea de paso, había acogido sin más, hasta la fecha, nuestra mejor jurisprudencia. Sin embargo, como intentaremos demostrar seguidamente, semejantes postulados teóricos chocan no sólo con la propia realidad, antes enunciada, del tráfico económico y, por extensión, del mundo contemporáneo (por lo que no tienen, consecuentemente, la virtud de ser útiles a este último y de servir, por tanto, a la sociedad en su conjunto —lo que el derecho, dicho sea de paso, no puede perder nunca de vista—), sino también con conceptos básicos de derecho sustantivo y procesal, rectamente interpretados tanto a la luz de sus propios principios como a la de las instituciones más recientes de derecho civil y mercantil. Y es que, efectivamente, ¿puede llamarse «tercero ajeno al proceso arbitral a aquella persona, física o jurídica, cuyo único «defecto» que le hace ostentar el calificativo de tal, estriba tan sólo en no haber firmado el convenio arbitral cuando, por lo demás, ha intervenido desde sus inicios en la relación contractual litigiosa? ¿Tiene sentido dividir esa tantas veces mencionada y, por lo demás, imprecisa «continencia de la causa», en contra del tantas veces invocado principio de economía procesal (y que cuenta con su plasmación «indirecta» en el vigente artículo 400.2 LEC) cuando, aun siendo conexos los hechos de un mismo litigio, por el mero hecho de no haberse suscrito, por todas ellas, la pertinente cláusula arbitral, se opta, sin más, por remitir la discusión a dos instancias distintas (la arbitral y la judicial, en este caso), las cuales se verán así forzadas, en ocasiones, a pronunciarse sobre cuestiones sustancialmente idénticas, con el evidente riesgo de dictar resoluciones abiertamente contradictorias? En este sentido, *v.* también mi artículo *La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international*. «*Gazette du Palais*», n.º 359 à 362, 2013, pp. 7 y ss.

³ AC\2015\1569.

que aunque no sea aplicable, guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la “cláusula arbitral de referencia”». ⁴

Las bases de esta doctrina quedaban así sentadas (aunque de forma un tanto cuestionable porque el convenio arbitral por referencia es, en nuestra opinión, una institución completamente distinta), para que otras resoluciones se pronunciaran sobre este particular y, en concreto:

- a) La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010, que negaba la extensión del convenio arbitral al administrador de la sociedad a la vista de que, según la meritada resolución jurisprudencial, la intervención de este último en el contrato litigioso nunca se produjo a título individual, sino como representante de la sociedad. ⁵

- b) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero del 2013, ⁶ citada por otras resoluciones como un buen ejemplo de aplicación de la doctrina que ahora nos ocupa, en la medida en que reconoce la transmisibilidad del convenio

⁴ ROJ: STS 1403/2005.

⁵ ROJ: STS 1669/2010.

⁶ ROJ: STSJ Madrid 8205/2013. En concreto, afirma dicha resolución lo siguiente: «Es suficiente con recordar a estos efectos la claridad y precisión con que está redactada la cláusula trigésima del contrato que suscribieron las partes en veintidós de diciembre de 1998, cuya referencia final a la sumisión de los litigantes a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid no empaña en absoluto, vistos los términos de su redacción, su nítida voluntad de mantener, en los demás casos, el acuerdo arbitral que en ella se plasma. Sólo una interpretación torcida puede inferir que dicho acuerdo es, como consecuencia de ello, defectuoso. Razones análogas nos serían de utilidad decisiva para desvirtuar la segunda queja, donde la sociedad actora proclama que el convenio arbitral no se encuentra suscrito por la actual Disa, sino por su antecesora Shell. La justificación que contiene el laudo impugnado para rechazar esta objeción tiene un peso más que suficiente para concluir la realidad de un acuerdo novatorio entre las partes como consecuencia del que la primera de tales compañías se subrogó en la posición convencional que antes tenía la segunda, sucediéndola, pues, en todos sus derechos y obligaciones».

arbitral a la nueva compañía que se subroga así en la posición de su predecesora.

Sin embargo, como se ha dicho acertadamente en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI «Westland» (que enfrentaría esta última compañía a cuatro Estados del mundo árabe en relación a un contrato que perseguía la fabricación y venta de helicópteros para la industria armamentística), «en determinadas circunstancias, aquéllos que no han firmado una cláusula arbitral pueden, en cualquier caso, estar vinculados por ella»; y, en particular, «en supuestos de sucesión con título o subrogación», subrayando acertadamente la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, lo que exponíamos anteriormente; a saber, que «la pregunta de si los cuatro Estados están vinculados por el convenio arbitral firmado con la AOI en nombre propio, es exactamente la misma que se formularía desde la perspectiva del derecho sustantivo de si están o no ligados, en general, por las obligaciones contraídas por la AOI», añadiendo, por último, una acertada conclusión final:

Finalmente, mención especial debe hacerse de las razones prácticas y consideraciones de equidad que han motivado la resolución de los árbitros en este asunto, más allá de sus fundamentos legales [...].

La equidad, en concordancia con los principios del derecho internacional, permite que pueda alzarse el velo corporativo, a efectos de proteger a terceros de un abuso que pudiera causarse en detrimento suyo.⁷

⁷ Sin embargo, es en la sentencia *Dow Chemical* donde se confirma esta doctrina. En efecto, en este caso, un importante grupo multinacional confió a otro la distribución y venta de sus productos en el territorio francés y firmó dos contratos por separado a través de varias empresas pertenecientes a este último. En particular, el grupo de empresas que concedió la distribución, introdujo una demanda de arbitraje ante la Corte Internacional Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional contra algunas empresas del grupo distribuidor, y una de las codemandadas invoca en este momento, a título preliminar, la ausencia de toda cláusula compromisoria

que le obligue frente a dos de las cuatro sociedades demandantes. Y es entonces cuando el tribunal arbitral, llevado a pronunciarse sobre su propia competencia, reconoce esta última, ordenando la tramitación del procedimiento frente a dos sociedades del grupo demandado, después de haber constatado —entre otros— que las expresiones utilizadas en el momento de la firma de los contratos por el que invocaba su incompetencia habían sido claras en todo momento, utilizando, por ejemplo, el solemne «nosotros» que demostraba así su poder de decisión sobre su filial; y, por lo tanto, su participación efectiva en la conclusión, ejecución y terminación del contrato. Y es entonces cuando el tribunal arbitral, llamado a decidir sobre su propia competencia, concluye ineludiblemente en torno a esta última, ordenando que el litigio prosiga también frente a las dos otras sociedades del grupo demandado, «siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia francesa a la cual se refiere el Informe remitido al Primer Ministro y que constituye la Exposición de Motivos del Decreto de 12 de mayo de 1981». En concreto, los motivos que llevarían a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI a dictar la citada decisión, son muy claros: en todo momento —indica el tribunal arbitral— las «fórmulas» (esto es, las expresiones) utilizadas al tiempo de suscribirse los contratos por quien ahora excepcionaba la falta de jurisdicción de este último, habían sido muy esclarecedoras, empleando siempre el nos mayestático para referirse al grupo, en su totalidad, demostrando así su decisiva participación en la toma de decisiones por parte de su filial o filiales involucradas en los contratos de distribución de constante referencia. Por todo ello, concluyen inequívocamente los árbitros que: «Considerando que es incontestable que X Company (U.S.A.) ejerce el control absoluto de sus filiales, las cuales, o bien han firmado los contratos objeto de autos, o bien, como X Francia, han participado efectiva y personalmente a su conclusión, ejecución y resolución; Considerando que un grupo de sociedades posee, sin perjuicio de la personalidad jurídica distinta que poseen cada una de ellas, una realidad económica única que el tribunal debe tener en cuenta al resolver en torno a su propia competencia, en méritos de lo dispuesto en el art. 13 (versión de 1955) u 8 (versión de 1975) del Reglamento de la CCI; Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas sociedades del grupo, debe vincular a las otras sociedades que por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o resolución de los contratos que contienen las citadas cláusulas, demuestran la voluntad común de todas las partes en este proceso de erigirse como verdaderas partes contratantes, o como partes afectadas, en primer lugar, por estos últimos, así como por los litigios que puedan derivar de los mismos; Considerando que en este sentido ya se han pronunciado tribunales arbitrales constituidos en el marco de la CCI (sentencias recaídas en los asuntos n.º 2375 de 1975, Clunet 1976, n.º 973; y en el asunto n.º 1434 de 1975, Clunet

- c) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero 2014, que admite la extensión del convenio arbitral a un administrador demandado vía demanda reconvenional en reclamación de daños e intereses diversos, después de haber señalado acertadamente el Alto Tribunal que «la interpretación extensiva de la cláusula arbitral —a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella— ha de estar sólidamente sustentada».⁸
- d) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2014 que acoge, de nuevo, esta doctrina (en este caso, se trataba de condenar a varias sociedades de un mismo grupo para poder cumplir con las previsiones contenidas en un pacto de socios), citando la jurisprudencia que acabamos de

1976, n.º 978); que las decisiones de estos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que debe tomarse en cuenta, puesto que deduce consecuencias de la realidad económica y es acorde con las necesidades del comercio internacional, a las cuales deben responder las reglas específicas, progresivamente elaboradas, del arbitraje internacional [...]. Compete a este tribunal conocer de las demandas interpuestas, no sólo por X.A.G. (Zurich) y X Europa (Zurich), sino también por X Company (U.S.A.) y X (Francia)».

⁸ JUR\2015\46672. Esta resolución contiene, dicho sea de paso, una amplia fundamentación que merece la pena transcribir: «Es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral —a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella— ha de estar sólidamente sustentada, no sólo por la exigencia de la voluntad de sumisión inequívoca y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA (RCL 2003, 3010)) —lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, *v. gr.*, por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA—, sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, «núcleo duro» —en locución del TC— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)). Pues bien, el sólido fundamento de que hablamos a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de una cláusula arbitral más o menos indeterminada, concurre, sin duda alguna, en el presente caso, como a continuación se verá, abocando a la desestimación del motivo de anulación y de la demanda que la postula».

mencionar, así como la idea esencial (repetidamente expuesta por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI) para que pueda, eventualmente, aplicarse esta doctrina por el tribunal arbitral; a saber, «si el tercero, en principio ajeno a la suscripción del convenio, deviene verdadera parte en el contrato del que nace la cuestión litigiosa —en tal caso, conviene añadir que no nos enfrentaremos a una ampliación del convenio de arbitraje, en nuestra opinión— o si el tercero —y éste es un supuesto más controvertido—, no siendo parte contractual *stricto sensu*, tiene una intervención decisiva en el devenir de la relación litigiosa, bien, como apunta la sentencia transcrita del TS —y dicho sea a título de ejemplo—, porque se le otorgan derechos en virtud de un contrato con cláusula arbitral, bien por estar directamente implicada en la ejecución del contrato».⁹

- e) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de noviembre de 2015 (que, probablemente, es la más completa desde un punto de vista doctrinal), que cita la gran mayoría de las resoluciones que acabamos de analizar hasta este momento para acabar concluyendo que, en este caso (donde se analizaban varios contratos de *swaps* concluidos sucesivamente), esta doctrina no podía aplicarse a la vista de su redacción y de la forma en la que fueron concluidos estos últimos.¹⁰

- f) O, por último, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2015, que rechaza la acción de anulación contra un laudo arbitral dictado por el autor de

⁹ JUR\2015\37475.

¹⁰ Por otra parte, el Tribunal considera acertadamente —a nuestro juicio— que debe aplicarse el artículo 9.4 de la LARB (es decir, el que regula el convenio arbitral por referencia), dado que, al concluir la tercera operación, el empleado del Banco se había referido a los documentos previos de confirmación en los que se insertó el convenio arbitral. Otra decisión que rechaza por razones muy similares la doctrina que ahora nos ocupa, es la del Tribunal Superior de Cataluña de 16 de mayo de 2013 (ROJ: STSJ CAT 5343/2013).

estas páginas, donde subraya, acertadamente, que esta doctrina se ha aplicado correctamente en el concreto supuesto de hecho de la misma, dado que se trataba de un garante «directamente implicado en la ejecución del contrato».¹¹

Dicho esto, el breve estudio que acabamos de realizar revela que, como afirmáramos en anteriores ocasiones, no nos hallamos, en estos casos, ante un tercero o terceros ajenos al convenio arbitral. Y es que, en efecto, si convenimos con la mejor doctrina, que el arbitraje reviste naturaleza jurisdiccional (cuestión ésta que, creemos, debiera de ser absolutamente pacífica en la actualidad), difícilmente podremos aceptar que tan sólo pueden ser parte en un proceso arbitral «quienes, habiendo

¹¹ JUR\2015\242481. Dicha resolución afirma, concretamente, lo siguiente: «Es de especial interés, por su aplicación *a fortiori* en las circunstancias de este caso, traer a colación la STS de 26 de mayo de 2005 (ROJ STS 3403/2005), en que la Sala Primera expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo había suscrito, pero que, por su condición de avalista, estaba directamente implicado en la ejecución del contrato. Son muy ilustrativas, en este sentido, las siguientes palabras del FJ 1 de la citada STS 26.5.2005: «La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina “transmisión del convenio arbitral”, y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio, a partes que no firmaron el contrato. Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato. Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003 (RCL 2003, 3010), de Arbitraje, que aunque no sea aplicable, guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la «cláusula arbitral de referencia», la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Y en el presente caso la actuación del Banco..., como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello, su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria».

suscrito el convenio arbitral y manifestado su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, derivan en un procedimiento en el que podrán alegar lo que a su derecho convenga»,¹² dado que, de lo contrario, estaríamos confundiendo el concepto de parte procesal con el de parte contractual, esto es, con el de aquella parte que, por los motivos que se quieran y que, obviamente, estén debidamente justificados (asunción por la compañía absorbente de un contrato suscrito por la absorbida con convenio arbitral en una operación de fusión por absorción, por ejemplo), haya asumido así la integridad de sus pactos, convirtiéndose en parte contractual de este último a todos los efectos.

Dicho sea de otro modo: esta asunción de derechos y obligaciones de carácter meramente contractual; y, por tanto, extraprocesal (y que puede adoptar tantas formas como prevea el derecho sustantivo), es la que convierte automáticamente a este nuevo contratante (siempre y cuando, insistimos, pueda afirmarse que existe verdaderamente tal asunción) en parte del proceso arbitral, puesto que, como autorizadamente destaca Serra Domínguez, tan sólo es «tercero», a diferencia de lo que aquí acontece, aquél que se «introduce en un proceso pendiente entre dos o más partes, formulando frente o junto a las partes originarias una determinada pretensión, encaminada bien a la inmediata defensa de un derecho propio, bien a la defensa de cualquiera de las partes personadas».¹³

Sin embargo —lo hemos visto anteriormente en las resoluciones que acabamos de comentar—, ningún «tercero», en sentido estricto, se demanda en los casos que hemos analizado en el presente estudio, en contra de lo que erróneamente afirman algunos comentaristas: como mucho, la cuestión estriba en dilucidar si, de conformidad con las normas de derecho sustantivo u otros criterios jurisprudenciales —universalmente admitidos— que, eventualmente, puedan estimarse aplicables al caso (doctrina de los actos propios o del levantamiento del velo socie-

¹² CHOCHRÓN GIRÁLDEZ. *Los principios procesales en el arbitraje*. *Op. cit.*

¹³ SERRA DOMÍNGUEZ. «Intervención de terceros en el proceso». *Estudios de derecho procesal*. Esplugues de Llobregat, 1969, p. 207.

tario, entre otros), las partes que han sido demandadas ante el árbitro lo han sido con fundamento de causa y no aleatoriamente como, dicho sea de paso, acontece también en tantos otros procesos judiciales que, lamentablemente, se suceden en la praxis diaria del orden jurisdiccional.

En resumen, como acertadamente indicaría en su día Derains¹⁴ comentando el alcance de la doctrina que ahora nos ocupa en relación a uno de los laudos dictados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, «los árbitros extraen todas las consecuencias, en cuanto a los efectos del convenio arbitral, de la realidad económica que constituye un grupo de sociedades. No se desprende ciertamente de su decisión —lo que sería excesivo— que, a partir de este momento, la persona física o jurídica que controla un grupo, o que un miembro de este último, por el hecho de firmar una cláusula arbitral, vincula a todas las sociedades que lo componen. Esta firma constituye, tan sólo, un principio de prueba de la sumisión de estas sociedades del grupo al convenio arbitral, principio de prueba que tan sólo se verá confirmado por la participación efectiva de estas sociedades en las operaciones contractuales. Tan sólo las sociedades del grupo que han desempeñado un papel en la negociación, conclusión o resolución del contrato, son parte por este motivo del convenio arbitral, el cual, al firmarse el contrato, vinculaba de forma virtual a la entidad económica que constituye el grupo. Por encima del principio general, los árbitros deben apreciar caso por caso, no sólo la existencia de una voluntad de los miembros del grupo de vincular el conjunto de este último, sino sobre todo, cuándo esta voluntad establece sus efectos prácticos en relación a cada una de las sociedades del grupo, consideradas de forma individual».

Por todo ello, no podemos sino concluir ahora que el desarrollo de esta doctrina en España es, sin duda alguna, una buena noticia para el arbitraje en nuestro país, y constituye un buen termómetro para determinar cuál es el estado de salud de esta institución.

¹⁴ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI* de los años 1974-1985, pp. 472-473.

3. EL CONVENIO ARBITRAL PATOLÓGICO

En segundo lugar, estamos asistiendo, en la actualidad (al hilo de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, como el francés), a un claro desarrollo de una doctrina jurisprudencial que pretende favorecer el arbitraje en los casos en los cuales nos hallamos ante un convenio arbitral patológico.

Así, mientras inicialmente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional exigía una voluntad «inequívoca» de someterse al arbitraje (y, consecuentemente, rechazaba que, en caso de duda, se pudiera recurrir a los tribunales arbitrales), en la actualidad, ante la existencia de un convenio arbitral patológico que siembra la duda de cuál fue la real intención de las partes al contratar, cada vez son más los tribunales que se decantan por la jurisdicción arbitral, apostando así por la sumisión a este método alternativo de resolución de conflictos.

En este sentido, y entre otras resoluciones, podemos citar entre las más significativas:

- a) La sentencia del Tribunal Supremo del 11 de febrero de 2010, cuando subraya, de manera específica, que el hecho de que el contrato establezca que «ambas partes se someten a los juzgados y tribunales de San Sebastián, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o domicilio que pudiera corresponderles, no quiebra, a juicio de esta Sala, la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje las divergencias en torno a la aplicación e interpretación del contrato»,¹⁵ doctrina, por tanto, muy opuesta a la que había sido consagrada por el Tribunal Constitucional y que todavía encontramos reflejada en numerosas sentencias, como la recientemente dictada en fecha 19 de junio de 2015¹⁶ por el Tribunal Superior de Justicia de las Palmas, cuando literalmente afirma que «como ya se ha expresado en los párrafos anteriores

¹⁵ ROJ: STS 1669/2010.

¹⁶ AC\2015\1569.

y a tenor de la normativa expuesta, la cláusula de sumisión al arbitraje, en cuanto entraña una renuncia a la jurisdicción, ha de ser objeto de interpretación restrictiva. El convenio arbitral debe reflejar la voluntad inequívoca de las partes de someter la cuestión controvertida a la decisión de un árbitro, tal y como estipula en el artículo 9.1 antes citado. Además de ello y para el caso que el convenio arbitral recogiera alguna cláusula contraria a la ley de arbitraje, se hace preciso efectuar tal denuncia lo antes posible, so pena de perder la facultad de impugnación».¹⁷

- b) O la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de marzo de 2013, dictada en un caso en el que el convenio arbitral se redactó en unos términos muy similares a la anterior, y que va incluso más allá de esta consideración cuando afirma literalmente que «únicamente una interpretación retorcida puede llevarnos a considerar que este acuerdo es, por estos motivos, defectuoso».¹⁸

¹⁷ Por lo demás, continúa afirmando dicha resolución lo siguiente: «El documento en el cual se recoge la voluntad de someterse a un arbitraje no puede decirse que sea una voluntad inequívoca, toda vez que el documento que sirve de base a la parte hoy demandada para ampararse en él, recoge, en primer lugar, la sumisión a los juzgados y tribunales; y, en segundo lugar y de forma incomprensible, al arbitraje. No hay voluntad inequívoca, pues si así fuera, existiría sumisión a una o a otra fórmula de resolución de conflicto, pero no a ambas conjuntamente, dado que estas dos formas no son complementarias, sino, muy al contrario, excluyentes. No existe, a tenor del mencionado documento, claridad ni concreción a la hora de someter la controversia suscitada a un arbitraje, pues en la misma cláusula novena del contrato se someten las partes contratantes a ambas al mismo tiempo, primero a la jurisdicción de juzgados y tribunales; y, en segundo lugar —y sin excluir ni aclarar en momento posterior tal contradicción—, al arbitraje. Esta segunda cláusula es una cláusula claramente contradictoria con la anterior, motivo por el cual fue denunciado por la representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000, oponiéndose a que la controversia surgida se resolviera a través de un arbitraje».

¹⁸ ROJ: STSJ M 8205/2013.

4. CONCLUSIÓN

Como acabamos de analizar a lo largo de estas páginas, la jurisprudencia española en materia arbitral evoluciona muy favorablemente en los últimos tiempos, pese a la última jurisprudencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en materia de orden público económico cuya motivación, en nuestra opinión, responde más al concreto objeto litigioso de los arbitrajes anulados, que a una nueva concepción, por parte de nuestros tribunales, de este indeterminado concepto.

Así, y en cuanto a la doctrina de la extensión del convenio arbitral a sujetos o partes que no lo han suscrito inicialmente, podemos concluir que esta última se impone progresivamente en España, hecho éste claramente demostrativo de la evolución favorable que experimenta al día de hoy la misma, en consonancia con lo que acontece en países de nuestro entorno cultural más próximo, como Francia o Suiza.

Y es que, como hemos subrayado en otras ocasiones, no se trata ni mucho menos de demandar porque sí a cualquier persona, física o jurídica, que inicialmente no fue parte del convenio arbitral (un elemental criterio de prudencia así lo aconseja),¹⁹ sino a aquélla o aquéllas (muy particular-

¹⁹ Como acertadamente señala 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*, «El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad». AA. VV. Barcelona, 2009, p. 181, «es previsible y deseable que siga avanzándose en esta dirección, pero es preciso hacerlo con prudencia: (i) para mejor definir y delimitar los supuestos en los que deba admitirse la extensión del convenio arbitral a quien no lo suscribió (que, generalmente, deberán quedar circunscritos a aquellos casos en los que se demuestra que quien no firmó el convenio arbitral fue, sin embargo, quien realmente asumió el papel de parte en la preparación, suscripción y ejecución del contrato); y (ii) para así evitar, de un lado, la incertidumbre que hoy existe en esta materia; y de otro que, al socaire de cualquiera de aquellas teorías, lleguen a perpetrarse abusos; como, por ejemplo, el abuso que constituye el imponer automáticamente a una matriz un sometimiento a arbitraje por el mero hecho de la natural participación accionarial de aquélla en una de sus filiales que haya suscrito un convenio arbitral». De forma idéntica, como

mente, cuando se trata de grupos de empresas), que han tenido una actuación decisiva en los distintos avatares de la relación contractual litigiosa. Por lo tanto, como bien subrayan ahora nuestros tribunales, los árbitros, en este caso, están resolviendo con arreglo a lo pactado por las partes, en el marco del proceso arbitral y, de acuerdo con su propia competencia, resolviendo ni más ni menos que sobre sus propias pretensiones, las mismas —cabe añadir— que quisieron someter a arbitraje en su totalidad cuando suscribieron un convenio arbitral. ¿O acaso —cabe preguntarse ahora— quisieron descartar, por ejemplo, el eventual ejercicio, en el seno de un arbitraje al que expresamente desearon someterse, de una acción de levantamiento del velo que permitiera obtener, a quien ha cumplido con el contrato, una resolución útil (en términos ejecutivos, claro está) ante un claro supuesto de abuso de derecho o fraude de ley por parte del otro contratante?

Y ésta es también, ni más ni menos, la razón por la cual los tribunales franceses ya no se contentan hoy con buscar la «voluntad común de las partes», demasiado subjetivas de analizar. Por el contrario, en la actualidad, como subrayan algunos autores,²⁰ de lo que se trata es de

bien afirma Dimolitsa, «Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage». *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, 1996, vol. 7/n.º 2, p. 18, «on pourrait dire que c'est avec beaucoup de circonspection et consciente des besoins et de la raison d'être même des groupes de sociétés que la Cour tente une levée prima facie du voile social et applique l'art. 8.3, au lieu de confirmer l'application de l'art. 7, selon les circonstances précises de chaque affaire et sur la base de critères plutôt stricts et homogènes; et que c'est de toute façon aux arbitres qu'incombe, pour chaque cas particulier, l'examen approfondi et minutieux des circonstances, car ce sont eux qui ont la charge principale de la décision sur l'existence subjective de la convention d'arbitrage».

²⁰ Pinna, «El reconocimiento de la extensión de la cláusula compromisoria a la entidad objeto del contrato», *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2013-1, pp. 126-128. Como acertadamente señala este autor, «la sentencia comentada es una piedra nueva para el edificio jurisprudencial que tiende a unificar entre las manos del árbitro todos los contenciosos derivados del contrato y de la cláusula contenida en éste, incluidos aquéllos celebrados con partes no firmantes del mismo y los relativos a otros convenios. Es este término de objeto del contrato, siempre entendido como la operación jurídica llevada a cabo por las partes, que la jurisprudencia ahora debe precisar».

analizar objetivamente cuando nos hallamos o no ante una eventual aplicación de esta figura, en aras de intentar identificar una tipología mucho más completa y objetiva de los casos que acabamos de abordar en este artículo, más allá de cuál fuera dicha «voluntad común» de ambas partes.

Por lo tanto, creemos que el hecho de que esta doctrina se imponga gradualmente en España ayuda, sin duda alguna, a comprender mejor la institución del arbitraje; a sobrepasar ciertas teorías construidas sobre axiomas a veces inexactos y/o demasiado rígidos; y, sobre todo, a ofrecer soluciones prácticas (que deberían, por supuesto, someterse a una profunda intervención legislativa) a los justiciables, en un contexto de creciente globalización de nuestra economía, que requiere de respuestas efectivas, rápidas e imaginativas, frente a la multitud de relaciones jurídicas y/o de nuevas fórmulas contractuales que surgen hoy en día.

Por último, interpretar de forma favorable al arbitraje un convenio arbitral patológico constituye, indiscutiblemente también, un gran paso adelante, que España ha llevado a cabo gracias a la indiscutible ayuda de nuestros tribunales, y que debe contribuir a consolidarla como una de las principales plazas del arbitraje comercial internacional.

LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL CONTEXTO DE LAS (YA NO TAN) NUEVAS TECNOLOGÍAS

Cristina García-Margallo Gomendio *
Cristina de Ulloa Solís-Beaumont **

Sumario: 1. Introducción.— 2. Comercio electrónico y contratación internacional.— 3. La contratación electrónica.— 3.1. Aspectos procesales.— 3.2. ADR en el comercio electrónico.— 4. El convenio arbitral.— 4.1. La eficacia y validez del convenio arbitral.— 4.2. La prueba del convenio arbitral. 5. Conclusiones..

Resumen: En el presente estudio se analiza la evolución de la regulación relativa al comercio electrónico y su incidencia en la contratación en Internet, con especial atención a los requisitos que debe cumplir el convenio arbitral formalizado por medios electrónicos para acreditar su existencia y validez.

Abstract: *In this article, the authors analyze the development of the regulation related to e-commerce and its incidence in contracting on the Internet, with special attention to the requirements that the arbitration agreement by means of electronic ordering must fulfil in order to prove its existence and validity.*

Palabras clave: Comercio electrónico, convenio arbitral; Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional; Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; Ley n.º 34/2002, 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la

* Abogada. Socia del área de resolución de conflictos en Youandlaw Abogados.

** Abogada. Socia del área de propiedad intelectual, industrial y nuevas tecnologías en Youandlaw Abogados.

información y comercio electrónico; forma y contenido de las cláusulas de arbitraje; validez; forma escrita; prueba.

Key words: E-commerce; arbitration agreement; Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration; Spanish Arbitration Act; Law n.º 34/2002 on services of the information society and e-commerce; arbitration clause requirements; «on writing»; evidence.

1. INTRODUCCIÓN

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información y su consiguiente incorporación a la vida económica y social ha puesto de manifiesto, en las últimas décadas, sus innumerables ventajas.¹ Como la mejora, entre otros aspectos, de la eficiencia y competitividad empresariales o de la oferta e información a disposición de los consumidores y usuarios.

Sin embargo, no se nos oculta que ello ha supuesto un importante reto para el legislador y para la comunidad jurídica en su conjunto a la hora de dotar al, ya no tan nuevo, entorno de las nuevas tecnologías, de un marco jurídico adecuado.

Adaptando las instituciones jurídicas tradicionales a las particularidades que plantean las mismas o similares relaciones jurídicas realizadas por medios electrónicos o regulando las nuevas figuras surgidas en el seno de la sociedad de la información. En particular, en cuestiones de tal importancia como la identificación de la jurisdicción estatal, el ordenamiento nacional aplicable o la competencia en sede de ejecución de sentencias o laudos arbitrales.²

¹ Vid. Exposición de motivos de la Ley n.º 34/2002 de 11 de julio de 2002, de Servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

² Vid. v. gr., DE MOURA, Vicente. *Problemática internacional da sociedade da informacao*. Coimbra, 2005, pp. 14-25.

Y ello, con el objeto de generar la confianza necesaria en los actores intervinientes de modo que el progreso tecnológico, el lícito intercambio de información y las relaciones sociales, comerciales y jurídicas en la red continúen desarrollándose como hasta ahora, sin renunciar por ello a la seguridad jurídica en un entorno caracterizado por un dinamismo y heterogeneidad notables.

Este nuevo entorno favorece la celebración de contratos electrónicos de carácter internacional que, en un gran número de ocasiones, son compraventas de comercio electrónico cuyo régimen se define según la naturaleza de sus intervinientes. En particular, dichas transacciones surgen, fundamentalmente, de la interacción entre empresas y consumidores; a saber: (i) B2C: *business to consumer*, compraventas entre un consumidor y un empresario y (ii) B2B: *business to business*, compraventa entre empresarios.

El ámbito de las nuevas tecnologías y, en particular, en Internet, como no podía ser de otro modo; también surgen conflictos derivados de las relaciones jurídicas entre los distintos operadores que en él intervienen. En muchos casos dichos conflictos son de carácter transfronterizo.

A este respecto, como señala en su obra *Derecho privado de Internet*, el profesor De Miguel Asensio: «La creación de un marco normativo material y procesal supranacional cobra especial sentido en un entorno que genera un extraordinario potencial de conflictos transfronterizos para los que el coste tradicional de la litigación internacional resulta desproporcionado».

Por otra parte, muchas de las transacciones que se producen a través de medios electrónicos o telemáticos, son operaciones de un valor económico relativamente pequeño, que se negocian en instantes y se perfeccionan en tiempo real entre consumidores y empresas.

En estas circunstancias, los métodos extrajudiciales de resolución de controversias (comúnmente conocidos por sus siglas en inglés, ADR) suponen una alternativa a la jurisdicción que presenta enormes ventajas a la hora de resolver conflictos derivados de la contratación electrónica sin tener que enfrentarse las partes a la inseguridad jurídica derivada de escollos, tales como la identificación de la jurisdicción estatal, el ordenamiento nacional aplicable o la competencia en sede de ejecución de sentencias.

Por su flexibilidad y alcance internacional, destaca especialmente el arbitraje, el cual debe necesariamente ser pactado por las partes para garantizar que es la autonomía de la voluntad quien expresamente demanda la exclusión de la competencia de los tribunales para conocer de las posibles controversias en la relación contractual. A los efectos del presente capítulo, y con el objeto de asegurar en la medida de lo posible la obtención de un laudo ejecutable, cobra especial relevancia el análisis del acuerdo de arbitraje alcanzado por medios electrónicos desde el prisma de los requisitos exigidos para su validez y la prueba de su existencia.

2. COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

La configuración global del comercio electrónico, es decir, la contratación de bienes y servicios a través de medios electrónicos ha precisado, por tanto, de una respuesta rápida y flexible por parte del legislador a los diversos retos planteados por el desarrollo de la sociedad de la información.

A este respecto, en el ámbito internacional, como ha señalado una parte relevante de la doctrina,³ se han puesto de manifiesto las dificultades de utilizar el convenio internacional como instrumento idóneo para el establecimiento de normas uniformes en relación con el comercio

³ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 866 y ss., MÜLLER-HENGSTENBERG, Claus D. *Nationale und Internationales Rechtprobleme im Internet*, NJW, vol. 49, 1996. MAYER, F.C. *Recht und Cyberspace*, NJW, 1996, vol. 49.

electrónico, habida cuenta del carácter descentralizado de Internet y de las necesidades del tráfico.

Es por ello que han surgido, de la mano de organizaciones intergubernamentales (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —Cnudmi/Uncitral—, Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas —CEPE—, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE—, etc.) y privadas (como la Cámara de Comercio Internacional —CCI—), soluciones más flexibles como la Ley Modelo, los códigos de conducta o las recomendaciones elaboradas por organismos internacionales, destinadas a servir de referencia al legislador estatal para la ordenación del comercio electrónico, si bien carentes de eficacia obligatoria.

Entre ellas, destacan las reglas uniformes contenidas en la Ley Modelo Uncitral sobre comercio electrónico, aprobada mediante resolución n.º 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996, elaborada con el fin de facilitar la armonización de legislaciones nacionales y mitigar la inseguridad jurídica generada respecto del uso de medios electrónicos para la contratación en el entorno digital; y, en particular, en redes cerradas.

La Ley Modelo introdujo pautas básicas sobre los criterios aplicables para establecer la equivalencia entre comunicaciones electrónicas y documentos en soporte papel, incorporando el criterio general sobre la validez y eficacia de los contratos resultantes de comunicaciones electrónicas; así como reglas sobre el tiempo y lugar de envío y recepción de los mensajes de datos, si bien no se pronunció aún sobre las peculiaridades de la contratación electrónica en una red abierta como es Internet.

En una etapa posterior, la Cnudmi elaboró, entre los años 2002 y 2005, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, mediante su reso-

lución n.º 60/21 que se ocupó, fundamentalmente, de la regulación de los aspectos tecnológicos del empleo de comunicaciones electrónicas en la formación y cumplimiento de los contratos. No obstante, sus disposiciones no regulan el régimen sustantivo de los contratos. Lo cual respeta las distintas soluciones dadas por las legislaciones estatales respecto de cuestiones tales como el momento de perfección del contrato, dotando a la comunidad jurídica de criterios uniformes para determinar la concreción del momento y lugar de celebración del mismo conforme a la ley aplicable.

No obstante lo anterior, a juicio de un importante sector de la doctrina,⁴ el convenio no ha logrado hasta el momento su objetivo primordial, cual era el de dotar de una mayor seguridad jurídica a la comunidad internacional, mediante la adopción de un texto uniforme susceptible de ser un instrumento vinculante directamente aplicable. Ello se pone de manifiesto a la luz del hecho de que, habiendo transcurrido más de una década desde su adopción, sólo ocho Estados han ratificado la citada Convención.

En el ámbito de la Unión Europea, la actividad legislatora respondió, desde el inicio, a la necesidad de eliminar los escollos derivados de la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados miembro para el desarrollo del comercio electrónico.

Así, la Directiva 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, del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva de Comercio Electrónico), ya señalaba⁵ que resultaba vital para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores, que dicho cuerpo normativo estableciera un marco jurídico claro para determinadas

⁴ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 869 y 873.

⁵ Considerandos 7 y 8 de la Directiva de Comercio Electrónico.

cuestiones relativas al comercio electrónico en el mercado interior. Un marco jurídico que garantizara la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

A este respecto, cabe destacar que la Directiva de Comercio Electrónico se centra en la regulación de los servicios de la sociedad de la información que no se circunscriben a servicios que dan lugar a la contratación electrónica.

La Directiva establece los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios relativos a la contratación en línea —artículo 2—, si bien la regulación específica de los contratos por vía electrónica se limita a lo establecido en sus artículos del 9 al 11.

No obstante, hay cuestiones relevantes del régimen de la contratación electrónica que no han sido objeto de armonización aún. En particular, en relación con el régimen jurídico de los contratos que se desarrollan en el entorno de Internet —como los contratos de licencia y de acceso a información en línea—, la eficacia de los documentos electrónicos en que consten los contratos o la ausencia de normas comunes sobre la determinación del momento de perfección de los contratos electrónicos.

Otras carencias de la Directiva sobre Comercio Electrónico en materia contractual se han mitigado en el marco de otros cuerpos normativos que inciden directamente en el régimen de la contratación electrónica. Éste es el caso de la Directiva n.º 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores que ha llevado a cabo una revisión de la normativa armonizada sobre contratos de consumo en ámbitos de máxima relevancia para el comercio electrónico, como la regulación de los contratos a distancia o los requisitos de información que los comerciantes deben poner a disposición de los consumidores en relación con dichos contratos y el alcance, ejercicio y efectos del derecho de desistimiento.

La trasposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español ha tenido lugar, en términos generales, a través de la Ley n.º 3/2014, de 27 de marzo de 2014, por la que se modifica el texto refundido 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 Consumidores y Usuarios (Lgdcu).

La regulación sobre el comercio electrónico contenida en la Directiva sobre Comercio Electrónico fue traspuesta al ordenamiento jurídico español, fundamentalmente, a través de la Ley n.º 34/2002 de 11 de julio de 2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (Lssice), que es la norma reguladora del comercio electrónico y de otros servicios de internet cuando sean parte de una actividad económica.

Si bien en España hay otras normas que regulan la actividad comercial en Internet, como lo son la Ley n.º 7/1996 de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación y la ya citada Lgdcu, junto a otras leyes complementarias.

La Lssice estableció determinadas obligaciones de información para aquellas empresas que realicen comercio electrónico; y, asimismo, reguló la actividad publicitaria por vía electrónica. En ella, las obligaciones de información se ven ampliadas para aquellas empresas que celebren contratos por vía electrónica, con la finalidad de reducir la inseguridad jurídica de la operación.

Como señala la exposición de motivos de la Lssice, lo que pretende esta ley, que parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, es ocuparse tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por la regulación existente hasta ese momento.

La norma dedica su Título IV —artículos 23 a 29— a la contratación por vía electrónica. En particular, pretende favorecer la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la ley, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de «forma escrita» que figura en diversas leyes.

Asimismo, fija el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio.

Finalmente, en relación con la uniformización jurídica en el marco del comercio electrónico y tras el esquemático repaso del marco normativo actual, hemos de hacer una breve referencia a los mecanismos alternativos, a las normas extraestatales que, al margen de los Estados y organizaciones intergubernamentales, se han desarrollado con el objeto de incidir en el régimen jurídico de los contratos sin necesidad de contar con la participación del legislador.

Destacan a este respecto, los usos comerciales asentados en cada sector del tráfico y las cláusulas contractuales usadas en la contratación internacional, recopilados por organismos privados como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los principios sobre los contratos comerciales internacionales, elaborados en el marco del Unidroit y la jurisprudencia arbitral, que integran lo que se ha denominado la *lex mercatoria*.

En particular, en la contratación mercantil internacional a través de Internet, están adoptando especial relevancia la elaboración de normas extraestatales que promuevan la autorregulación de los contratantes en las operaciones electrónicas.

En este sentido, resulta relevante mencionar lo que se han denominado por la CCI como los «*eTerms*», cláusulas que se incorporan por referencia a los contratos electrónicos y resultan muy eficaces a la hora de acordar, por ejemplo, los medios técnicos empleados durante la contratación electrónica.

Lo esencial, a nuestro juicio, en relación con este tipo de normas, de tradicional relevancia práctica en el ámbito del derecho del comercio internacional, es asegurar el carácter vinculante de las mismas para su concreta aplicación *inter partes*.

Para ello, como señala el profesor De Miguel Asensio, en su obra *Derecho privado de Internet*, en relación con los *eTerms*, resulta esencial: (i) la incorporación directa al contrato de los *eTerms* de la CCI, (ii) la firma e intercambio de una versión en papel de los *eTerms*, junto con la indicación de las categorías de contratos y el período en los que serán de aplicación; así como (iii) el intercambio de mensajes electrónicos entre las partes con expresa mención a la aceptación de los mismos, con carácter previo a la celebración de los contratos de que se trate.⁶

3. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En relación con el objeto de análisis del presente capítulo, hemos de centrarnos dentro de la gran variedad de actividades de intercambio de información, relaciones jurídicas y transacciones realizadas por medios electrónicos, en la celebración de los contratos celebrados por vía electrónica.

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, nos referimos, básicamente, a compraventas de bienes y servicios y contratos de prestación de servicios que se definen según la naturaleza de sus intervinientes. Lo que da lugar a las ya tradicionales categorías de transacciones B2B o B2C anteriormente citadas.

⁶ *ICC Guide for eContracting*, <http://www.iccwbo.org>, ap. B.1.

El artículo 9 de la Directiva sobre Comercio Electrónico establece, en sus apartados 1 y 2, bajo el título «Tratamiento de los contratos por vía electrónica», que:

1. Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

A este respecto, hemos de señalar que la categoría de los contratos electrónicos, entendida como la integrada por los contratos electrónicos celebrados mediante el intercambio de mensajes de datos por medios electrónicos, no constituye una realidad que únicamente exista en Internet. De hecho, es de todos conocido que la perfección de contratos mediante el intercambio electrónico de datos entre ordenadores y el uso de las comunicaciones electrónicas en el marco de los negocios internacionales, no surge con Internet. Un claro ejemplo de ello son las transferencias electrónicas de fondos o la contratación electrónica en el mercado de capitales y de valores.

Ello, no obstante, es un hecho que la expansión de la contratación en Internet, ha ido unida al uso de la contratación electrónica que implica la transmisión inmaterial, a través de redes informáticas, de declaraciones negociales y a la superación de los documentos en soporte papel. Con respecto a los más variados, resultan debatidos en cuanto al conjunto de los contratos concluidos mediante el intercambio electrónico de datos. También es un hecho que el uso de Internet da lugar a determinadas peculiaridades en aspectos contractuales concretos, como la validez y eficacia de los contratos —requisitos de forma—, la determinación del momento de perfección del contrato o el lugar de celebración del mismo, la prueba de los contratos electrónicos o la ejecución electrónica de las prestaciones.

Cuestiones que, por su interés y complejidad, requerirían de un análisis pormenorizado y que, por motivos de espacio y tiempo, no podemos abordar en el presente trabajo en el que centraremos el foco de atención, entre todas ellas, en los aspectos procesales relevantes derivados del comercio electrónico.

3.1. Aspectos procesales

A este respecto, cabe señalar que, si bien no existen normas de competencia judicial internacional específicas para las transacciones realizadas en el seno de Internet, la Unión Europea, ha tratado de impulsar la adaptación de la legislación procesal con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, mediante la agilización de los mecanismos judiciales.

En este sentido, el artículo 18 de la Directiva de Comercio Electrónico, en su apartado 1, establece que los Estados miembros deberán velar por que las actividades de servicios de la sociedad de la información, puedan ser objeto, en su caso, de recursos judiciales eficaces.

En el caso de España, en relación con los litigios derivados de los contratos, la norma fundamental es el Reglamento UE n.º 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas I —refundición—), sin perjuicio de la eventual aplicación del Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, realizado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (Convenio de Lugano) —*vid.* artículo 17— o del artículo 22, apartado 2 de la Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (LOPJ).

Como señala el profesor De Miguel Asensio, en su obra *Derecho privado de Internet*,⁷ la evolución reciente del Reglamento de Bruselas I, evidencia la voluntad de adaptar sus normas de competencia judicial internacional a las particularidades de la contratación electrónica, como se pone de manifiesto en la referencia hecha por su artículo 25 a los medios electrónicos para la conclusión de acuerdos de sumisión.

En concreto, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I, al establecer los requisitos de validez del acuerdo atributivo de competencia efectuado por las partes, que deberá realizarse: (i) por escrito o verbalmente con confirmación escrita, (ii) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o (iii) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado; establece en su apartado segundo que:

Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

La inclusión de una cláusula de sumisión en el contrato que, mediante la autonomía de la voluntad de las partes, determine el Estado cuyos tribunales —o el órgano arbitral designado—, son competentes para conocer del litigio resulta un instrumento eficaz para otorgar mayor seguridad jurídica a los contratos celebrados por vía electrónica y, en particular, en Internet.

Es, por ello, habitual que los contratos celebrados en el ámbito del comercio electrónico en el que las transacciones entre consumidores y comerciantes, con frecuencia se celebran no sólo a distancia, sino entre Estados muy lejanos con ordenamientos jurídicos dispares, incluyan

⁷ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1010 y ss.

una cláusula atributiva de competencia a un Estado concreto o a un órgano arbitral.

No obstante, el domicilio del demandado sigue operando como fuero general de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Bruselas I, siempre que se trate de un litigio en el que no existan competencias exclusivas —artículo 24 del Reglamento de Bruselas I—, ni sujeción expresa —artículo 25 del Reglamento de Bruselas I—. Por otra parte, hemos de señalar que la aplicación al comercio en Internet de las normas vigentes de competencia judicial internacional, que tradicionalmente han empleado como criterios de conexión, elementos de localización geográfica, tales como el lugar de cumplimiento de la obligación, el lugar de celebración del contrato o el domicilio del consumidor, plantea problemas evidentes a la hora de localizar dichas categorías físicas en un entorno virtual como Internet.

3.2. ADR en el comercio electrónico

A la luz de lo anterior, se pone de manifiesto que los métodos extrajudiciales de resolución de controversias, ADR, suponen una alternativa a la jurisdicción que presenta enormes ventajas a la hora de resolver conflictos derivados de la contratación electrónica sin tener que enfrentarse las partes a la inseguridad jurídica derivada de escollos, tales como la identificación de la jurisdicción estatal, el ordenamiento nacional aplicable o la competencia en sede de ejecución de sentencias.

A este respecto, el artículo 17 de la Directiva de Comercio Electrónico establece, en relación con la solución extrajudicial de litigios, que:

1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.

2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular, de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.
3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico.

Por su parte, del artículo 32 de la Lssice, al trasponer la citada provisión de la Directiva al ordenamiento jurídico español, señala que:

1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.
2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

Así, la autonomía de la voluntad de las partes para decidir sobre el órgano ante el cual se deberán ventilar las posibles controversias derivadas de su relación contractual encuentra, además de la posibilidad de establecer una cláusula atributiva de competencia a un Estado concreto, la posibilidad de resolver los posibles litigios mediante procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, sometiéndose las partes, por ejemplo, a un determinado órgano arbitral.

Esto dota de una mayor seguridad jurídica a la relación contractual en el ámbito de comercio electrónico, por cuanto las características específicas de Internet hacen posible que se celebren relaciones contractuales entre operadores de países muy distantes, sometidos a ordenamientos jurídicos diversos, lo que genera una gran incertidumbre en las partes contratantes.

En relación con la utilización de los métodos alternativos de resolución de controversias en el ámbito del comercio electrónico, resulta de nuevo relevante tomar en consideración la naturaleza jurídica de los intervinientes en las transacciones electrónicas.

Así, como sostiene una parte de la doctrina, mientras en los contratos B2B, entre comerciantes o empresarios, no se ha producido un rotundo abandono de los métodos tradicionales de resolución de controversias usados hasta el momento en el comercio internacional, en favor de los métodos alternativos de resolución de controversias, en el comercio electrónico B2C, entre empresas y consumidores; se observa una clara apuesta por dichos métodos.

Y ello, porque muchas de las transacciones que se producen a través de medios electrónicos o telemáticos, son operaciones de un reducido valor económico, que se negocian en instantes y se perfeccionan en tiempo real entre consumidores y empresas. Es así que la presencia de una parte más débil en la relación contractual, supone una diferencia en cuanto al régimen jurídico aplicable.

A este respecto, cabe destacar que, en el ámbito de la Unión Europea, se ha producido un intencionado impulso para garantizar el acceso a sistemas alternativos de solución de litigios, con el fin de fomentar la confianza de los consumidores en el mercado interior y posibilitar un mayor desarrollo del comercio electrónico en territorio comunitario. Y ello, con el propósito de que los consumidores identifiquen la utilización de dichos métodos como la articulación práctica del principio de

acceso a la justicia del consumidor en el ámbito del comercio electrónico.⁸

Especial mención debe hacerse, en relación con la resolución extrajudicial de los litigios en materia de consumo —respecto de los cuales el citado artículo 17 de la Directiva establece que los órganos encargados deberán proporcionar garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas— a la Directiva n.º 2013/11/UE relativa a la solución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento (UE) n.º 524/2013 sobre resolución de litigios en línea, en materia de consumo, que establecen un marco armonizado respecto a las entidades y los procedimientos de resolución extrajudicial de controversias en materia de consumo. Un nuevo marco que, frente a los sistemas internos de los Estados miembros, como lo es el Sistema Arbitral de Consumo en el caso de España —regulado 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 Lgdcu y el RD n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, modificado por el RD n.º 863/2009 de 14 de mayo de 2009— permitirá el acceso a mecanismos extrajudiciales para resolver litigios de consumo en el ámbito intracomunitario.

Asimismo, resulta relevante señalar que, en la actualidad, debido al desarrollo de la sociedad de la información, algunos de los servicios que se ofrecen a través de Internet, consisten, precisamente, en mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo la mediación y el arbitraje.

Es decir, a través de Internet se articulan sistemas específicos de mediación y arbitraje en línea. En su mayoría, relativos a procedimientos de reducida cuantía y costes modestos debido a la proliferación de los contratos de consumo y de un enorme número de transacciones de

⁸ Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos Internacionales». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEL), diciembre 2002, n.º 5.

escasa cuantía, en contraposición al arbitraje comercial internacional tradicional en el que, a menudo, se encuentran involucradas compañías con relevancia en el tráfico mercantil y que suelen versar sobre cuantías elevadas y llevar aparejados costes significativos.

En este tipo de arbitrajes todo el procedimiento se desarrolla en Internet, desde la sumisión a arbitraje de las partes, la presentación de la solicitud y la contestación o las alegaciones, pasando por la práctica de la prueba, hasta la emisión del laudo.

Dicha peculiaridad plantea algunas cuestiones aún pendientes de resolver en relación con la imposibilidad de realizar determinadas diligencias de prueba en la red, en relación con las comunicaciones⁹ o respecto a la garantía de confidencialidad del procedimiento.

Por el momento, el ámbito en el que el arbitraje en línea ha tenido un mayor predicamento, es en el de los conflictos suscitados en el ámbito de la red. En particular, en relación con los conflictos surgidos entre los proveedores de servicios de Internet y los usuarios.

Se trata de procedimientos que, hasta el momento, han tenido, con carácter general, una eficacia y desarrollo práctico limitados. Confiamos en que, en el futuro, los escollos que actualmente impiden un desarrollo más significativo del arbitraje en línea, vayan disipándose de la mano del desarrollo tecnológico y de la consiguiente adaptación de los cuerpos normativos a dicha evolución.

4. EL CONVENIO ARBITRAL

Como venimos apuntando, el hecho de que, en los últimos tiempos, la forma más utilizada para la contratación por medios electrónicos ha

⁹ Vid. MONTESINOS GARCÍA, A. *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Navarra, 2007, pp. 216 y ss.

provocado un desarrollo de la normativa internacional y, en algunos casos, de la normativa nacional, como es el caso español, para facilitar la sumisión de las partes a arbitraje cuando el contrato se formaliza por medios electrónicos. En este sentido, cabría sostener que el convenio arbitral electrónico, es aquél celebrado a través de medios electrónicos con el objeto de someter a un arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan en el ámbito de la contratación electrónica. Estaríamos ante una información reflejada en formato electrónico, respecto de la cual cabe analizar su validez, a efectos de garantizar la obtención de un laudo ejecutable.

4.1. La eficacia y validez del convenio arbitral

Con carácter general, la forma que adopta la cláusula arbitral tiene especial importancia como prueba de su existencia. Es evidente que cualquier pacto de las partes, consistente en la exclusión de la jurisdicción de los tribunales nacionales del conocimiento y enjuiciamiento de la controversia para su cesión a un mecanismo de resolución privado, el arbitraje debe ser claramente establecido por las partes.

Pues bien, como ya ha sido apuntado, las normas internacionales relativas al arbitraje han venido exigiendo, por razones obvias, que el convenio arbitral se constate por escrito. Por su parte, la inmensa mayoría de las leyes nacionales, inspiradas en las referidas normas internacionales, también lo han venido exigiendo. Y es que, como es lógico, una cláusula arbitral escrita *a priori*, cumple con el requisito de validez formal en aras de acreditar que las partes mostraron su expresa voluntad de someter sus diferencias contractuales a arbitraje.

Las primeras reglas convencionales sobre la forma del convenio arbitral son las contenidas en el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 y en el artículo 1.2.a) del Convenio de Ginebra de 1961.

Recordemos que el artículo II de la Convención de Nueva York dispone que:

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

Como es lógico, desde la aprobación del Convenio de Nueva York en 1958, las telecomunicaciones han sufrido una evolución de trascendencia capital, pasando por el telegrama hasta llegar al actual correo electrónico, las grabaciones telefónicas o las páginas web interactivas. Y así, en los últimos tiempos, se ha ido produciendo una necesaria relajación en relación con la antigua exigencia, excesivamente formal, de que el convenio arbitral conste por escrito en «una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas».¹⁰

Como bien apunta De Miguel Asensio,¹¹ la Convención de Nueva York y la Convención de Ginebra no aluden al «uso de medios electrónicos para la conclusión del convenio de arbitraje». Ello, no obstante,

¹⁰ LANDAU. *The requirement of a written form for an arbitration agreement: when «written» means «oral»*. Sixteenth ICCA Congress. London, 2002, pp. 12-15.

¹¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

parecía que, en los últimos años, se había alcanzado un elevado grado de consenso respecto de que el cumplimiento de la exigencia de forma escrita tendría lugar «cuando el convenio se celebra por una vía electrónica que haga posible un registro duradero del acuerdo». En este sentido, se venía sosteniendo que puede entenderse cumplido dicho requisito mediante el intercambio de mensajes entre las partes por medio de correos electrónicos, siempre que consten las declaraciones de voluntad de las partes, en relación con el acuerdo de arbitraje y se pueda acreditar su autoría¹² (*vid.*, jurisprudencia del TS relativa al artículo II de la Convención de Nueva York)¹³ o mediante el contacto interactivo con una página web de una oferta, en la que figura el convenio arbitral, pues se entiende que existe un intercambio de información similar al de los mensajes de correo electrónico.

No obstante, dicho consenso no ha tenido su reflejo desde un punto de vista inequívoco en la regulación y la interpretación seguida por los distintos ordenamientos jurídicos. Semejante circunstancia se une a la «falta de certeza acerca de su aplicación», lo cual «impone, desde el punto de vista práctico, cautelas a la hora de formalizar electrónicamente convenios arbitrales». Y es que, como analiza De Miguel Asensio,¹⁴ esa «falta de certeza se ve reforzada por la disparidad de criterios y el déficit de regulación existente en el panorama comparado acerca de la fuerza probatoria de los documentos electrónicos y la peculiar vulnerabilidad de éstos».

¹² Cf. FOUCARD, P., E. GAILLARD y B. GOLDMAN; *Traité de l'arbitrage commercial international*. París, 1996, pp. 391-392 (y p. 393, respecto del Convenio de Ginebra).

¹³ El ATS de 5 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4296) consideró que el presupuesto de la aportación por escrito del acuerdo exigido en el Convenio de Nueva York, queda satisfecho, siempre que de la documentación aportada «se infiera la inequívoca voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas en el desarrollo de una determinada relación negocial», aunque el concreto documento en el que se recoge la cláusula de arbitraje, no aparezca firmado.

¹⁴ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

Sólo algunas legislaciones, como la española han recogido de forma más o menos clara, como veremos, la modalidad de formalización del acuerdo arbitral por medios electrónicos. Hay otras legislaciones que han optado por interpretar restrictivamente el artículo II.2 de la Convención de Nueva York.¹⁵ En este contexto, la Cnudmi ha venido a interpretar el artículo II.2 del Convenio de Nueva York, de forma que «recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York «se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas», de modo que la exigencia de forma escrita puede ser satisfecha mediante el empleo de medios de intercambio de mensajes o comunicaciones distintos a las expresamente mencionadas en el del artículo II.2 Convención de Nueva York». (*Vid.*, Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York de 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones).

Lo anterior ha tenido su reflejo en la reforma operada en el 2006 en la Ley Modelo Uncitral en el artículo 7, Opción 1¹⁶ —que mantiene

¹⁵ 17 *Vid.* GRAFFI, L. D. *Securing Harmonized Effects of Arbitration Agreements under the New York Convention*; *Hous. J. Int'l L.*, 2006, vol. 28, pp. 663-770.

¹⁶ 18 «1) [...]El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

el requisito de que el convenio arbitral debe constar por escrito, confirmando la validez de la forma escrita electrónica— y Opción 2 —que recoge la supresión de cualquier requisito de forma para el convenio arbitral, de modo que es claro que las legislaciones que optan por este modelo, tampoco rechazan, en ningún caso, un convenio arbitral por el hecho de haberse celebrado por medios electrónicos— así como en el artículo 9 LARB.¹⁷ Ésta ha seguido el criterio establecido en el artículo 23.3 Lssice:

Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

En los referidos preceptos se viene a concretar el alcance del requisito reflejando una amplia concepción del término «por escrito» en relación con la cláusula arbitral, más acorde con la realidad actual de las formas de comunicación entre las partes, especialmente útil en contratos internacionales celebrados vía Internet.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

¹⁷ «[...] 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra. 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

Y así, con carácter general, se puede entender que el convenio arbitral es escrito cuando queda constancia de su contenido:

- a) Por cualquier forma, aunque el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- b) Por medio de una comunicación electrónica al respecto (intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax) si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, magnético, óptico, o de cualquier otro tipo.
- c) Por remisión de las partes a un documento en el que exista una cláusula arbitral.
- d) Por estar consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

A la vista de la normativa transcrita, parece evidente que el requisito de que el convenio arbitral conste «por escrito», es perfectamente compatible con su formalización por medios electrónicos.

En este sentido, De Miguel Asensio¹⁸ defiende que: «no cabe negar la validez, en cuanto a la forma, por el hecho de que un convenio arbitral se haya concluido mediante el envío de mensajes de correo electrónico o a través del contacto interactivo con páginas web, siempre que éste tenga lugar, como es habitual en la práctica, en circunstancias que hagan posible la conservación del convenio arbitral en cualquier soporte por las partes».

¹⁸ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

A mayor abundamiento, y según sostiene el autor, en la práctica de la contratación a través de Internet es fundamental distinguir entre:

- a) Las cláusulas de arbitraje incluidas en el marco de contratos de consumo, respecto de las que, de conformidad con el RD n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, antes mencionado, cabe sostener que el convenio arbitral puede celebrarse por medios electrónicos.

- b) Las cláusulas de arbitraje incluidas en el marco de las condiciones generales de la contratación, respecto de las que se debe atender a lo dispuesto en los artículos 5 a 7. Y así, se considerará atendido el requisito de la forma escrita cuando los documentos cruzados entre las partes por medios electrónicos (mensajes de correo electrónico, diálogo interactivo con un sitio web, etc.) hagan referencia expresa a las condiciones generales —que incluyan el convenio arbitral—. Para ello, es necesario que la remisión pueda ser comprobada por las partes (en particular, mediante «la visualización de las condiciones en la pantalla y su reproducción a través de la impresora»),¹⁹ teniendo en cuenta la prueba de la aceptación de las condiciones generales; y, en consecuencia, del convenio arbitral, de conformidad con los requisitos de la prueba del contenido de las condiciones generales incorporadas al contrato.²⁰ La jurisprudencia española admite la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predisuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios. Y así, por ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2012 (RJ 2012, 6120), remitiéndose al Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 (PROV

¹⁹ VAN OVERSTRAETEN, T. *Droit applicable et jurisdiction compétente sur internet*, *RDAl/IBLJ*, 1998, pp. 373-397, pp. 384-385, pone de relieve que las exigencias formales pueden flexibilizarse si la existencia de relaciones duraderas entre las partes, permite presumir el conocimiento de la cláusula arbitral por la contraparte.

²⁰ 22 *Cf.*, v. gr., MANKOWSKI, P. *Das Internet...*, *loc. cit.*, pp. 217.

2005, 167348) defiende que, entre empresarios: «el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz». En el mismo sentido, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 7526), de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 850), 9 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3893) y 3 de julio de 2003 (RJ 2003, 4324).

Al hilo de lo anterior, cabría plantearse la necesidad de que la exigencia de la formalización por escrito del acuerdo arbitral, además, contuviese la firma de las partes. A este respecto, nos parece relevante el criterio seguido por la Audiencia Provincial de La Coruña, en la Sentencia n.º 91/2015, de 19 de marzo de 2015 (AC 2015, 459), en la que, realizando un análisis exhaustivo de las normas establecidas en las normas internacionales analizadas, así como la LARB, la Lsice y la jurisprudencia española, concluye, con buen tino, que no cabe negar la validez del convenio arbitral porque éste no fuera firmado por las partes, pues basta con que:

[...] venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo.

En el mismo sentido, destacan las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 850) y de 9 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3893) al establecer que: «lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje».

Y a los efectos de probar la voluntad de las partes de someter las posibles controversias a arbitraje, De Miguel Asensio,²¹ afirma que el artículo 23.3 Lssice «establece una solución que goza de gran difusión en el plano internacional y en la UE. Con respecto al primero, cabe reseñar que el artículo 9.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales establece que «cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta». En el derecho de la Unión Europea, idéntica regla cabe encontrar en el artículo 25.2 RBI *bis*».

Por otra parte, revisados los requisitos de validez de la cláusula arbitral desde un punto de vista formal, es conveniente analizar los aspectos sustantivos de aquélla con la finalidad de garantizar la ejecutabilidad del laudo.

En este sentido, Lew²² defiende que existen tres cuestiones a tener en cuenta; en primer lugar, si existe un acuerdo entre las partes para someter las controversias a un procedimiento arbitral; en segundo lugar, si las partes tienen capacidad para suscribir una cláusula arbitral; y, en tercer lugar, si la materia objeto de discusión es susceptible de ser resuelta mediante un procedimiento arbitral.

Pues bien, el hecho de que exista o no un verdadero acuerdo entre las partes para someter las controversias a un procedimiento arbitral es una mera cuestión de hecho, que deberá centrarse, por tanto, en su

²¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 894 y ss.

²² LEW, D.M. Julian. «The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause». In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. París: ICCA Congress Series, 1998, vol. 9 (Kluwer Law International 1999), pp. 114-145.

acreditación caso por caso; acercándonos en este punto a las cuestiones relacionadas con la validez formal de aquél, esto es, su constancia por escrito, con las cuestiones allí reseñadas.

Por su parte, la capacidad de las partes para la formalización del acuerdo de arbitraje deberá ser analizada bajo la perspectiva de las legislaciones nacionales aplicables que determinan aquélla (por ejemplo, porque alguna de las partes sea de titularidad estatal). En este caso, con buen tino, Lew defiende que el análisis de la capacidad de las partes, además se realice bajo el prisma de (i) la buena fe, con el fin de evitar que las partes puedan alegar su incapacidad para dirimir la controversia en un procedimiento arbitral, especialmente al inicio de aquél; y (ii) la protección de las partes menos profesionales, para garantizar que la parte débil no se haya visto obligada a aceptar la cláusula arbitral. En este caso, cabría que las partes menos profesionales se escuden en estos puntos para tratar de defender la falta de validez del acuerdo de arbitraje alcanzado por medios electrónicos.

Por último, la validez desde un punto de vista sustantiva pivota sobre la arbitrabilidad de la materia objeto de la disputa (y, por ende, del contrato). En el ámbito comercial, este punto plantea menos dificultades, pues la mayoría de los contratos formalizados por medios electrónicos versan sobre la prestación de servicios y/o compraventa de bienes, cuya naturaleza es esencialmente disponible por las partes, a la luz de las legislaciones nacionales.

4.2. La prueba del convenio arbitral

Como sostiene G. Born:²³

Se han adoptado diferentes enfoques con respecto al estándar de prueba requerido para establecer la existencia de un

²³ BORN, Gary G. *International Arbitration: Law Practice*. La Haya: Kluwer Law International 2012, vol. I, pp. 69-86.

acuerdo de arbitraje. Algunas autoridades han exigido un nivel de prueba elevado, en comparación con otros contratos, sosteniendo que el acuerdo de las partes para arbitrar debe demostrarse claramente o que la renuncia al acceso a los tribunales nacionales debe ser expresa. Otras autoridades han requerido un estándar de prueba relajado, basándose en las políticas a favor del arbitraje de la Convención de Nueva York y la legislación nacional de arbitraje. Finalmente, algunas autoridades aplican el mismo estándar de prueba requerido para la formación de otros tipos de contratos.

Como vemos, y dada la disparidad de criterios en relación con los niveles probatorios de la existencia de los acuerdos arbitrales, es frecuente el surgimiento de conflictos.

Llegados a este punto, consideramos oportuno revisar el estándar probatorio establecido en España respecto del convenio arbitral suscrito por medios electrónicos. Merino Merchan²⁴ sostenía que la clave del éxito del arbitraje en el comercio electrónico radicará en la acreditación de la existencia y aceptación de un acuerdo entre las partes de sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas del contrato; de hecho, «La prueba se regirá por las reglas generales del derecho y por lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las normas procesales y en la legislación sobre firma electrónica».

A esos efectos, como acertadamente sostiene Grande Sanz,²⁵ el convenio arbitral electrónico constituye, a efectos procesales, una «prueba electrónica», es decir, una fuente de prueba surgida como consecuencia de las nuevas tecnologías que debe ser introducida en el proceso a través de alguno o de varios de los medios de prueba contemplados, a falta de regulación

²⁴ MERINO MERCHÁN, J.F. «El pacto de arbitraje en el comercio electrónico». *RCE*, 2002, n.º 25, pp. 3-24.

²⁵ GRANDE SANZ, M. La prueba del convenio arbitral electrónico ante los Tribunales de Justicia españoles. Memoria que se presenta para la obtención de título de doctor, dirigido por Cristina Carretero González, 2015, pp. 208 y ss.

en la LARB, en el artículo 299 de la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este sentido, cabe destacar que:

[...]

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.
3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Por su parte, los artículos 382 y 384 LEC admiten la procedencia y pertinencia como prueba de cualesquiera soportes electrónicos e informáticos para acreditar la existencia del acuerdo de arbitraje, y, en su caso, su aceptación, siempre considerando que su valor probatorio será tenido en cuenta por el árbitro (por analogía) según las reglas de la sana crítica. Asimismo, y como es lógico, las dudas que puedan plantearse sobre estos medios de prueba, deberán ser resueltas de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución española, y en concreto, en su apartado 2 que recoge el derecho a: «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

En consecuencia, parece claro que: «la firma digital debe ser admitida con todas sus consecuencias como un instrumento procesal probatorio, en la medida de que representa un símbolo basado en medios electrónicos utilizados o adoptados por una de las partes o por las dos, con la intención de vincularse al convenio arbitral o al contrato del que forma parte». En este sentido, la Ley n.º 59/2003 de 19 de diciembre de 2003, de Firma Electrónica, ha venido a reconocer «esa manifestación indubitada del consentimiento contractual que es la firma expresada por medios electrónicos con la ayuda del ordenador y la informática

[...] garantizando su uso mediante mecanismos de seguridad, esto es, con sistemas de verificación o certificaciones. A tal fin, entre los requisitos exigidos a los prestadores de servicios que expiden certificados reconocidos, se ha de recoger la fecha y hora en que se produce la actuación certificante».

5. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de analizar, aunque por razones de espacio de forma breve, la ordenación del comercio electrónico es un tema de candente actualidad que no está resuelto de forma homogénea por las legislaciones nacionales.

Y así, a pesar de que en los últimos años se han ofrecido soluciones más flexibles como la Ley Modelo, los códigos de conducta o las recomendaciones elaboradas por organismos internacionales, destinadas a servir de referencia a los legisladores estatales, éstas carecen de eficacia obligatoria.

Por suerte, España ha sido uno de los países que ha seguido los criterios internacionales, de forma que el convenio arbitral por medios electrónicos se reputa válido cuando éste conste «por escrito» para que se pueda constatar la voluntad de las partes de someter sus diferencias a un procedimiento arbitral.

A esos efectos, se ha ampliado el alcance de la expresión «por escrito», en la medida de que incluye su acuerdo por cualquier forma, aunque el contrato se haya concertado verbalmente —mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio—, a través de una comunicación electrónica siempre que la información en ella consignada sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, magnético, óptico, o de cualquier otro tipo, por remisión de las partes a un documento en el que exista una cláusula arbitral o incluso por estar

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

No obstante, dada la disparidad de criterios en relación con los niveles probatorios de la existencia de los acuerdos arbitrales, es frecuente el surgimiento de conflictos.

Éstos deberán ser resueltos a la luz de las reglas generales del derecho, así como del valor de los documentos electrónicos en las normas procesales.

Lamentablemente, tampoco en este ámbito existen criterios uniformes de aplicación por lo que, hasta entonces, las dudas deberán resolverse caso por caso.

EL CONTROL JUDICIAL DE LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

*Marta Gisbert Pomata**

Sumario: A. Carácter extraordinario de la intervención judicial en el arbitraje.— B. Control judicial al pronunciarse sobre el nombramiento judicial del árbitro o de los árbitros.— C. Control judicial al plantearse declinatoria por falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje.— D. Control judicial al plantearse la acción de nulidad del laudo arbitral.— E. Control judicial al ejecutar el laudo.

A. CARÁCTER EXTRAORDINARIO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ARBITRAJE

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias n.º 176/1996 de 11 de noviembre de 1996 (RTC 1996, 176) y n.º 9/2005, de 17 de enero de 2005 (RTC 2005, 9), citadas por el Tribunal Supremo en Sentencia n.º 409/2017 de 27 junio de 2017 (RJ\2017\3021), ha considerado el arbitraje como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El arbitraje constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria.

* Profesora propia agregada de derecho procesal en Universidad Pontificia Comillas.

Por esta razón, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 75/1996, de 30 de abril de 1996 (RTC 1996, 75), afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto, que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea, precisamente, un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 136/2010, de 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010, 136), ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca».¹

Debe concluirse, en consecuencia, que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales, en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable y siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral, y de ahí la formulación por la Ley de Arbitraje española n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, del principio de exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución.

Conviene recordar aquí que la doctrina científica y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal.²

¹ STC de 17-1-2005 (RTC 2005, 9).

² Como expone Gimeno Sendra, J.V. (en nota 5 de «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional». Diario *La Ley*, n.º 8097, sección Tribuna, 4 junio 2013, año XXXIV, Editorial La Ley), «En la actualidad subsisten tres tesis sobre la naturaleza del arbitraje: A) La tesis jurisdiccionalista que inició Hellwig en

En este sentido, como expone Heredia Cervantes:³

Nadie puede negar la naturaleza contractual de los convenios arbitrales, igual que nadie puede tampoco negar tal naturaleza a los acuerdos de sometimiento a mediación o a las cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales estatales [...]. Ciertamente, tanto las cláusulas de sumisión a un tribunal estatal como los acuerdos de sometimiento a mediación; y, por supuesto, los convenios arbitrales, son modalidades contractuales de naturaleza muy particular, con unos efectos típicos que permiten diferenciarlos claramente del resto de contratos. Nos encontramos ante contratos procesales, es decir, unos contratos cuya finalidad consiste en regular el comportamiento procesal de los celebrantes y que despliegan unos efectos muy definidos. En el caso concreto de los convenios arbitrales, de un lado, se excluye la competencia de los jueces estatales (efecto derogatorio); mientras que, de otro, se atri-

Alemania y Mortara en Italia, conforme a la cual el arbitraje ostenta una naturaleza jurisdiccional (FENECH, ALCALÁ ZAMORA, CARRERAS, SERRA, MONTERO); arguyen tales autores que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad (FENECH), que la excepción procesal para hacerla valer no era la de «transacción», sino la de la «cosa juzgada» (SERRA) que, contra determinados laudos cabían en la ley anterior, recurso de casación y que, si bien es cierto que los árbitros no ejercen «potestas», sí que gozan de «auctoritas» (CARRERAS). B) La tesis contractualista, sustentada por la doctrina clásica extranjera (ROSENBERG, CHIOVENDA, ROCCO) y buena parte de la española (GUASP, HERCE, OGAYAR) de la época de la LA de 1953; destacan estos autores, que el árbitro no es un juez, ni forma, por tanto, parte de la jurisdicción, ni siquiera está facultado para ejecutar sus decisiones. El arbitraje no integra más que un doble convenio: de un lado, es un contrato de compromiso, por cuanto las partes deciden someterse al futuro laudo y, de otro, contiene también un contrato de mandato, con base en el cual el tercero se obliga a resolver el conflicto con arreglo a derecho o a la equidad. C) Las tesis mixtas, sustentadas por CARNELUTTI, cuya doctrina en cierta medida secundó PRIETO CASTRO y mantiene hoy RAMOS. Para aquel autor, el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, a través del cual se pueden obtener los mismos objetivos que los perseguidos por la jurisdicción civil».

³ En «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (1)». Diario *La Ley*, n.º 7576, sección Doctrina, 24 febrero 2011, año XXXII, Editorial La Ley, p. 8.

buye competencia exclusiva al árbitro o árbitros elegidos (efecto prorrogatorio). En realidad, los convenios arbitrales, igual que las cláusulas de sumisión a un determinado tribunal estatal, trascienden el mero ámbito obligacional y se convierten en herramientas de diseño del marco procesal que las partes desean utilizar para tutelar sus relaciones jurídicas.⁴ Por decirlo de otro modo, tanto en el caso de las cláusulas de sumisión a tribunales estatales, como en el de los convenios arbitrales, la dimensión procesal se impone a la sustantiva y la prueba definitiva de ello la encontramos, en el caso de estos últimos, en el reconocimiento casi unánime en todos los ordenamientos del principio «competencia-competencia», en virtud del cual, pese a que se ponga en duda la validez del convenio arbitral —en definitiva, la validez del contrato de sumisión a arbitraje—, serán los propios árbitros —esto es, la pieza sobre la que gira el marco procesal diseñado en el convenio—, los que en primer lugar deberán decidir sobre esta cuestión. En definitiva, no se entiende el principio competencia-competencia si no se admite esta «superioridad» de la dimensión procesal del convenio arbitral sobre la contractual.

En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral fundada en el principio de autonomía de la voluntad y regulada por la legalidad ordinaria fuera del ámbito de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución española; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha, disciplinada por la regulación del derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el TC.⁵

⁴ En términos parecidos, *vid.* MOURRE, A. «Arbitraje y derecho concursal; reflexiones sobre el papel del juez y el árbitro». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, p. 230, nota n.º 9.

⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª) Sentencia n.º 56/2013 de 9 julio 2013. AC 2013\1724.

Por tanto, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del Poder Judicial, determinan que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales.⁶ La Constitución española sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado y es voluntad del legislador que la intervención judicial sólo se permita en los asuntos que se rijan por la Ley de Arbitraje (art. 7 LA), intervención que se limita a funciones de apoyo y control del arbitraje (art. 8 LA), siendo las más relevantes: el nombramiento judicial de árbitros (arts. 8.1 y 15.3 LA); la asistencia judicial en la práctica de pruebas (arts. 8.2 y 33 LA); la adopción judicial de medidas cautelares solicitadas por las partes, antes o durante la tramitación de las actuaciones arbitrales (arts. 8.3 y 11.3 LA); la ejecución forzosa del laudo (art. 8.4, 44 y 45 LA); la acción de anulación del laudo (arts. 8.5 y 42 LA); y el exequátur de laudos extranjeros (arts. 8.6 y 46 LA).

B. CONTROL JUDICIAL AL PRONUNCIARSE SOBRE EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DEL ÁRBITRO O DE LOS ÁRBITROS

Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros que van a dirimir su controversia, la ley arbitral otorga unas reglas subsidiarias previstas en el artículo 15.2 LA que requieren la intervención judicial con el fin de evitar la paralización del arbitraje y que éste no se vea frustrado:

⁶ S. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, n.º 15/2017 de 20 marzo 2017. RJ 2017\2089. Véase también STS de 22 de junio de 2009 (RJ 2009, 4703) y SSTC n.ºs 9/2005, 761/1996 y 13/1927.

- a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde la última aceptación.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos, otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Al margen de estas reglas, el único control de oficio que podrá llevar a cabo el juez competente, será cuando, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral. Dicho de otra manera, el juez solamente puede pronunciarse sobre aquello que le ha sido sometido a su consideración, sin poder entrar a valorar otros aspectos como podría ser la arbitrabilidad de la controversia, la capacidad de las partes, posible caducidad de la acción, etc.⁷ Así se recoge en la sentencia

⁷ Véase, entre otras, Audiencia Provincial de Girona (sección 1.ª), Sentencia n.º 47/2013 de 6 febrero 2013, JUR 2013\127157.

del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a), de 9 diciembre de 2013 (RJ 2013\8311):

Ante todo, es de reseñar que si bien es cierto, como dice la entidad actora, que en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, se establece 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 competencia», y que «[...] el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio», no es menos cierto que en la propia Exposición de Motivos se puntualiza que «[...] 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 no existe un convenio arbitral», lo cual viene corroborado y concuerda con lo estatuido en el citado artículo 15.5 de la LA, lo que conlleva tanto que la existencia o no de convenio arbitral no se pueda dejar al arbitrio de un árbitro, como que no se trata de una cuestión afectante a la validez del convenio, de suerte que es siempre el órgano jurisdiccional quien ha de resolver si existe, efectivamente o no, convenio arbitral.

O la S. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a) n.º 88/2015 de 24 noviembre 2015 (AC 2016\4):

Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, este tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes; y, en su caso, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, la negativa a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo pactado o legalmente estable-

cido para la designación: en estas circunstancias, el tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje,⁸ sin que esta decisión prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1 LA (RCL 2003, 1748)).

C. CONTROL JUDICIAL AL PLANTEARSE DECLINATORIA POR FALTA DE JURISDICCIÓN POR SUMISIÓN A ARBITRAJE

En este supuesto se produce una extensión del enjuiciamiento del convenio arbitral que debe realizarse por el órgano jurisdiccional para decidir sobre la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

1. Cauce de oposición a la vía judicial por existencia de convenio arbitral

El convenio arbitral tiene unos efectos entre las partes, fundamentalmente, para vincularles a su deseo de someter a la decisión de uno o varios árbitros los litigios, impidiendo a los jueces y tribunales conocer de tales cuestiones sometidas a arbitraje. Son sus efectos positivos y negativos.

El efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje. De este modo, la competencia objetiva para resolver dicha controversia se atribuye de forma exclusiva a los árbitros,

⁸ Autos n.º 109/2011 de 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 117165) y n.º 21/2012 de 14 de marzo de 2012 (JUR 2012, 148808), de esta Sala Civil y Penal TSJ Madrid.

impidiendo a los jueces conocer de las cuestiones cubiertas por el convenio arbitral (efecto negativo).⁹

Por lo tanto, si las partes convinieron la sumisión de una determinada controversia a arbitraje, no puede una de ellas negarse a cumplir lo pactado. La competencia objetiva para resolver dichas cuestiones litigiosas se atribuye a los árbitros, en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, al que luego nos referiremos.

Aun así, como la autonomía de la voluntad de las partes puede materializarse en cualquier momento, y todo lo que en un primer momento se acordó puede ser posteriormente revocado. Puede suceder que, en un momento dado, las dos partes no estén de acuerdo en la renuncia al convenio arbitral; y, por tanto, ha de dirimirse si resulta ya ineficaz o bien sigue generando competencia al arbitraje. Se trata del supuesto que hace referencia a la presentación de declinatoria por parte del demandado cuando el demandante presentó la demanda ante la jurisdicción, obviando el previo convenio arbitral, pero impugna esta competencia jurisdiccional a favor del arbitraje según la LEC, concretamente conforme a lo establecido en los artículos 63.1, 65.2 y 66 de la ley procesal.

A día de hoy, como la disposición final octava de la LEC modificó el art. 11, quedó establecido que la declinatoria es el único cauce de oposición posible a la vía judicial por existencia de convenio arbitral

⁹ En este sentido, véase el auto del juzgado de lo mercantil de fecha 2 de septiembre de 2014, Sección: Sexta Número Recurso: 42/2014: «debe señalarse que tal como señala la mejor doctrina [Prof. Marin] el convenio arbitral tiene una doble eficacia, positiva y negativa. Tiene una eficacia positiva, en el sentido de que «obliga a las partes a cumplir lo estipulado» (art. 11.1 LArb), es decir, a someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9.1 LA). La eficacia negativa consiste en que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (art. 11.1 LA)».

(arts. 39 y 63 ss. LEC).¹⁰ Se produce lo que parte de la doctrina denominó como el «apartamiento de la jurisdicción».¹¹

SAP de Madrid (sección 14.^a) de 19 de junio de 2001:

La cláusula de arbitraje es pacto contractual en el ámbito del derecho dispositivo, que excluye la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado. Su origen contractual obliga a caracterizarla como igual, bilateral, y recíproca frente a ambas partes, de modo que los actos de exigencia y renuncia al arbitraje deben tener el mismo carácter de bilaterales y recíprocos, sin que pueda admitirse la voluntad unilateral de uno de ellos para dejarla sin efecto. [...]

Del mismo modo, la demanda judicial de uno de los contratantes no predetermina sin más la renuncia al arbitraje y la sumisión a los tribunales, sino que faculta al otro a plantear la excepción, dirigida a mantener su derecho a la exclusión de la jurisdicción del Estado. En este ámbito, sólo habrá renuncia al arbitraje cuando no se proponga en tiempo y forma la excepción de sumisión al arbitraje.

El anterior argumento, basado en la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, se refuerza por razones procesales. Es sabido que la sumisión tácita a los jueces y tribunales es acto bilateral, de forma que la sumisión de sólo uno de los contendientes, en este caso renuncia al arbitraje, no significa nada, pues no surte efectos para él solo con independencia de su contrario. Sus efectos son bilaterales porque la renuncia es acto bilateral, bien por ser conjunta, bien por aceptada expresamente por el otro interesado, bien por la

¹⁰ Art. 11.1 LA «El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

¹¹ Entre otros muchos, pues ésta es la terminología acuñada con carácter general, encontramos a ALCALÁ-ZAMORA, N. «Examen de la nueva ley española de arbitraje». *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 44.

ejecución de actos tácitos pero clamorosos, distintos de proponer en forma la excepción de arbitraje (FJ 2.º).

De este modo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 superó la controversia jurisprudencial a la que el artículo 11.2 de la LA 1988 daba lugar. La excepción dilatoria del art. 533 LEC de 1881, relativa a la «sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje», provocó que en aquellos juicios en los que no existía trámite previo para su discusión, cualquier actividad del demandado que no fuera estrictamente la de oposición, se entendiera como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales del Estado.¹² La jurisprudencia de las audiencias fue muy contradictoria al respecto.¹³

¹² La jurisprudencia durante los primeros años de la LA entendió dicho mandato en sentido estricto, admitiendo como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales cualquier actividad distinta del acto de oposición. En este sentido, véase SAP Barcelona, 12 mayo de 1992, donde se afirmaba que «Si aquél o aquéllos, además de plantear la cuestión, adoptan otra conducta de oposición a la demanda aduciendo motivos impeditivos u obstativos, hay que entender que se someten tácitamente al juez o tribunal ordinario por imperio de lo dispuesto en el art. 58.2 LEC [...] por virtud del cual no cabe suscitar ninguna otra cuestión so pena de implicar un acto de sumisión tácita, en tanto que el artículo 11.2 LA y el 58.2 LEC, al referirse, el primero a cualquier actividad procesal y el segundo a cualquier gestión, no hacen distinción alguna y son frases de sentido muy amplio que permiten ser interpretadas de esta suerte». En este mismo sentido, el TS confirmó dicha postura en sentencia 2 julio 1992, y se recogió en la SAP Baleares 11 marzo 1999 (AC 1999/4760), SAP Madrid 10 mayo 1993, SAP Valencia 18 noviembre 1992 y SAP Murcia 29 noviembre 1999 (AC 1999/7926). En sentido contrario, SAP Barcelona 7 diciembre 1999 (AC 1999/7994).

¹³ De esta forma, resulta ejemplificativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sección décima, cuando calificaba a la situación de «conflicto de jurisdicciones» a resolver a través del trámite de incidentes previsto para la declinatoria (arts. 72 y 79 de la antigua LEC); y, sin embargo, esta misma audiencia, en su sección 13.ª, la había considerado cuestión a resolver en el fondo, entendiendo que cualquier actividad que se lleve a cabo —incluso la contestación *ad cautelam*— debía interpretarse como un supuesto de sumisión tácita a la jurisdicción. En este sentido, SAP de Barcelona, sección 10.ª, 5 febrero 1992; y de la misma audiencia sección 13.ª, 12 mayo 1992. Véase también las sentencias AP Burgos 8 enero 1994 y SAP Valencia 12 enero 1995.

Actualmente, el convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir lo estipulado, permite al demandado oponerse al proceso, denunciando la falta de competencia por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. En los términos del artículo 63.1 LEC, «[...] mediante declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido, podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros [...]».¹⁴ Conforme al artículo 64 LEC, la declinatoria suspende el proceso judicial, pero este efecto suspensivo no tiene lugar en la iniciación o prosecución del procedimiento arbitral (artículo 11.2 LA).¹⁵

Como ya ha quedado sobradamente expuesto, el convenio es un contrato en el que rige el principio esencial que rodea al mismo, que es el de *pacta sunt servanda*, en virtud del cual las partes resultan obligadas a lo convenido en el documento que contiene la sumisión a arbitraje de las discrepancias entre las partes.¹⁶

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Melilla) de 5 de junio de 2013, sección séptima, JUR 2013\230407: «El T.S. —(sentencia de 11-2-2010)— dice que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente

¹⁴ LORCA NAVARRETE, J.M. *Derecho de arbitraje español*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 108, dice que «la excepción del convenio arbitral [...] logra un efecto puramente cronológico y no jerárquico en orden a evitar que jueces y tribunales asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales instados y tramitados ante la jurisdicción estática la nulidad de todos ellos». Véase también VALENCIA MIRÓN, A. (LORCA NAVARRETE (COORD.)). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Gipuzkoa: Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje, 1991, p. 45.

¹⁵ Véase sobre este particular, RUIZ JIMÉNEZ, J.A. «El tratamiento de la excepción de convenio arbitral como declinatoria (de la excepción dilatoria a la declinatoria)». *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2001, vol. 13, n.º 2, pp. 315-322.

¹⁶ S.T.S.J. de Murcia de 10 de marzo de 2014, n.º recurso 10/2013, AC 2014\483.

indispensable, siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral. Consiguientemente, tal cláusula no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa —dice la sentencia— la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las cuestiones planteadas en el proceso, destacando que, para que sea eficaz, es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros».

2. Alcance del principio kompetenz-kompetenz

Antes de entrar en el procedimiento arbitral propiamente dicho, los árbitros deben examinar si son competentes en el encargo que se les confía. El principio de «competencia de la competencia» (expresión alemana *kompetenz-kompetenz*) —que progresivamente está siendo admitido en los derechos nacionales, así como convenciones internacionales y reglamentos de instituciones arbitrales—, se presenta vinculado a otro principio básico del derecho arbitral, cual es el de la autonomía del convenio o cláusula arbitral. El efecto esencial de este último principio, es que el convenio arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su misión.

Como expone el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.^a) sentencia n.º 409/2017 de 27 de junio de 2017 (RJ\2017\3021), el examen de la competencia arbitral por órganos judiciales «hace referencia al alcance del principio *kompetenz-kompetenz* (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria,

sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa». ¹⁷

Existen dos tesis sobre esta cuestión:

- A. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio *kompetenz-kompetenz*,¹⁸ conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Sólo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.¹⁹

¹⁷ La Exposición de Motivos de la LA dice que «el art. 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)».

¹⁸ Véase Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª) sentencia n.º 409/2017 de 27 junio 2017 (RJ\2017\3021).

¹⁹ Se reflejaba en el artículo VI.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 que, como es sabido, dispone que el tribunal jurisdiccional ante el cual se haya planteado una demanda sobre una controversia sometida a arbitraje «deberá diferir toda la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma».

- B. La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

El TS, entre otras, en la mencionada sentencia n.º 409/2017 de 27 de junio de 2017, considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio *kompetenz-kompetenz* en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje. Cuando la ley de arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que «el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral».²⁰

²⁰ La jurisprudencia no siempre ha ido por este camino. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002 sostenía que es el árbitro quien debe determinar su competencia y que, una vez fijada ésta, su decisión debe prevalecer sobre cualquier otra determinación posterior de los tribunales, por lo que revocó la sentencia de la audiencia y consideró que la cuestión no podía ser excluida del arbitraje. Cabe también hacer alusión en este punto a la sentencia de 5 de septiembre de 2006 del Tribunal Supremo que revoca, al igual que la anterior, una sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida. El contrato contenía una cláusula de arbitraje para todos los conflictos relativos a su interpretación. La Audiencia Provincial de Lérida estimó que existía sumisión al arbitraje. El Tribunal Supremo, sin entrar a plantearse si debía verificar un mero examen *prima facie* de la cláusula arbitral o, por el contrario, analizar a fondo la validez y eficacia del convenio arbitral, directamente resolvió que, al tener por objeto el convenio arbitral únicamente conflictos en materia de interpretación, todo lo relativo al cumplimiento del con-

Ahora bien, al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria de jurisdicción.²¹ Y estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial.

También es relevante, en este sentido, que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la «tesis fuerte» del principio *kompetenz-kompetenz* y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreeser el proceso judicial «a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz», que se contenía en 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 que se presentó ante las cortes en el año 2010. El art. 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley n.º 11/2011, de 20 de

trato, debía quedar extramuros del arbitraje, y revocó por tanto la decisión de la audiencia.

²¹ Art. 39 LEC: «El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia». Y el art. 63.1: «Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores [...]».

mayo de 2011, sólo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria.

Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (RCL 1977, 1575),²² conforme al cual «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», con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio.

Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional,²³ que la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador.²⁴ Y el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12, que «ningún elemento del presente Reglamento

²² Instrumento de adhesión de España de 29 de abril de 1977.

²³ Establece también una *cognitio plena* respecto de la validez del convenio arbitral, al disponer que: «El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

²⁴ Dice así: «El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su derecho nacional».

Por tanto, si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio. Ahora bien, esto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto sólo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a), c) y e) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje.²⁵

²⁵ Como recuerda la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (SS 12-7-2012 (RJ 2012, 11139) o 13-12-2012 (RJ 2012, 11189)): según la regla *kompetenz kompetenz* asentada en nuestro derecho como hemos visto, por más que la defensa de los actores no la comparta, son los árbitros quienes deben decidir en primer lugar sobre su competencia, que conforme al art. 22 LA no solamente viene referida a la competencia objetiva y funcional en el conocimiento del conflicto, sino también a todas aquellas que se refieren y guardan conexión con la existencia o validez del convenio arbitral (pfo. 1 del art. 22 LA), lo cual ha de ponerse en relación con el art. 6 LA conforme al cual «si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

Finalmente, debemos concluir con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de abril de 2014, n.º 20/2014, «[...] aunque, según el art. 22 de la misma ley, los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, tal competencia no es exclusiva de los árbitros».

3. Cláusula arbitral y contrato de adhesión

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 (art. 22.1 LA). Obsérvese que, de no existir dicha norma, bastaría con instar la nulidad de la cláusula que contiene el convenio arbitral para excluir la entrada en juego de la misma, lo que podría generar, sin duda, situaciones de fraude de ley, proscritas por la ley.

En efecto, el art. 9.2 de la Ley de Arbitraje dispone que «si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato». Aunque resulte una obviedad, no está de más recordar que un contrato de adhesión no es nulo por ese solo hecho. Como no podía ser de otro modo, los contratos que incorporan condiciones generales predispuestas por una sola de las partes (arts. 1.1 y 2.1 de la Ley n.º 7/98, de 13 de abril de 1998) están sometidos a los principios de vinculación negocial proclamados por los arts. 1089, 1091 y 1256 CC y su ineficacia, en forma de no incorporación o nulidad (arts. 7 y 8 de la Ley n.º 7/98) sólo puede predicarse cuando sus cláusulas:

- 1º Hubieran sido ocultadas al adherente, ya fuera consumidor o profesional, y ello desde una doble perspectiva:

- a. Física, cuando no hubiera tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato por no recibirlas o cuando no las hubiere firmado siendo necesario como prueba efectiva de su conocimiento y aceptación; y
 - b. Intelectual, cuando a pesar de tener el adherente a su disposición todo el clausulado general, las estipulaciones que lo conforman resulten ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprendibles, salvo, en cuanto a estas últimas, hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.
- 2º Puedan ser tildadas de abusivas conforme a las normas tuitivas de los consumidores y usuarios (art. 8.2 de la Ley n.º 7/98).

Como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real n.º 739/2017 de 30 de junio de 2017, nos resta, entonces, examinar si la indicada estipulación decimotercera, que remite al arbitraje la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre las partes, ha de ser ineficaz por resultar contraria a las previsiones contenidas en la Ley n.º 7/98, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Y ello no puede ser así por la siguiente razón, siguiendo lo manifestado en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.ª, en fecha 12 de septiembre de 2011: que la remisión al arbitraje no implica en sí misma una ruptura de la buena fe comercial ni un abuso en perjuicio del justo equilibrio de las prestaciones, pues se trata de una institución prevista por nuestro legislador como mecanismo eficaz para la resolución de conflictos.²⁶

²⁶ Significando otras resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 15 de marzo de 2011, que: En lo que atañe a la nulidad del convenio arbitral por abusivo, el art. 9.2 LA se remite a la LCGC, Ley n.º 7/1998,

Pero, es que, además, calificar de abusiva una cláusula general por el mero hecho de contener un pacto arbitral resulta insostenible y poco congruente con la potenciación que de esta figura se ha perseguido por parte del legislador con la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y con el aval que dicha institución ha recibido en la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, continúa la mencionada S. de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, tratándose de materia disponible (art. 2 LA), y resultando de su lectura, dada su generalidad, que no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato, y es evidente que para decidir sobre la nulidad del mismo, se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, de modo que cualquier cuestión derivada de su ámbito y objeto, corresponde ser resuelta mediante arbitraje de derecho privado, aparte de que la validez del convenio arbitral y la validez o nulidad del contrato en la que se incluye, son cuestiones bien distintas al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje en su apartado V, y así lo dispone expresamente su artículo 22, cuando dice que la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Finalmente, resta por indicar que, desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. La STC de 23 de noviembre de 1995, ya sostenía que: «El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al Poder Judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales, es decir, como señala el

cuyo artículo 8.2 únicamente otorga significación a la abusividad de una cláusula cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, como ha proclamado el TS en sentencias, tales como la STS de 16-12-1998, apartándose de otros precedentes, y el recurrente no reclama ni dice ostentar tal condición. En este mismo sentido, cabe citar también las SAP Madrid n.ºs 110/2009 y 151/2009.

ATC n.º 701/88, por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, imponiendo para su ejercicio, o como declaramos en la STC n.º 185/87, obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito. [...] Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC n.º 43/88, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada). En resumen, desde la óptica constitucional la sumisión al arbitraje no impide ni menoscaba la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos».

En conclusión, se puede estimar la falta de jurisdicción que se alegue a través de la declinatoria al haber quedado sometida la cuestión planteada a arbitraje sin que sea un obstáculo para ello que se trate de un contrato de adhesión, según el art. 9.2 de la ley de arbitraje.

C. CONTROL JUDICIAL AL PLANTEARSE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

1. *Objeto de la acción de nulidad: motivos*

La ley de arbitraje permite, en su art. 40, que el laudo arbitral que dicta el árbitro, resolviendo la controversia tras sustanciarse el correspondien-

te procedimiento arbitral, pueda ser impugnado por la parte que así lo considere, ejercitándose la acción de anulación en vía judicial.²⁷

Esta acción de anulación está sujeta a lo dispuesto en el art. 41 LA que establece que el laudo arbitral «sólo» podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos tasados establecidos en dicho precepto:²⁸

1. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
2. 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.
3. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
4. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
5. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
6. Que el laudo es contrario al orden público.

Ello comporta, como indica la Exposición de Motivos de la LA (VIII) que «[...] se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros», es decir, como declara el ATC n.º 231/1994 de 18 de julio de 1994 (rec.

²⁷ Art. 8.5 LA: «Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado».

²⁸ Los motivos de nulidad del laudo se adaptan a la Ley Modelo Uncitral de 1985 (art. 34) inspirándose ésta, a su vez, en los motivos de reconocimiento de laudos extranjeros según el Convenio de Nueva York de 10-6-1958. Para un estudio más exhaustivo del recurso de anulación, véase HINOJOSA SEGOVIA, R. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*, cit.

n.º 3412/1993) (referido a la anterior LA n.º 36/1988, pero aplicable igualmente a la vigente) que las causas de anulación judicial de un laudo no se extienden:²⁹

[...] a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo (ATC n.º 116/1992 (RTC 1992, 116 AUTO), FJ 3) [...].

En este sentido hay que recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 18-7-1994) que en relación con las causas de anulación previstas por la ley en el anterior art. 45 de la LA dijo: «[...] en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1.º a 4.º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5) [...]».³⁰

²⁹ Véase Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª), sentencia n.º 9/2014 de 6 febrero 2014 (RJ 2014\1987) TSJiles Balears (Palma de Mallorca), sentencia n.º 00001/2014, nulidad de laudo arbitral n.º 3/2013, Tribunal Superior de Justicia de Murcia 16/04/2014, sentencia n.º 4/2014, recurso n.º 19/2013, STS de 22-6-2009 (RJ 2009, 4703), SSTC n.º 9/2005 (RTC 2005, 9), SSTC n.º 761/1996 (RTC 1996, 761) y n.º 13/1927), SSTCS 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2212) de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8716), 7 de junio de 1990 (RJ 1990, 4741).

³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª), sentencia n.º 56/2013 de 9 julio de 2013. AC 2013\1724: «Estas particularidades del arbitraje nos hacen llegar a la conclusión de que su laudo sólo puede ser impugnado por razones de forma o de falta de garantías (juicio externo, en palabras del Tribunal Constitucional, STC n.º 43/88 (RTC 1988, 43) n.º 174/95 (RTC 1995, 174) y ATC 20.7.93, 29.10.93 y 17.6.91 —y del Tribunal Supremo— STS 13.10.86 (RJ 1986, 5785) ; 12.6.87; 17.3.88 (RJ 1988, 2212); 27.2.89 (RJ

2. *Motivo del art. 40.1.a) LA: El convenio arbitral no existe o no es válido*

El art. 40.1.a) LA dispone que «el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido [...]».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.^a, de 26 de octubre de 2007, recoge y sistematiza diversas posturas doctrinales acerca de la inexistencia e invalidez del convenio arbitral que creemos conveniente traer a colación al interpretar este motivo:

- 1º Premisa de la validez del laudo, como del arbitraje mismo, es la validez del convenio arbitral, que constituye su soporte y su fundamento. Aunque contemplada en forma autónoma, la categoría de la inexistencia no se separa en el fondo del régimen de invalidez que corresponde a la nulidad radical o absoluta, siendo su sentido, a lo sumo, el de designar aquellos casos que concretamente la determinan, como son los de falta o ausencia de alguno de los denominados requisitos o elementos esenciales

1989, 1404); 4 y 7.6.91; 2.3.91); y, por esta razón, todas las sucesivas leyes han prohibido a los tribunales que puedan conocer de los fondos de los asuntos que las partes libremente han decidido someter a un arbitraje (artículo 19 de la ley de 1953 (RCL 1953, 1734); artículo 11.1 de la ley de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) y de la ley de 2003). Ni tan sólo pueden los tribunales examinar o revisar los supuestos errores del árbitro (SAP Madrid 17.1.03 (AC 2003, 399); AP Burgos 8.10.99 y del TC n.º 62/91 (RTC 1991, 62) y n.º 288/93 (RTC 1993, 288)). La explicación se encuentra en el argumento conforme al que si el arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes y éstas lo estipulan sobre una materia disponible, el Poder Judicial sólo es preciso que haga tareas de soporte (designación de árbitros) o tareas de control externo (recurso de anulación) o tareas de auxilio (ejecución forzosa) (STS 22 de junio de 2009 (RJ 2009, 4703))».

del convenio: consentimiento,³¹ objeto,³² causa —en cuanto se entienda haber aquí un requisito de validez, como a nosotros nos parece—,³³ forma.

³¹ Como ya declaró la Audiencia Provincial de Madrid en el auto n.º 218/2011 de 28 de octubre de 2011 (JUR 2011\433848), es presupuesto para la ejecutividad de un laudo arbitral, que las partes hubiesen atribuido competencia por convenio a un árbitro para resolver una determinada controversia, o bien todas aquéllas que puedan surgir en una relación jurídica concreta (efecto positivo), lo que implica que se le impida a los tribunales conocer de las cuestiones que quedasen cubiertas por el convenio arbitral (efecto negativo). Y siendo el convenio arbitral presupuesto para la existencia del laudo, éste no podría producir efectos de cosa juzgada, ni calificarse de «equivalente jurisdiccional» al no tener en definitiva existencia, ya que no merece la calificación de laudo arbitral, aquél que no esté apoyado en una manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, siendo la existencia de un convenio arbitral un presupuesto de la ejecución controlable de oficio al amparo del art. 551 de la LEC.

³² Como expone el Tribunal Constitucional, n.º 259/1993 de 20 de julio de 1993: «Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición».

³³ Nuestro ordenamiento jurídico es profundamente causalista. Lo que quiere decir que no sólo controla la eficacia de los contratos comprobando que los mismos tienen una causa típica o genérica, sino que además realiza en cada caso una valoración de la causa concreta, esto es, del propósito, comúnmente asumido, con el que las partes contratan. Lo que implica necesariamente esa incorporación de los motivos objetivamente relevantes a la causa del contrato, y una valoración positiva o negativa de los mismos, para determinar la protección que el contrato merece. En cambio, los motivos individuales de cada parte carecen de relevancia. De lo contrario, la eficacia de los contratos quedaría sometida a las intenciones individuales de cada parte, normalmente ocultas y desconocidas para la otra parte contratante. A pesar de ese causalismo, con el fin de no cuestionar, en principio, cualquier contrato hasta que se acredite su causa, el artículo 1277 del Código Civil presume que existe y es lícita mientras que la misma no sea puesta en cuestión. Semejante presunción implica una abstracción procesal de la causa, que no debe confundirse con la figura del contrato abstracto, al que se reconoce validez y atribuye eficacia prescindiendo de su causa. Nuestro ordenamiento rechaza dicha figura, que es contraria a la construcción que el mismo prevé para el contrato, en la que la causa constituye un requisito esencial o de existencia del mismo.

- 2º Hay, fuera de los supuestos que acabamos de mencionar, algún caso en que la inexistencia cobra una significación más específica: sería lo que algunos mencionan como «caducidad» del convenio, por haber perdido vigencia o haberse agotado ya.
- 3º La invalidez cubre otros supuestos de nulidad radical: convenio contrario a norma legal prohibitiva o imperativa, salvo que la ley establezca efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 del Código Civil), o que versa sobre materia no disponible (artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje) o traspasa los límites de la autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil), o está viciado de causa ilícita (artículo 1275 del Código Civil), o ha sido otorgado por representante sin poder o fuera de los límites de éste (artículo 1713 y 1259 del Código Civil). Y cubre la invalidez, asimismo, los casos de anulabilidad: defectos de capacidad y vicios del consentimiento (artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil).
- 4º De manera más específica, habrá que estar también a los requisitos de «forma y contenido» del convenio arbitral que se establecen en el artículo 9.

Por lo que se refiere al contenido, debemos señalar que una total indeterminación de la relación jurídica, contractual o no contractual, de la que puede surgir la controversia constituye un caso claro de nulidad por razón del objeto o contenido (artículo 9.1 LA).

En cuanto a la forma, y por más que la Exposición de Motivos declara un tanto imprecisamente que el nuevo texto legal «refuerza el criterio antiformalista», lo cierto es que el artículo 9.3 mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito, y no vemos razón para variar la conclusión, compartida bajo la ley anterior por la doctrina más autorizada y extendida, de

tratarse de una exigencia de carácter sustancial cuya omisión acarrea la nulidad. Que ahora se contemple adicionalmente la posibilidad de que «el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo» (artículo 9.3, párrafo segundo) no desmiente en manera alguna la exigencia de forma escrita, pues no hay que confundir la forma de expresión con lo que constituye el soporte en el cual consta, se registra o se conserva lo expresado.

De cualquier modo, no parece que la mención legal de esos otros soportes, no estrictamente documentales, pueda ser entendida con un alcance tal que deje desvirtuada la exigencia básica de forma escrita que la primera parte de la misma determina con total claridad. Así se desprende, por cierto, de la previsión que respecto del laudo se contiene en el artículo 37.3, párrafo segundo: «se entenderá que el laudo consta 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». [...].

- 5º Por otro lado, ha de considerarse también la cuestión de la posible preclusión de la acción de impugnación, algo sobre lo que la doctrina relativa a la ley anterior (artículo 23) se mostró vacilante.

Conforme al actual artículo 22.2, las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio (como cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia) «deberán oponerse, a más tardar, en el momento de presentar la contestación» (aunque, con flexibilidad no exenta de inseguridad, se admite la oposición ulterior «si la demora está justificada»).

Como el efecto preclusivo tampoco se previene ahora de manera expresa, hay razón para cuestionarse como antes, si el silencio en ese

momento procesal puede llevar aparejado efecto tan radical como la pérdida de ese motivo de impugnación en fase de anulación del laudo. En rigor, el efecto preclusivo es el que hay que predicar en línea de principio, y ello aun cuando no aparezca reproducido formalmente ahora —salvo en la forma templada del artículo 6— aquel mandato del artículo 25.2 de la ley anterior («los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones»): constituye un postulado del arbitraje como proceso, sin el cual sería imposible el desarrollo de una discusión ordenada.

Estrechamente relacionado también con el principio dispositivo, el de preclusión comporta la carga de aprovechar (y la libertad de desaprovechar) las expectativas y oportunidades procesales en el momento para ellas previsto.

Si las excepciones atinentes a la existencia o a la validez del convenio arbitral han de oponerse «a más tardar, en el momento de presentar la contestación», es que no podrán (salvo la demora «justificada» que la propia norma admite) ser opuestas después: ni dentro del mismo procedimiento arbitral, ni tampoco después en fase de anulación del laudo. Con ser ésa la solución en línea de principio, se han de tener en cuenta; sin embargo, las siguientes precisiones:

1. Referente a la cuestión de la inexistencia del convenio. En relación con ella, la previsión del artículo 22.2 ha de completarse con la que se contiene en el artículo 9.5: «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra». De modo que, en este punto, la imposibilidad de discutir ulteriormente tal existencia, antes aún que derivado de una preclusión, parece el predicado necesario de ese efecto jurídico sustancial.

2. Respecto de la cuestión de la invalidez, la preclusión admite algunas consideraciones. No, por cierto, a base de dar juego aquí a la doctrina del *venire contra factum proprium*, como algunas opiniones han propuesto: la preclusión procesal, ajena a la idea de protección de la confianza, se desenvuelve en un ámbito diferente de la doctrina de los actos propios, aunque haya el denominador común de una conducta contradictoria. Donde se ha de encontrar la clave es, a nuestro juicio, en la disponibilidad o indisponibilidad de la causa de invalidez o, si se quiere, en su renunciabilidad, lo que trae a colación la norma del artículo 6, conforme al cual: «Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la presente ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciase dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

Aun por vía presunta, la privación de la facultad de impugnación no podrá padecerla la parte más que respecto de aquello que ella misma hubiera podido renunciar: es claramente el caso de las acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento; no, en cambio, el de una nulidad radical no convalidable (*v. gr.*, convenio arbitral viciado de causa ilícita, convenio celebrado por el tutor sin la autorización judicial que exige el artículo 271.3 del Código Civil).

D. CONTROL JUDICIAL AL EJECUTAR EL LAUDO

Conforme al art. 517.2.2 LEC, tienen aparejada ejecución, entre otros, «los laudos o resoluciones arbitrales».³⁴ Y, en este caso concreto, para

³⁴ Redacción dada por la Ley n.º 13/2009, de 3 de noviembre de 2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. La redacción anterior llevaba a los tribunales a entender que no se podía en fase ejecutiva controlar el convenio arbitral: Audiencia Provincial de Madrid (sección 19.ª), Auto n.º 58/2008 de 25 de febrero de 2008. JUR 2008\191684: «Respecto del recurso

que se despache ejecución, tienen que acompañarse a la demanda ejecutiva, los tres documentos siguientes:

- 1º El título ejecutivo, es decir, el laudo o resolución arbitral;
- 2º El convenio arbitral; y
- 3º El acreditativo de la notificación del laudo o resolución arbitral a quienes fueron partes en el procedimiento arbitral.

El apartado 1 del artículo 551 LEC determina que: «Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales [...]». Añadiéndose, en el apartado 1 del artículo 552 del mismo cuerpo legal, que: «Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución».³⁵ Por tanto, no puede

planteado debe tenerse en cuenta que el laudo firme de condena es título que lleva aparejada ejecución (art. 517.2.2 LEC), estando equiparado a la sentencia o auto judicial ejecutable. Es juez competente para la ejecución del laudo el del Juzgado de 1.ª Instancia del lugar que se haya dictado (arts. 545.2 y 50 LEC y 53 LA), debiendo ser despachada la ejecución, en todo caso, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. En base a todo ello, no es procedente analizar de oficio la nulidad de un convenio arbitral y denegar el despacho de ejecución razonando que dicho convenio es nulo por abusivo, pues dichas cuestiones sólo pueden hacerse valer en su caso y si procede por quien se crea asistido del derecho en el propio arbitraje, en el recurso de anulación del laudo, o si fuera posible y no estuviera incurso la cuestión en el principio de preclusión, en la oposición a la ejecución, ya que de otro modo, se infringen los principios dispositivo y de aportación de parte y los preceptos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores del despacho de ejecución. Y ello igualmente es aplicable a la pretendida parcialidad del árbitro que dicta el laudo objeto de ejecución, ya que tal cuestión, en su momento, debió hacerse valer mediante el mecanismo legal de la recusación. Todo lo expuesto conduce así a la estimación del recurso formulado y a la revocación del auto objeto del mismo».

³⁵ En cuanto a la competencia para la ejecución de laudos arbitrales, conforme al art. 8.4 LA: «Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de

el tribunal despachar ejecución sin comprobar, previamente de oficio, que, a la demanda ejecutiva se acompaña el convenio arbitral válido³⁶ y

acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil».

³⁶ Véase, Audiencia Provincial de Madrid (sección 21.ª) auto n.º 23/2013 de 15 enero 2013, JUR 2013\67196: «No se acompaña, con la demanda ejecutiva, un documento del que se desprenda un convenio arbitral consentido por el ejecutado. La Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil lo que exige, para que se pueda despachar ejecución, es que se acompañe, con la demanda ejecutiva, el «convenio arbitral» y no un acuerdo comunitario. [...] La parte ejecutante es la Comunidad de Propietarios de una casa de la que forma parte integrante el ejecutado, como dueño de alguno de los elementos privativos de la misma, y, además, la voluntad de la Comunidad se forma a través de la junta de propietarios, uno de los cuales es el ejecutado. Pero, todo esto, no permite que podamos prescindir del consentimiento del ejecutado cuando de un negocio jurídico entre la Comunidad de Propietarios y el ejecutado se trata. Nadie discute que la Comunidad de Propietarios puede concertar un negocio jurídico con alguno de sus propietarios, sin que, en este caso, se pueda prescindir el consentimiento del propietario por quedar el mismo subsumido en el de la Comunidad manifestado a través de un acuerdo de la junta de propietarios. El negocio jurídico, y el convenio arbitral lo es, precisa del consentimiento de las dos partes.

El tribunal llamado a conocer de la demanda ejecutiva se encuentra ante un documento del que se desprende que la sumisión a arbitraje fue consentida por la comunidad de propietarios-ejecutante, de manera expresa mediante la adopción de un acuerdo comunitario, y un propietario-ejecutado que ha observado la siguiente conducta: A pesar de tener conocimiento de que uno de los puntos del orden del día era la sumisión a arbitraje, no tuvo a bien asistir a la junta de propietarios (o se abstuvo o votó en contra); y, después de ser notificado del acuerdo comunitario favorable a la sumisión a arbitraje no lo impugnó judicialmente, mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 18 de la Ley n.º 49/1960 de 21 de julio de 1960, sobre Propiedad Horizontal. La cuestión queda reducida a determinar si, esa conducta del propietario-ejecutado, debe considerarse como una declaración de voluntad tácita que tendría cabida en el párrafo primero del apartado 3 del artículo 9 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje («El convenio arbitral deberá constar por escrito, en [...] o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo) y posibilitaría el despacho de ejecución».

La conducta del propietario-ejecutado no puede ser considerada como una declaración de voluntad tácita, dado que se trata de una renuncia a que la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución, sea dispensada por el Estado, a través de los órganos integrantes de uno de sus poderes, en concreto el Poder Judicial (reconocido en el Título VI de la Constitución), pasando a ser

así se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20.^a) n.º 273/2010 de 20 octubre 2010 (JUR 2011\17098): «[...] los tribunales, a pesar de no haber sido impugnado el laudo, no deben mostrar una actitud pasiva, sino que existen cuestiones que no se pueden sustraer a su control, pues, en otro caso, no se explicaría que la ley ordene que se deba acompañar a la demanda de ejecución el contrato arbitral (artículo 550 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni que el artículo 551 exija al juez antes de despachar ejecución, sin excepción alguna en función de los títulos base de ejecución, examinar que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título».

Si a ello añadimos que entre los motivos de nulidad del laudo existen algunos apreciables de oficio por los tribunales, en concreto, los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado primero del artículo 41. Es decir, cuando una de las partes b) 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; cuando e) los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si f) el laudo es contrario al orden público, podemos tener una base sólida para determinar el control que debe realizarse sobre el laudo que se pretende ejecutar.

Esto es, existen cuestiones en las que el juzgado tiene facultad de denegar la ejecución al entrarse en unos límites legalmente imperativos e indisponibles fuera de los cuales no puede excluirse la jurisdicción, pudiendo rechazar la ejecución del laudo, por no ser conforme a la naturaleza y contenido del título, cuando verse sobre materias no suscep-

dispensada por una asociación privada que se ofrece publicitariamente a las comunidades de propietarios de casas. Ante lo cual, la consideración de la declaración de voluntad como tácita, precisa de una conducta del propietario ejecutado más concluyente.

tibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido).³⁷

³⁷ Existe jurisprudencia anterior contraria a esta postura: Audiencia Provincial de Madrid (sección 11.ª), auto n.º 124/2005 de 23 junio 2005 (JUR 2005\168404): «El tribunal competente para la ejecución es el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya dictado el laudo (artículo 8.4 LA y 545.2 LECiv), y a la demanda ejecutiva ordinaria (artículo 549.1 LECiv) se deberán acompañar, la copia autorizada del laudo; documentos acreditativos de la notificación del laudo a las partes; el convenio arbitral y, en su caso, testimonio de la sentencia dictada en el recurso de anulación (artículo 550.1.1 LECiv). A la vista de la demanda ejecutiva, el título y la documentación que se acompañe, el tribunal debe comprobar que concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución. Esta comprobación se extiende, según el artículo 551 LECiv a los siguientes extremos: 1) Concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, esto es, debe verificar su propia jurisdicción y competencia, incluida la territorial, así como el cumplimiento por el ejecutante de todos los requisitos necesarios para poder actuar válidamente en juicio. 2) La regularidad formal del título y 3) Que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título; además, tratándose de la ejecución de una resolución arbitral o judicial se deberá tener en cuenta el plazo de caducidad de cinco años, establecido en el artículo 518 LECiv y el de espera de veinte días fijado en el artículo 548 del mismo texto legal.

Lo hasta ahora expuesto, son los requisitos que debe comprobar el juez con carácter previo al despacho de la ejecución; sin embargo, le está vedado examinar el convenio arbitral para, sobre la base de su nulidad, denegar la ejecución, siendo ello así porque la expresada nulidad debe ser declarada por la vía del recurso de anulación del laudo a instancia de parte, pues sólo quienes lo hayan sido en el procedimiento arbitral están legitimados para interponerlo. El examen de la competencia territorial sólo alcanza a verificar el lugar donde el laudo se ha dictado, pero no autoriza al control de oficio de la nulidad del convenio arbitral, nulidad que, insistimos, sólo puede declararse a instancia de parte y por la vía procesal a tal fin habilitada, el recurso de anulación. En otro orden de cosas, el control de la idoneidad del título puede también comprender aquellos supuestos en que el laudo decida sobre cuestiones o materias manifiestamente excluidas del poder de disposición de las partes y, por lo mismo, del arbitraje, lo que, desde luego, no sucede en el caso que examinamos. Las mismas consideraciones se pueden hacer en orden a cuanto el auto razona sobre los gastos del arbitraje, porque, sujetos al régimen del artículo 37.6 LA, constituyen un pronunciamiento integrado en el fondo que queda fuera de la verificación meramente formal del laudo que debe realizar el juez antes de despachar la ejecución».

Ahora bien, continua la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid que en alguna jurisprudencia se ha apreciado cierta duda al respecto,³⁸ «en el sentido de que no es el trámite de admisión de la demanda de ejecución del laudo el momento procesal para discutir sobre la validez, eficacia o vinculación del convenio que se aportara como arbitral, si no consta que la contraparte se hubiera opuesto a esa validez y eficacia, ni impugnando el acuerdo comunitario, ni compareciendo en el proceso arbitral, ni formulando recurso de anulación, de manera que si la Sala entrara a conocer sobre esas cuestiones no planteadas, anticipándose a la posible oposición a la ejecución que pudieran en base a ello plantear los ejecutados, estaría colocándose en una situación *cuasi* parcial, por mucho que en cuanto al fondo del litigio, en cuanto a la validez de ese convenio como verdaderamente arbitral, le invadan serias y muy fundadas dudas.

Siendo tal el criterio general, no pueden dejar de examinarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y, especialmente, la estricta observancia de lo dispuesto en el art. 550.1.1, párrafo segundo LEC, en cuya virtud, cuando el título ejecutivo sea un laudo arbitral, ha de adjuntarse a la demanda no sólo el laudo cuya ejecución se insta sino también el convenio arbitral y la acreditación de su notificación a las partes, siendo así que se inadmite la demanda de ejecución si no se aporta el convenio arbitral. Porque, como sostiene la jurisprudencia, por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid analizado, el principio de rogación constituye una barrera o tope a la revisión judicial de oficio cuando no está permitida expresamente por la ley, no pudiendo ir más allá de lo querido por la parte afectada por el acto o resolución, ni de lo autorizado por, la ley, sobre, todo cuando al ejecutado le cabe el ejercicio de la oposición permitida en los artículos 553 y 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto último que en el, apartado 3, en su número 1, contempla la nulidad radical del despacho de la ejecución cuando el documento presentado no cumpla los requisi-

³⁸ Audiencia Provincial de Madrid (sección 18.ª), auto n.º 68/2012 de 26 marzo 2012, JUR 2012\142402.

tos legales, y no sólo formales, exigidos para llevar aparejada ejecución. Pero, ello es así cuando la parte ejecutante haya dado cumplimiento a las exigencias legales; y, por lo tanto, haya aportado los documentos que, la ley le exige, que, en este caso, como se ha dicho, lo es el convenio arbitral y no sólo el laudo.

Veamos dos supuestos concretos: consumidores y usuarios y cláusulas abusivas y comunidades de propietarios:

- A. *Consumidores y usuarios*: Siguiendo la línea doctrinal marcada por la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁹ y, más recientemente, por la sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, según la cual, teniendo en cuenta el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva n.º 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, y la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁴⁰ que inciden sobre la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad, respecto a los profesionales, tanto en lo referido a la capacidad de negociación, como en cuanto al nivel de información del mismo, lo que le lleva a adherirse a condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido, esta situación de desequilibrio sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en litigio; indicando que las previsiones del art. 6, apartado 1 de la Directiva n.º 93/13/CEE, al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesio-

³⁹ Por ejemplo, sentencia n.º 96/2017, Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.^a, rec. n.º 443/2015 de 14 de marzo de 2017.

⁴⁰ En concreto, en las sentencias de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144), Océano Grupo Editorial y Salvat Editores C-240/98a C-244/98, y de 21 de noviembre de 2002 (TJCE 2002, 345), Cofidis C-473/00 y sentencia de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299), asunto C-168/05, en petición de decisión prejudicial planteada por la propia sección 21.^a de la Audiencia Provincial.

nal no vinculan al consumidor, trata de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional. Añadiendo que, teniendo en cuenta que deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar de que el equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias, sea efectivo y real, y no meramente teórico, evitando que sus derechos por el juego de las normas procesales puedan verse dañados, concluye que si del examen del contrato en el que figura la cláusula de convenio arbitral, en base a la que se ha dictado el laudo cuya ejecución se pretende, se desprende la nulidad de tal convenio, aun cuando no se hubiera interesado en ningún momento la misma, no debe accederse a la ejecución de tal laudo, y ello reiteramos en base al principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el derecho comunitario ha establecido a favor de los consumidores, siendo el juez nacional quien debe de oficio declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger adecuada y, sobre todo, eficazmente los derechos de los mismos en la forma prevista en la Directiva n.º 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, tal y como ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

- B. *Comunidades de propietarios*: Como expone la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20.^a), auto n.º 15/2013 de 14 de enero de 2013 (AC 2013\852): «Para resolver las cuestiones propuestas, con carácter previo, ha de determinarse si el tribunal que conoce de la demanda ejecutiva puede enjuiciar el acuerdo comunitario que se acompaña con la demanda, al objeto de comprobar si contiene un verdadero y real convenio arbitral que además fuese consentido por el ejecutado, para, de

no estimarlo así, proceder a denegar el despacho de ejecución; o si, por el contrario, debe abstenerse de semejante comprobación, y proceder a ello sin más». ⁴¹

⁴¹ Las posturas mantenidas por las distintas secciones de la AP de Madrid son contradictorias. Algunas, como sostiene la recurrente, entienden que ninguna comprobación a tales efectos puede llevarse a cabo por el juzgador de instancia.

Así, la sección 8.^a, en auto de 19 de septiembre de 2011, argumentaba que el art. 43 de la Ley de Arbitraje otorga efectos de cosa juzgada al laudo arbitral firme, y que frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. Añade que el art. 517 de la LEC dispone que los laudos o resoluciones arbitrales firmes llevan aparejada ejecución, y que conforme a lo previsto en el art. 551.1 de la misma Ley Procesal, presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Concluye que, dictado un laudo arbitral, y no habiéndose solicitado la anulación del mismo, «no cabe entrar a examinar de oficio la validez de la cláusula arbitral, fundamento y origen de aquél, y ello teniendo en cuenta al efecto las previsiones contenidas en los arts. 41 y 43 de la Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003, en relación con lo dispuesto en los arts. 517, 546, 551 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La sección 13.^a, en auto de 14 de noviembre de 2011, establece que la cuestión que se plantea «es si los órganos jurisdiccionales pueden ir más allá de este examen de la regularidad formal y procesal del título y de la petición que, en su consideración, se deduce, y adentrarse en un control de oficio, cuando no ha precedido una decisión judicial específica a través del recurso de anulación, de la legalidad intrínseca no sólo del laudo emitido (título de la ejecución), sino del convenio mismo en cuya virtud se deriva la función de decidir la contienda a los árbitros, excluyendo la intervención de la jurisdicción en ese primer grado resolutorio». Estima que los principios de rogación y de seguridad jurídica, éste inmanente al efecto de la cosa juzgada, imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, constituyen una barrera o tope a la revisión judicial de oficio cuando no está permitida expresamente por la ley; y concluye «que la tutela judicial no puede ir más allá de lo querido por la parte afectada por el acto o resolución, ni de lo autorizado por la ley, sobre todo cuando al ejecutado le cabe el ejercicio de la oposición permitida en los artículos 556 y 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto último que en el apartado 3º de su número 1, contempla la nulidad radical del despacho de la

Como señala el auto de 27 de marzo de 2011 de la sección 21.^a

ejecución cuando el documento presentado no cumpla los requisitos legales, y no sólo formales, exigidos para llevar aparejada ejecución».

La sección 18.^a, en auto de 27 de julio de 2011, vino a establecer que «no es éste el momento procesal para discutir la existencia, validez, eficacia o vinculación del convenio que se aporta como arbitral cuando en ningún momento la contraparte se ha opuesto a esa validez y eficacia ni impugnando, que conste, el acuerdo comunitario, ni compareciendo, que conste, en el proceso arbitral, ni formulando, que conste, recurso de anulación, de manera que si esta Sala entra a conocer sobre esa cuestión no planteada, anticipándose a la posible oposición a la ejecución que pudieran en base a ello plantear los ejecutados, estaría colocándose en una situación *cuasi* parcial, por mucho que en cuanto al fondo del litigio, en cuanto a la existencia o validez de ese convenio como verdaderamente arbitral le invadan serias y muy fundadas dudas».

La sección 25.^a, en auto de 23 de diciembre de 2011 (AC 2012, 268), vino a establecer que no procede analizar de oficio la existencia, validez o nulidad del convenio arbitral y denegar el despacho de ejecución razonando que el convenio arbitral es inexistente porque en la Junta General Extraordinaria no consta la voluntad expresa del supuesto ejecutado a los efectos del art. 550.1.1º.2 de la LEC, deduciendo la falta de convenio arbitral, conforme a la estricta interpretación del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, pues «dichas cuestiones sólo podrán hacerse valer, en su caso y si procede, por quien se crea asistido del derecho en el propio arbitraje, en el recurso de anulación del laudo dictado o, si ello fuera posible y no estuviera incurso la cuestión en preclusión, en la oposición a la ejecución, ya que de otro modo se infringen los principios dispositivo y de aportación de parte y los preceptos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores del despacho de ejecución. Concluye que la denegación del despacho de ejecución (art. 552 de la LEC) no puede fundarse en cuestiones de fondo, sino únicamente en cuestiones formales relativas al título, o al propio proceso de ejecución, relacionadas en el art. 551 LEC (jurisdicción y competencia, capacidad, defensa y representación de las partes y cualidad con que aparecen en el título o según justificación documental, requisitos de la demanda, presentación de documentos necesarios, título formalmente constituido, actividades ejecutivas conformes, existencia de acción ejecutiva —no caducada—, y cumplimiento del plazo previsto en el artículo 548); y si quien ejercita la acción ejecutiva presenta un título regularmente constituido en su aspecto formal, los actos solicitados son conformes con la naturaleza y contenido del título y se cumplen los demás presupuestos que resultan del artículo 551 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez debe despachar ejecución, como se establece en el auto de la sección 10.^a de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2007, que se remite a otros muchos dictados en la misma materia.

de la AP de Madrid, lo que la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) exige para que se pueda despachar ejecución, es que se acompañe con la demanda ejecutiva el convenio arbitral, y no un simple acuerdo comunitario. No se trata de que el tribunal que conozca la demanda ejecutiva analice la validez del acuerdo comunitario en base a las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042), ya que por muy válido y eficaz que pueda ser, si no contiene un convenio arbitral, debe rechazarse el despacho de ejecución.

En este caso, la ejecutada no sólo no acudió a la junta de propietarios en la que supuestamente se acordó el sometimiento a arbitraje de las cuestiones «relativas a lo estipulado en cuanto a la obligación de contribuir a los gastos generales u otras obligaciones económicas de conformidad con la LPH», sino que ni siquiera dicho tema estaba incluido en el correspondiente orden del día (folio 26). Tampoco consta que se le hubiere notificado dicha acta.

Como se afirma en el referido auto de la sección 21.^a de 27 de marzo de 2011, el hecho de que la ejecutada no hubiere recurrido el acuerdo de la Comunidad, no puede ser considerado como una declaración de voluntad tácita que tuviere cabida en el párrafo primero del apartado 3 del artículo 9 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; y ello porque se trataría de una renuncia a que la tutela judicial efectiva —reconocida en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)— le sea otorgada por el Estado, y a través de los órganos integrantes de uno de sus poderes, que pasaría a ser dispensada por una asociación privada que se ofrece publicitariamente a las comunidades de

El resto de las secciones mantiene una postura diferente. Así, la sección 9.^a, en autos de 5 de diciembre de 2011 y de 2 de diciembre de 2011; la sección 11.^a, en autos de 17 de enero de 2012 y de 16 de diciembre de 2011; la sección 12.^a, en autos de 18 de enero de 2012 y de 12 de enero de 2012; la sección 14.^a, en auto de 2 de febrero de 2012; la sección 19.^a, en autos de 1 de diciembre de 2011 y de 12 de julio de 2011; esta sección 20.^a, en autos de 26 de enero y de 28 de febrero de 2012; y la sección 21.^a, en autos de 8 de noviembre de 2011 y de 11 de enero de 2012.

propietarios de casas, lo que requeriría una declaración de voluntad más concluyente.

Como, igualmente, se expresa en el auto de la sección 14.^a de 6 de junio de 2012, aunque la voluntad de la Comunidad de sujetarse al convenio arbitral aparezca documentada en el acta que se adjunta; sin embargo, no consta la correlativa voluntad de sumisión a arbitraje del propietario individual ausente de la junta. Añade que el art. 9.3 de la LA sólo contempla dos posibles cauces para exteriorizar esa voluntad: de un lado el documento firmado por ambas partes; y, de otro lado, el intercambio de cartas o comunicaciones telemáticas, como alusión que literalmente describe el envío recíproco de comunicaciones que deje constancia del acuerdo de voluntades.⁴²

⁴² Como señala el auto de la sección 21.^a de fecha 8 de noviembre de 2011, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje no otorga a la forma un carácter esencial, pero sí es exigente en cuanto a que exprese la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, porque este medio de solventar las controversias implica la renuncia a la forma ordinaria de resolución, y la simple adopción del acuerdo no es suficiente para entender que existe la voluntad clara, por parte de los propietarios ausentes, de aceptar la sumisión a arbitraje, sin que el hecho de que el artículo 14 e) de la Ley de Propiedad Horizontal, que permite a la junta acordar todas las medidas necesarias o convenientes para el servicio común, lleve a la conclusión de que el acuerdo adoptado en el sentido de someter las controversias a arbitraje, tenga el carácter vinculante que se confiere a los acuerdos comunitarios que tratan de materias propias del funcionamiento de la Comunidad, ya que determinar el procedimiento y organismo que ha de resolver, con valor de cosa juzgada, las controversias que puedan surgir, excede de las normas de buen gobierno de una Comunidad a las que debe entenderse referido el citado artículo 14 e) de la Ley de Propiedad Horizontal, añadiendo que respecto a los no asistentes a la junta será preciso que conste su voluntad de aceptar el mismo, o al menos constar que el acta les ha sido comunicada, y lo que en este caso ni siquiera ocurre.

Como ya declaró esta Sala en el auto de 28-10-11, es presupuesto para la ejecutividad de un laudo arbitral, que las partes hubiesen atribuido competencia por convenio a un árbitro para resolver una determinada controversia, o bien todas aquéllas que puedan surgir en una relación jurídica concreta (efecto positivo), lo que implica que se le impida a los tribunales conocer de las cuestiones que quedasen cubiertas por el convenio arbitral (efecto negativo). Y siendo el convenio

En este caso, ni consta que el demandado hubiere suscrito convenio arbitral alguno, ni tampoco que se hubiere producido el intercambio de correspondencia a que el precepto se refiere.⁴³

arbitral presupuesto para la existencia del laudo, éste no podría producir efectos de cosa juzgada, ni calificarse de «equivalente jurisdiccional» al no tener en definitiva existencia, ya que no merece la calificación de laudo arbitral, aquél que no esté apoyado en una manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, siendo la existencia de un convenio arbitral un presupuesto de la ejecución controlable de oficio al amparo del art. 551 de la LEC.

Indica el auto de la sección 19.^a de la AP Madrid de fecha 12 de julio de 2011, y citado en la anterior resolución, que la existencia de convenio arbitral requiere la concorde voluntad de las partes para que sea válido el sometimiento a esta forma de solucionar los conflictos; y, en efecto, así se extrae del contenido del artículo 9 de la Ley de Arbitraje. Dicho precepto dispone que «el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de un acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual», añadiendo los números 3, 4 y 5, 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, considerándose incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas anteriormente; y que igualmente existirá, cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

⁴³ En el mismo sentido: Audiencia Provincial de Madrid (sección 11.^a) auto n.º 7/2013 de 21 diciembre 2013. JUR 2013\41112: «En el artículo 550.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se establece que «cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes [...]. Esta insistencia en los requisitos no tiene otra función que la de permitir al juez de la ejecución alcanzar la certeza de que el laudo está basado en un convenio existente y válido y que dicho laudo ha sido ciertamente notificado a la parte afectada. La juzgadora de instancia lo que ha hecho ha sido examinar tales requisitos y ha llegado a la conclusión de que la parte ejecutante no ha acreditado la existencia de convenio arbitral, al considerar insuficiente el acuerdo de la junta de propietarios

para integrar un convenio arbitral que pueda afectar a la demandada, que no dio su aprobación a dicho acuerdo.

Esta decisión de la juzgadora de instancia es correcta y ajustada a derecho [...] En este caso, en el que el posible convenio arbitral se ha decidido a través de un acuerdo comunitario en junta de propietarios, podrá considerarse que existe una «voluntad de la comunidad» (una de las partes) de someterse a arbitraje, pero no existe la voluntad de una de las partes afectadas por la controversia («la otra parte»). La voluntad comunitaria vale para que, a la hora de reclamar, la reclamación la haga a través de arbitraje; pero siempre y cuando la parte contra la que dirige la reclamación (el comunero) también se haya sometido a ese sistema de resolución de conflictos.

Y no es que el acuerdo comunitario tenga que ser considerado nulo o inválido, o que incluso tenga que ser impugnado por la parte ejecutada para que no produzca efecto. El acuerdo puede ser válido (y aceptado) para aquéllos que lo suscribieron o que, simplemente, quieran aceptarlo *a posteriori*. Pero, lo que no cabe hacer es imponerlo a una parte que no lo votó (lo que, en caso contrario, podría haber constituido un acto propio) porque no tiene la voluntad de excluir sus controversias del conocimiento de la justicia estatal, a lo que tiene perfecto derecho por mor del artículo 24 de la Constitución Española».

EL CONVENIO ARBITRAL INSERTO EN LOS ESTATUTOS DE SOCIEDADES MERCANTILES: ¿ES VERDADERAMENTE POLÉMICO?

ARBITRATION AGREEMENT INCLUDED IN THE ARTICLES OF ASSOCIATION: IS IT CONTROVERSIAL?

*Fernando Lanzon Martínez**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Relevancia práctica del arbitraje en el ámbito societario.— 3. La polémica en torno al arbitraje estatutario.— 3.1. ¿Es posible el arbitraje estatutario en equidad? 3.2. ¿A quiénes vincula la cláusula de sumisión a arbitraje estatutario?— a) Socios fundadores y sociedad.— b) Socios disidentes.— c) Socios que adquieren títulos tras la constitución de la sociedad.— d) Administradores de la sociedad.— 4. Panorama normativo.— 4.1. España.— 4.2. Italia.— 4.3. Alemania.— 4.4. Reino Unido y Estados Unidos.— 4.5. Panamá.— 5. Conclusión.

Resumen: El arbitraje estatutario presenta aristas. Cuestiones como la extensión subjetiva del mismo o la posibilidad de un arbitraje estatutario en equidad encuentran respuestas contrapuestas entre la doctrina. Las diferentes jurisdicciones ofrecen, además, aproximaciones alternativas a la misma cuestión, que desembocan de forma lógica en diferentes regulaciones legislativas y que evidencian que el arbitraje estatutario plantea discrepancias también a nivel legislativo.

* Abogado.

El presente artículo pretende reflejar el debate existente sobre esta materia, poniendo sobre la mesa las principales cuestiones controvertidas que plantea el arbitraje estatutario.

Abstract: Statutory arbitration shows edges. Questions such as its applicability or the possibility of statutory arbitration in equity find conflicting answers between doctrine. Different jurisdictions also offer alternative approaches to the same issue, which logically lead to different legislative regulations and which show that statutory arbitration also raises discrepancies at a legislative level.

This article aims to reflect the existing debate on this subject, putting on the table the main controversial issues raised by statutory arbitration.

Palabras clave: Arbitraje; arbitraje estatutario; Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; extensión subjetiva de la cláusula de sumisión a arbitraje estatutario; panorama normativo del arbitraje estatutario.

Key words: Arbitration, arbitration agreement included in the articles of association, Spanish Arbitration Act; applicability of statutory arbitration; overview of international regulatory framework.

1. INTRODUCCIÓN

El título del presente artículo pone ya sobre la mesa la problemática que tanto el alcance del convenio arbitral inserto en los estatutos de sociedades mercantiles como su carácter, plantean en la práctica.

El mero hecho de que tal pregunta se formule, creo que ha de llevarnos a dar una respuesta afirmativa a la misma: el convenio arbitral inserto en los estatutos de las sociedades mercantiles es polémico o, al menos, plantea algunas cuestiones sobre su oportunidad, validez y pertinencia.

Cuestiones como la vinculación a la cláusula de sumisión a arbitraje de los socios que adquieren títulos de participación en el capital de la sociedad, la vinculación a tal cláusula de los socios disidentes, el potencial derecho de separación de los socios ante la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje o la obligatoria encomienda a una institución arbitral de la administración de determinado tipo de disputas societarias, plantean discrepancias entre la mejor doctrina.

Las diferentes jurisdicciones ofrecen, además, aproximaciones alternativas a la misma cuestión, que desembocan de forma lógica en diferentes regulaciones legislativas y que evidencian que el arbitraje estatutario plantea discrepancias también a nivel legislativo.

Las soluciones ofrecidas por los diferentes ordenamientos no son, además, estáticas; la propia polémica que genera la cuestión hace que sea habitual su replanteamiento y que de forma periódica se reabra el debate sobre el contenido y el alcance del arbitraje estatutario.

Buen ejemplo de ello es, en España, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil —al que luego me referiré—, que pretende reformular la respuesta brindada por el legislador escasamente tres años antes de su publicación.

Teniendo en cuenta el marco descrito, parece lógico concluir que, en el ámbito societario, la redacción de la cláusula de sumisión a arbitraje cobre especial relevancia.

Sin embargo, la realidad muestra un número considerable de cláusulas patológicas o cercanas a ello.

En la práctica, estas cláusulas patológicas no sólo no contribuyen a resolver el problema para el que fueron pretendidamente previstas, sino que suelen añadir uno más al que de por sí plantea el litigio: la forma de resolverlo.

Obvio es que ello conlleva retrasos indeseados en la tramitación y resolución de la controversia.

En definitiva, como he adelantado, en mi opinión, existe espacio para la polémica; y, al menos, para un constructivo debate en torno a la cuestión que se plantea en el título de este artículo.

Los párrafos que siguen no pretenden dar cumplida respuesta a las dudas e inquietudes que pueda generar la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje en los estatutos de las sociedades mercantiles. Pretenden, por el contrario, exponer las diferentes cuestiones que tal hecho puede suscitar y facilitar al lector las respuestas que más comúnmente se han dado a ellas.

Para ello acudo al análisis de algunas de las cuestiones que *a priori* presentan más aristas y, en la medida de lo posible, a analizar las respuestas ofrecidas por distintos ordenamientos.

En los párrafos que siguen se analizan las siguientes cuestiones:

1. La relevancia práctica del arbitraje en el ámbito societario;
2. La polémica en torno al arbitraje estatutario;

Ello nos llevará a considerar la posibilidad de un arbitraje estatutario de equidad y la extensión subjetiva de aquél.

3. Finalmente, se realiza un breve recorrido por el panorama normativo que han venido ofreciendo los diferentes ordenamientos jurídicos.

Este itinerario se inicia con la advertencia al lector de que no pretende ser un reflejo actualizado de la normativa internacional, sino una recopilación de las diferentes respuestas que se

han brindado a las cuestiones polémicas que plantea el arbitraje estatutario.

2. RELEVANCIA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

Las cuestiones que suscita el arbitraje estatutario no plantean, en mi opinión, una mera discusión teórica; son, por el contrario, relevantes, por afectar a cuestiones eminentemente prácticas que afectan de plano a la vida societaria.

Por ello, la polémica que plantea al arbitraje estatutario, considero se entiende mejor si se contempla en el contexto de la función y aplicación práctica que el mismo ofrece a una sociedad mercantil.

No está de más, por tanto, recordar las consabidas virtudes del arbitraje, que en el ámbito societario son, si cabe, más remarcables:

1. Dinamismo y agilidad;
2. Rapidez del procedimiento;
3. Flexibilidad;
4. Especialización; y
5. Confidencialidad.

Como servicio a sus usuarios, el arbitraje societario viene a cubrir una necesidad, generalmente caracterizada frente a la vía judicial por una serie de atributos. Así, se sostiene que aquél ofrece a sus usuarios una reducción en los plazos de tramitación del procedimiento y de los formalismos que usualmente acompañan a este último.

Estas características colocan al arbitraje en una posición de privilegio para atender las necesidades de una sociedad. En efecto, ésta viene generalmente exigida por la rapidez con la que se desenvuelve el tráfico mercantil y la consecuente necesidad de una rápida respuesta. Los tribunales, de ordinario, son incapaces de dar respuesta a estas exigencias.

Además, la flexibilidad que permite el arbitraje facilita, a su vez, la adaptación del procedimiento al dinamismo de la vida societaria.

Cuestión adicional que tradicionalmente ha abogado en favor del arbitraje en el ámbito societario, es la especialización que pueden ofrecer los árbitros a cargo del procedimiento, frente a la teóricamente más limitada de los jueces.

Si bien en algunos ordenamientos, como el español, se ha intentado suplir la falta de especialización de los juzgadores mediante la creación de órganos especializados, la realidad es que resulta difícil que tales órganos, sobrecargados desde el momento de su creación, sean capaces de competir con el análisis pausado que puede ofrecer un árbitro.

En todo caso, siempre constituirá una ventaja la posibilidad de elegir un árbitro especializado en la materia concreta sobre la que verse la controversia, quien no verá limitada su formación a un más genérico ámbito mercantil.

Las cuestiones que suelen suscitarse en el ámbito societario presentan habitualmente cierta complejidad técnica. Con mayor o menor grado de sofisticación, las sociedades actúan como órganos complejos, en los que coexisten un importante número de personas, áreas y órganos.

Las disputas, por lo general, si bien en último extremo reposan en los departamentos de asesoría jurídica, suelen presentar ramificaciones que afectan a diferentes órganos y centros de decisión societarios.

Por ello, contribuye al buen funcionamiento de la sociedad la confianza en que en caso de disputa será un especialista quien habrá de resolver sobre la misma. Ello facilita un más fluido entendimiento entre los diferentes órganos internos implicados.

Esta ventaja se manifiesta también en el ámbito externo de la sociedad.

Como señala Fernando Olaizola Martínez,¹ el arbitraje se presenta como un medio de resolución de disputas menos «traumático» que el judicial.

Tanto el contexto en el que se desarrolla como el carácter reservado connatural al arbitraje favorecen el mantenimiento de la armonía y de las buenas relaciones entre las partes enfrentadas, tanto en el caso de que se trate de un conflicto interno societario como en el supuesto de que implique éste a terceros actores.

Finalmente, mientras que la publicidad es un elemento esencial de todo procedimiento judicial, la confidencialidad lo es de un procedimiento arbitral.

Esta última constituye, por tanto, un elemento decisivamente diferenciador del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria.

Tanto en el ámbito de las disputas internas de la sociedad como en el de las disputas entre sociedades competidoras, la confidencialidad actúa como elemento que limita el impacto del procedimiento.

En el caso de las disputas entre socios, la confidencialidad contribuye, entre otras cuestiones, a mantener la imagen de la sociedad frente a su competencia, así como a mantener su imagen general en el mercado.

¹ OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando. «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización». *Anuario de justicia alternativa*, julio 2006, n.º 7/2006.

En el caso de las disputas entre sociedades, a los valores anteriores ha de sumarse el hecho de que la confidencialidad que ofrece un procedimiento arbitral, contribuye indudablemente a mantener la discreción de los datos comerciales frente a terceros competidores y a limitar el impacto de su revelación a la sociedad contraparte en aquél.

El conjunto de características o ventajas del arbitraje que he expuesto en los párrafos anteriores, aun seguramente conocidas por el lector, acentúan su relevancia en el ámbito del arbitraje societario.

De ahí que, como señala el autor últimamente citado, uno de los factores clave del arbitraje sea el de la elección de los árbitros, que habrán de ser capaces de dar respuesta a las exigencias que acarrearán las propias virtudes del arbitraje.

Adquiere así especial relevancia la participación de las instituciones arbitrales en esta tarea, como gestoras no sólo del procedimiento, sino también del conocimiento que su propia actividad les permite atesorar.

En este sentido, podría ser de interés el desarrollo de las publicaciones de las resoluciones que sobre materia societaria se dictan en procedimientos seguidos bajo la administración de las instituciones arbitrales.

La práctica muestra que existe cierta tendencia a la uniformidad en los conflictos societarios, de manera que los que surgen en el seno de una sociedad no suelen ser ajenos a aquéllos que surgen en otra.

Por ello, la existencia de una jurisprudencia consolidada en esta materia podría resultar una herramienta útil.

Convenientemente anonimizados, los laudos dictados en materia societaria constituirían así un elemento de valor, que contribuiría, a su vez, al propio desarrollo del arbitraje estatutario.

3. LA POLÉMICA EN TORNO AL ARBITRAJE ESTATUTARIO

Me refiero, a continuación, a una serie de cuestiones íntimamente vinculadas con el arbitraje estatutario y que constituyen terreno abonado para las discrepancias doctrinales.

Las cuestiones que se tratan a continuación, son algunas de las que «hacen polémico» el arbitraje estatutario.

Adelanto que, en la práctica, la postura adoptada frente a ellas, guarda correlación con la postura general en relación con el arbitraje.

Así, los partidarios de éste se muestran más flexibles con las respuestas a las cuestiones polémicas; por el contrario, los detractores emplean la polémica como justificación de una posición contraria al arbitraje estatutario.

3.1. *¿Es posible el arbitraje estatutario en equidad?*

El sometimiento de las disputas societarias a arbitraje de equidad es una cuestión controvertida.

Como apunta el Informe sobre el Arbitraje Societario en España, elaborado por la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje,² las sociedades mercantiles son, por su propia naturaleza, creaciones de la ley; por ello, en la práctica, la mayor parte de sus controversias tienen carácter jurídico.

En este mismo sentido, Carlos González Suárez³ pone de manifiesto que el derecho societario es un derecho específicamente construido

² *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*. Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje. Madrid, 22 de febrero de 2013.

³ GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos. *Derecho de sociedades; arbitraje y derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Catedrático de derecho civil. Madrid, 2002.

para que los socios regulen el funcionamiento de la sociedad; dentro de los límites que marca la ley, el derecho societario es un derecho imperativo de mínimos.⁴

En definitiva, el contexto en el que se desenvuelve una sociedad mercantil es eminentemente jurídico, por la propia naturaleza de la misma.

Por contraposición a este contexto, el arbitraje de equidad surge según el Tribunal Supremo español como aquél que «no tiene que someterse a normas legales, ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo» (sentencia de 3 de marzo de 1989).

Este contraste puede plantear *a priori* ciertas dificultades para acomodar un arbitraje de equidad al ámbito societario, ya que la relación jurídica objeto de controversia se encuentra *per se* cuajada de normas de naturaleza imperativa.⁵

- *Posicionamiento en contra del arbitraje de equidad*

Se cuestiona la pertinencia del arbitraje de equidad en el ámbito societario partiendo, precisamente, de la premisa de que las relaciones societarias se rigen, en su mayor parte, por normas imperativas.

Dado que, por la propia naturaleza de su mandato, el árbitro de equidad puede no aplicar normas imperativas, quienes rechazan esta forma de mandato sostienen que no es posible acudir al arbitraje en equidad en el ámbito societario; ello comportaría el riesgo de que tales normas imperativas fueran inaplicadas.

⁴ GASPÁR, Silvia. *El ámbito de la aplicación del arbitraje*. Pamplona, 1998.

⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una sociedad anónima, en torno a la STC n.º 9/2005 de 17 de enero de 2005». *Revista de derecho de sociedades*, 2006, n.º 26.

Esta consideración lleva a algunos autores a rechazar de plano el arbitraje de equidad en el ámbito societario.

Así, entre otros, Palau Ramírez sostiene sobre el particular⁶ que, en el ámbito societario, tan sólo cabe un arbitraje de derecho, como único modo de garantizar plenamente la aplicación de ordenamiento jurídico.

Señala, igualmente, este autor, que podría admitirse el arbitraje de equidad siempre que el árbitro aplicara el derecho, ya que el control judicial posterior sobre el arbitraje, no examina la aplicación del ordenamiento jurídico, se basa en cuestiones formales y la única cuestión de fondo que se analiza, es si contraría el orden público, concepto que tampoco coincide con el de imperatividad.

Haciéndose eco de esta línea doctrinal, en España la redacción inicial del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje que introdujo de forma expresa el arbitraje societario, contemplaba la prohibición del arbitraje doméstico de equidad.

- *Posicionamiento a favor del arbitraje de equidad*

Frente a este análisis, otras aproximaciones sostienen que un arbitraje de equidad no supone que los laudos deban desconocer o contravenir las normas de derecho positivo, ya que el derecho imperativo siempre ha de ser respetado.⁷

⁶ PALAU RAMÍREZ, F. *Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española de la última década*. Valencia: Aranzadi Civil, n.º 9/2004, citado por Manuel García-Villarrubia. *El derecho*. Boletín de Mercantil, 2010, n.º 25.

Esta obra cita, igualmente, la jurisprudencia española aquí mencionada.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 17 de noviembre de 2004.

Ello lleva a entender que la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje, impiden que la misma sea resuelta por los árbitros al margen de dichas normas.⁸

En definitiva, quienes abogan por el arbitraje de equidad en el ámbito societario, vienen a sostener que la facultad de dictar laudo en tal ámbito no significa dejar la resolución del asunto al libre arbitrio del árbitro. Ello no sería un laudo en equidad, sino que haría del laudo una resolución arbitraria.⁹

Así, para quienes mantienen posturas favorables a la equidad en materia societaria, el laudo en equidad habrá de observar las normas imperativas que, como hemos visto, abundan en esta materia.

Se trataría más de otorgar cierto margen para una aplicación normativa menos rigurosa de la norma que de prescindir de su aplicación.¹⁰

⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de marzo de 2005.

⁹ En este sentido, PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ruiz*. Madrid: Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015: «Laudar en equidad no significa arbitrariedad, sino someter la decisión al leal y saber entender de los árbitros. Esa decisión tomada según su leal saber y entender significa que en materia de arbitraje societario los árbitros no podrán desconocer el marco legal societario».

¹⁰ En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de mayo de 2017, que postula que no significa que «los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa, como corresponde al concepto tradicional de equidad, superador y complementario del concepto de ley, para una mayor aproximación al logro de una decisión justa para el caso concreto que la ley, por su generalidad, podría no alcanzar».

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Arbitral de Barcelona en «El TAB considera la reforma de la ley de arbitraje como un fuerte impulso a esta disciplina». Barcelona, 9 de junio de 2011:

«Técnicamente, este tipo de arbitraje permite que el procedimiento sea administrado por una persona no jurista, pero dotada de conocimientos requeridos para entender el conflicto y así pueda decidir en base a ello y a su buen saber y entender sin desvincularse de los contratos; pero “suavizando las aristas de la ley” —ya que

Este tipo de arbitraje contribuiría a ajustar la normativa al justiciable, acomodando con cierto grado de flexibilidad las normas jurídicas materiales a las necesidades prácticas de quien acude a él, interpretando con mayor flexibilidad las normas recogidas en los estatutos de la sociedad.

Ello habría de redundar en beneficio de la propia sociedad, que por vía de la equidad encontraría un instrumento adecuado y flexible para acomodar la normativa a su naturaleza.¹¹

En definitiva, el arbitraje de equidad no excluiría la aplicación de la norma, sino que «matizaría» su rigor.

• *Conclusión*

En mi opinión, para matizar la aplicación de una norma en el sentido expuesto, hace imprescindible su previo y profundo conocimiento.

Sólo desde la atalaya del saber la norma puede relajarse su aplicación; sólo quien la ha aprehendido será conocedor de su alcance, de su contenido, de su significado y de sus relaciones con otras normas.

Sólo a través de este previo ejercicio de conocimiento se podrá flexibilizar, la aplicación de una norma con la garantía de que tal proceso desembocará en una norma más maleable, que mantenga la esencia de la misma, y no en su simple inobservancia.

según puntualizó Jesús de Alfonso “ésta es una categoría mal entendida y que acerca la justicia de verdad al justiciable”.

El mantenimiento del arbitraje de equidad era una de las principales reivindicaciones del TAB al legislador, pues esta institución —entre cuyos socios se encuentran el *Collegi de Notaris de Catalunya* y Registradores de Catalunya— considera que, con el arbitraje de equidad se amplía el abanico del ejercicio de la libertad de quien decide no excluir a los tribunales y modular la manera en que quiere ver cómo se decide y con qué bases su conflicto».

¹¹ *Vid.*, en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *Op. cit.* p. 299.

Lo expuesto ha de llevar a que, en mi opinión, resulte recomendable que las controversias societarias se resuelvan en arbitraje de derecho. No siendo éste el caso y tratándose de un arbitraje de equidad, entiendo igualmente recomendable que se prevea la participación de algún abogado.¹²

3.2. *¿A quiénes vincula la cláusula de sumisión a arbitraje estatutario?*

El arbitraje estatutario presenta un aspecto que tradicionalmente ha sido considerado problemático: quiénes quedan vinculados (o afectados) por la cláusula de sumisión a arbitraje y qué papel desempeñan la voluntad individual y la prestación del consentimiento en tal vinculación.

Analizo seguidamente la cuestión desde la perspectiva de la sociedad, de los accionistas y de los órganos de administración de aquélla (tanto orgánica como individualmente).

a) *Socios fundadores y sociedad*

Es objeto de polémica menor el hecho de que los socios fundadores de la sociedad y la sociedad misma quedan vinculados por la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje incluida en estatutos al constituir la sociedad.

¹² En este sentido, PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Op. cit.*: «la mayor parte de las disputas societarias involucrarán cuestiones jurídicas, lo más conveniente es que el arbitraje sea de derecho, o si es de equidad, que se prevea la participación de algún abogado». También, FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *Op. cit.*, p. 299: «El mayor inconveniente para el correcto desarrollo de un procedimiento arbitral en equidad, es que entre los árbitros designados para componer la controversia societaria no exista ningún experto jurista. Es seguro que en su labor los árbitros han de aplicar, obligatoriamente, normas jurídicas y estatutarias cuya existencia habrán de conocer y cuyo alcance interpretar/integrar. Por ende, harán bien las instituciones arbitrales que tal cosa prevean en sus reglamentos y designen para resolver las controversias societarias por ellas administradas, al menos, a un jurista entre los miembros del órgano colegial».

El punto de partida del análisis contempla que cada uno de estos protagonistas —socios y sociedad— mantienen relaciones jurídicas diferentes con el acto causante de la sumisión a arbitraje.

En efecto, la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje obliga no sólo a los socios, sino también a la sociedad, a sus órganos y a los integrantes de éstos;¹³ sin embargo, ninguno de estos últimos es parte, sino efecto del contrato constituyente de la sociedad.

La cláusula de sumisión a arbitraje inserta en los estatutos de la sociedad en el momento de su constitución no altera su naturaleza de convenio arbitral.

La sociedad nace en todo caso de un contrato y a él puede incorporarse la cláusula, incorporada como acuerdo independiente; no puede, por tanto, negarse el carácter contractual de la cláusula de sumisión a arbitraje incluida en los estatutos sociales.¹⁴

Como tal vínculo contractual, obliga a las partes que lo suscriben, pero también, por efecto reflejo del mismo, a la sociedad que se constituye por medio de él y que no es parte en el contrato que incluye la sumisión a arbitraje.¹⁵

En este caso, no se plantean dudas sobre la vinculación al arbitraje estatutario de los socios que constituyen la sociedad; la inclusión del pacto en los estatutos en el momento de constituir la sociedad, es una inequívoca manifestación de su voluntad.

Mayores problemas se plantean en aquellos supuestos en los que la cláusula de sumisión a arbitraje es adoptada con posterioridad a la

¹³ *Artículo 11 bis, Arbitraje estatutario*. Comentario de Manuel Olivencia Ruiz, publicado por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. *Op. cit.*

¹⁴ *Vid. Op. cit.*

¹⁵ *Vid. Op. cit.*

constitución de la sociedad, escenario en el que puede aparecer —y de hecho así sucede en la práctica— la figura del socio disidente.

b) Socios disidentes

En el caso de que el acuerdo de sumisión a arbitraje se incorpore a los estatutos sociales con posterioridad a la constitución de la sociedad, la sociedad quedaría vinculada por el acuerdo de sumisión a arbitraje por virtud y como consecuencia de la manifestación de voluntad de sus órganos sociales.

Cuestión polémica es, sin embargo, la vinculación de los socios que han manifestado su voluntad en contra de la inclusión de la cláusula.

Como hemos visto, en el caso de los socios constituyentes, la naturaleza contractual de los estatutos, supone el consentimiento de todos ellos al arbitraje.

Sin embargo, cuando la cláusula se introduce, posteriormente, en estatutos, lo hace en virtud de un acuerdo social que, salvo que haya sido adoptado por unanimidad —lo que es improbable en la práctica— no cuenta con el consentimiento de todos los socios.

Por ello, en el caso del socio disidente, su voluntad es expresa en contra de la sumisión a arbitraje, lo que constituye el supuesto problemático.

- *Posicionamiento en contra de la vinculación del socio disidente a la cláusula de sumisión a arbitraje*

Los detractores de la vinculación del socio disidente al arbitraje estatutario sostienen que el escenario descrito afecta al derecho del socio a acudir a la vía jurisdiccional ordinaria; el socio disidente pierde esta opción sin haber manifestado su voluntad a favor de ello.

Se arguye que no es discutido que la piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad; es sobre esta base sobre la que el arbitraje es admitido como equivalente de la tutela que ofrecen los tribunales.

Por ello, resulta polémico —por emplear el título de artículo— que sin contar con la voluntad del socio disidente u omitiendo su expresa voluntad en contra, quede aquél vinculado por una cláusula de sumisión a arbitraje que en la práctica le priva de poder obtener la tutela jurisdiccional que le dispensa la jurisdicción ordinaria.

En el caso de que la inclusión de la cláusula de sumisión a arbitraje sea consecuencia de un acuerdo de la junta de socios, nos encontraríamos con que la misma no surge de un convenio —por contraposición con la incluida inicialmente en los estatutos sociales— sino de un acuerdo social adoptado por un órgano de la compañía que afecta a ésta y a todos sus socios.

Se plantea como consecuencia la cuestión de si esta forma de sumisión a arbitraje implica, en alguna forma, un arbitraje forzoso, lo que atentaría contra la autonomía de la voluntad, esencia y piedra angular del arbitraje.

Señala así Manuel Olivencia, en este sentido, que no naciendo el arbitraje de un convenio e imponiéndose a todos los socios, nos encontraríamos ante un arbitraje forzoso.¹⁶

No obstaría a esta consideración la exigencia de que el acuerdo social que incluya la cláusula de sumisión a arbitraje, sea adoptado mediante mayorías reforzadas, ya que aquellos socios que hubieran votado en contra, a pesar de la notable mayoría en sentido contrario, quedarían igualmente obligados por la cláusula de sumisión a arbitraje.

Otros autores, igualmente contrarios a la aplicación de la regla de las mayorías para la inclusión en estatutos de una cláusula de sumisión

¹⁶ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Vid. Op. cit.*

a arbitraje, sostienen que el efecto que produce, es similar al de las cláusulas de adhesión incluidas en los contratos sin previa negociación.

- *Posicionamiento a favor de la vinculación del socio disidente a la cláusula de sumisión a arbitraje*

Como solución para superar las objeciones señaladas, se ha propuesto exigir la unanimidad de todos los socios en la votación para la adopción del acuerdo que ha de llevar a incluir la cláusula de sumisión a arbitraje.

Esta posibilidad ha sido, sin embargo, igualmente criticada por parte de la doctrina; se sostiene que la misma atenta contra el principio rector de toda la actividad y decisiones societarias: el principio de la mayoría.

Este principio tiene como virtud evidente la de proporcionar a la sociedad una voluntad única, reflejo, a su vez, de su personalidad unitaria. Permite, además, a la sociedad desenvolverse de forma ágil en el tráfico mercantil, sin la pesadumbre que acarrearía la necesidad de adoptar sus acuerdos por unanimidad, resultado difícil en la práctica.

Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a sostener que la regla de la mayoría es un principio configurador de las sociedades,¹⁷ elemento, por tanto, de empleo inexcusable en la vida social.

Juan Fernández Armesto¹⁸ señala, en este sentido, que la exigencia de unanimidad supondría, además, en la práctica, una prohibición del arbitraje estatutario. Ningún socio asumiría el riesgo de proponer la

¹⁷ *Vid.*, en este sentido, VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de derecho mercantil*, 1991, vol. 1, tomo I, pp. 408 y ss., citado por PIZARRO MORENO, Eugenio. En *Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto*. Valencia: Aranzadi BIB 2010\1599.

¹⁸ FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan. «El arbitraje societario tras la última reforma». *Anales de la Academia matritense del Notariado*. Madrid, Separata de 1 de diciembre de 2011, tomo LII.

inclusión de una cláusula arbitral ante un escenario en el que un único voto en contra permitiría rechazar su propuesta, con el correspondiente coste político y de imagen que ello acarrearía para él.

Otra de las propuestas para lograr la coexistencia entre los principios de la autonomía de la voluntad, la relatividad de los contratos y el arbitraje estatutario consiste en conceder al socio disidente un derecho de separación de la sociedad.

En este caso, se argumenta, el socio no quedaría vinculado contra su voluntad por una cláusula de sumisión a arbitraje, ya que en el supuesto de que los órganos de la sociedad adoptaran tal acuerdo, aquél tendría el derecho de vender sus títulos de participación en el capital social.

Esta posibilidad, no obstante, no ha estado tampoco exenta de críticas.

Por una parte, resulta necesario determinar si este derecho de separación se va a reconocer sólo al socio disidente o si, por el contrario, se le reconocerá también a los ausentes.

Por otra, como señala Manuel Olivencia,¹⁹ la separación puede resultar traumática. Supone la salida de un miembro de la sociedad y fuerza a liquidar su cuota de participación, salvo que ésta sea adquirida por los restantes socios o por la propia sociedad.

Al tiempo, el socio se ve abocado a la separación ante la mera perspectiva de un futuro y en el momento de su salida sólo de un potencial arbitraje, de tal forma que el remedio puede exceder el «perjuicio» que considere sufrir con la inclusión de la cláusula.

¹⁹ OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de Código Mercantil». En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Interesa, en todo caso, destacar la postura del Informe de Oposición del Club Español del Arbitraje al anteproyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario, elaborado por el Club Español del Arbitraje (CEA),²⁰ que ofrece una interpretación que hace compatible en términos jurídicos la disidencia del socio con su sumisión a arbitraje.

El informe viene a sostener que el socio presta un consentimiento indirecto a la inclusión de la cláusula de sumisión a arbitraje, por haber prestado previamente su consentimiento a los requisitos previstos en los estatutos sociales para su modificación:

En el supuesto en que la cláusula arbitral se introduzca con posterioridad al ingreso del socio, el consentimiento de éste se presta de forma indirecta.

En efecto, los estatutos existentes en el momento inicial de ingreso del socio, junto con el régimen legal, contienen las reglas que regulan su posible modificación en el futuro. De forma indirecta, pues, el socio acepta que, si se satisfacen los requisitos establecidos en la ley y en los estatutos, éstos podrán ser alterados en un momento posterior.

Esta posibilidad forma parte del riesgo inherente a toda decisión de entrar o no en una sociedad de capital: el sometimiento del socio a las decisiones que, sobre las materias estatutarias, sean adoptadas conforme al régimen orgánico que rige la sociedad [...].

En definitiva, el informe sostiene que, si la sociedad reforma sus estatutos ajustándose a las normas en vigor en el momento en el que el socio adquirió los títulos de participación en el capital social de la sociedad y, por este procedimiento, acuerda la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje, el socio habría prestado su consentimiento a

²⁰ «Informe de Oposición del Club Español del Arbitraje al anteproyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario». *Spain Arbitration Review*. Madrid: Wölters Kluwer España, 2015, n.º 23.

esta última decisión, por haberlo prestado a aquéllas y estar sujeto a las decisiones que adopte la junta general de la sociedad.

c) Socios que adquieren títulos tras la constitución de la sociedad

Otro escenario que plantea controversia entre la doctrina —aunque notablemente menor que en el caso anterior— es aquél en el que un nuevo socio adquiere los títulos de una sociedad que incluye en sus pactos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje.

En este supuesto, como regla general el socio no manifiesta su voluntad de someterse a arbitraje; adquiere un título cuya titularidad lleva aparejados una serie de derechos y obligaciones, entre ellos, el sometimiento a arbitraje de las disputas societarias.

En estos casos la doctrina es más pacífica, sustentando la idea de que quien entra en la sociedad, tiene la carga de conocer el contenido de los derechos y deberes que ello acarrea. Por ello, el hecho de que el socio adquiera los títulos de participación en el capital de la sociedad en cuestión, supone una manifestación de su voluntad de aceptar el contenido de la normativa estatutaria.²¹

En ello abunda el hecho de que los pactos sociales que recogen la cláusula de sumisión a arbitraje son generalmente públicos, de forma que puede resultar difícil para el adquirente de los títulos negar de buena fe su conocimiento de tal previsión.

De esta forma, el convenio arbitral sería un elemento configurador de la posición del socio y de los derechos y obligaciones que esta posición atribuya a su titular; así, una novación subjetiva en la figura del

²¹ *Vid.*, en este sentido, ARIZA COLMENARJE, María Jesús (profesora titular de derecho procesal de Universidad Autónoma de Madrid. *La regulación del arbitraje estatutario*, incluido en *La reforma de la ley de arbitraje 2011. Comentarios a la Ley n.º 1/2011, de 20 mayo 2011*). Madrid: La Ley, octubre 2011, n.º 1.

socio implicaría una subrogación en la posición del anterior titular,²² que ya estaba vinculado por la cláusula de sumisión a arbitraje.

El acuerdo de sumisión a arbitraje sería, por tanto, una regla orgánica más. Estas reglas pueden incluir otras limitaciones a los derechos de los socios —como pueden ser límites a la transmisión libre de los títulos de la sociedad— que vincularán también al socio que ingresa en ella,²³ sin que la sumisión a arbitraje haya de recibir trato especial alguno.

En este sentido, puede concluirse con el mencionado informe del CEA,²⁴ que el socio que ingresa en una sociedad cuyos estatutos contienen una cláusula de sumisión a arbitraje está prestando su consentimiento a que las disputas societarias se diriman por tal vía en la forma particular prevista en la cláusula en cuestión.

d) Administradores de la sociedad

El alcance de la cláusula de sumisión a arbitraje en relación con los administradores de la sociedad, plantea cierta controversia entre la doctrina.

²² *Vid.*, en este sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado Español de 19 de febrero de 1998.

²³ *Vid.*, en este mismo sentido, PIZARRO MORENO, Eugenio. *Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto*. Valencia: Arazandi BIB 2010\1599.

Entiende este autor que la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje en los estatutos de la sociedad (i) no lesiona los derechos de una clase de acciones ni crea desigualdades entre los socios, (ii) no implica por sí misma una nueva obligación para ellos, y (iii) no produce una renuncia a la tutela judicial, por cuanto el arbitraje es una opción tan válida como la judicial.

²⁴ «Informe de Oposición del Club Español del Arbitraje al anteproyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario». *Spain Arbitration Review*. Madrid: Wölters Kluwer España, 2015, n.º 23.

Algunos autores señalan que los administradores sólo quedarán vinculados a la cláusula de sumisión a arbitraje en su condición de socios. Si no lo son, los administradores sólo quedarían vinculados por tal cláusula si la misma incluye una referencia específica a ellos.

Esta idea parte de la consideración del administrador como un tercero frente a la sociedad. Como tal, quedaría sujeto, por tanto, a los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo ajeno a ella,²⁵ sin que su condición de administrador hubiera de hacerle merecedor de un trato específico.

Parece, sin embargo, una postura mayoritariamente seguida por la doctrina, la aceptación del administrador —aun no socio— como un individuo que mantiene una relación orgánica con la sociedad. Ello evitaría su consideración como tercero desvinculado del régimen estatutario de la misma.

Según esta postura, la relación jurídica entre la sociedad y el administrador nace de los actos de nombramiento por parte de la sociedad y de aceptación por parte de éste. De ello se deriva que el administrador queda sujeto a los derechos y obligaciones que resulten de la ley y de los estatutos de la sociedad.

La aceptación del cargo, por tanto, conlleva la de los estatutos; si éstos incluyen una cláusula de sumisión a arbitraje, la misma será obligatoria para el administrador. Se trata de una consecuencia inmediata del deber de lealtad del administrador con la sociedad, que les obliga a cumplir y defender sus estatutos sociales.²⁶

²⁵ Vid., MUÑOZ PLANAS, José María. «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles». *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid, 1978, pp. 380 y ss.

²⁶ Vid., en este sentido, TARRÍO BERJANO, Manuel Gerardo. *Comentarios a la ley de arbitraje. Comentario al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*. Consejo General de Notariado, 2014.

Vid. también SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Op. cit.*

La cláusula de sumisión a arbitraje podrá, por otra parte, incluirse en el contrato específico que usualmente firma el administrador con la sociedad, lo que evitaría en la práctica cualquier duda que pudiera quedar en este punto.

4. PANORAMA NORMATIVO²⁷

Sin querer extenderme en consideraciones que exceden del ámbito de este artículo, creo interesante recoger, muy brevemente, las respuestas que los diferentes ordenamientos jurídicos han dado a la cuestión que en él se trata.

Es conveniente avisar al lector que las líneas que siguen no pretenden recoger la normativa vigente a la fecha de este artículo, sino algunas de las diferentes respuestas que se han dado a esta cuestión, con independencia de su vigor en la actualidad.

Pretendo con ello centrarme en las diferentes posiciones adoptadas en el contexto internacional y no en la normativa vigente en cada caso, sin perjuicio de que ésta coincida con la que aquí se expone.

Con esta advertencia al lector, me referiré a las diferentes posiciones legislativas sostenidas en el ámbito internacional, reflejo de las diferentes posiciones en relación con el arbitraje estatutario. Éstas son, en mi opinión, una muestra adicional de que el arbitraje estatutario presenta aristas que resultan polémicas.

²⁷ En relación con el panorama normativo distinto del español, *vid.* «Oposición de Club Español del Arbitraje al anteproyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario». Club Español del Arbitraje. *Spain Arbitration Review*. Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 23, pp. 10 y ss.

Me referiré a continuación a la normativa española²⁸ y, brevemente, a los principales rasgos de la normativa de otros países de su entorno más cercano, Italia, Alemania y Holanda.

Incluyo, igualmente, unas breves pinceladas en relación con los sistemas de derecho común, particularmente, Reino Unido y los Estados Unidos de América.

Finalmente, me refiero, también de forma esquemática, a la respuesta normativa en Panamá, como país centro financiero de referencia en Latinoamérica.

4.1. España

a) Evolución histórica

Tras diferentes avatares históricos, el arbitraje estatutario se encuentra, hoy en día, plenamente reconocido en el derecho español.

No ha sido, sin embargo, un camino uniforme. Por el contrario, el ordenamiento español y la interpretación que del mismo han hecho los más renombrados autores, ha oscilado entre la admisión del arbitraje societario y su total negación.

Los propios vaivenes históricos referidos son, a mi juicio, una buena muestra de la polémica en la que ha estado tradicionalmente envuelto el arbitraje societario.

²⁸ Incluyo una referencia más extensa a la normativa española. Junto a ser la jurisdicción de mi práctica, se trata de una respuesta normativa de reciente redacción que, no obstante, se ha sometido a replanteamiento de forma también muy reciente. Creo que ello constituye un claro ejemplo de la polémica entre detractores y partidarios del arbitraje estatutario.

Así, el artículo 323 del Código de Comercio español de 1829 (el Código de Sainz de Andino) es un claro ejemplo de la relevancia que ha tenido tradicionalmente el arbitraje societario. Tal código imponía la obligatoriedad del mismo:

Toda diferencia entre socios se decidirá por árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato social.

Aun cuando pueda sorprender al lector actual, las disputas entre los socios de las sociedades mercantiles habían de dirimirse obligatoriamente por medio de arbitraje, lo hubieran previsto o no así los estatutos sociales.

Esta disposición se mantuvo en vigor hasta la promulgación del Código de Comercio de 1885, tras la que el arbitraje societario se vio privado de su carácter obligatorio, perviviendo no obstante como medio para la resolución de las disputas societarias.

Tras la instauración de un procedimiento especial para la impugnación de los acuerdos sociales, el arbitraje societario cayó en el ostracismo, del que no salió hasta que una reciente sentencia del Tribunal Supremo y una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado españoles abrieron la puerta para su recuperación.²⁹

La Ley de Arbitraje española promulgada en 2003, siguiendo la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Ley Modelo»), supuso un espaldarazo para el arbitraje, al que no fue ajeno el arbitraje societario.

Así, la mencionada ley de arbitraje fue modificada en el año 2011, incluyendo un régimen legal explícito para regular el arbitraje societario, recogiendo la consolidada jurisprudencia en la materia.

²⁹ *Vid., Informe sobre el arbitraje societario en España.* Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje. Madrid, 22 de febrero de 2013.

Éste es el régimen vigente hoy en día; la ley fomenta el uso del arbitraje en el ámbito societario y permite la resolución por esta vía de todo tipo de disputas en sociedades mercantiles.

Dicho lo anterior, es necesario prevenir al lector de que un inconcluso y no aprobado Anteproyecto de Ley de Código Mercantil publicado en 2014, incluye una regulación del arbitraje societario que pretende (i) redefinir las disputas societarias susceptibles de arbitraje, (ii) prohibir el arbitraje en sociedades cotizadas y (iii) recoger un derecho de separación de los socios disidentes.

A mi juicio, la redacción del anteproyecto, de signo contrario a la normativa aprobada años antes, es una buena muestra de que la figura del arbitraje societario es para un sector de la doctrina, cuando menos, polémica.

b) La peculiaridad del derecho español: la proscripción del arbitraje ad-hoc en los supuestos de impugnación de acuerdos sociales

El derecho español recoge una particularidad que, al menos en el momento de su promulgación, carecía de parangón equiparable³⁰ al que aquí se expone.

Como he adelantado, el legislador español ha sido generoso en cuanto al reconocimiento del arbitraje societario.

Sin embargo, a la hora de configurar el procedimiento para la resolución de las controversias societarias parece inclinarse por un sistema marcado por el garantismo: en el caso de la impugnación de los acuerdos sociales, el procedimiento arbitral habría de estar administrado por una corte de arbitraje, quien designaría a los árbitros.

³⁰ FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan. «El arbitraje societario tras la última reforma». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, Separata de 1 de diciembre de 2011, tomo LII.

La reserva se aplicaría, por tanto, tan sólo a aquellos supuestos en los que se trata de la impugnación de acuerdos societarios, sin extenderse a los restantes supuestos de litigiosidad que plantea el ámbito societario.

Esta opción del legislador español ha sido objeto de amplia controversia y justificada en diferentes formas.

Por una parte, se ha argumentado que el legislador persigue dotar de un «plus de seguridad» al arbitraje estatutario en aquellos supuestos en los que se trata de la impugnación de acuerdos sociales.

Parecen apoyar esta aproximación las propias palabras del legislador al introducir esta previsión legislativa, ya que se refiere, en términos generales, a la seguridad y transparencia que, según apunta, son los conceptos guía de la totalidad de la reforma.

Más difícil es encontrar una razón que justifique que en el caso de la impugnación de los acuerdos sociales, se haga imprescindible la intervención de las instituciones de arbitraje.

Ésta ha de encontrarse, probablemente, en la desigualdad desde la que se acomete la impugnación de los acuerdos sociales.

La sociedad es quien redacta la cláusula de sumisión a arbitraje y quien la inserta en los estatutos mediante un acuerdo de su junta. El socio, sin embargo, queda obligado, simplemente, por ser titular de los títulos de participación social.

Por la propia naturaleza procesal de la impugnación, la demanda ha de dirigirse contra la sociedad; esta circunstancia plantea, *a priori*, que quien impugna un acuerdo social, ya sea éste un accionista, un tercero o un administrador, ha de enfrentarse en situación de inferioridad a la sociedad, que dispone de medios que no se le presuponen a los anteriores.

Si bien este argumento es discutible en el caso de que los impugnantes sean inversores institucionales, la realidad es que el legislador ha optado por proteger a aquéllos para evitar un desequilibrio en el procedimiento.

La fórmula que encuentra el legislador para contrarrestar esta desigualdad, de origen, es exigir la intervención de las instituciones arbitrales que, por la propia naturaleza de su actividad, han de velar por el mantenimiento de la igualdad entre las partes en todas las etapas del procedimiento, especialmente, la correspondiente a la designación de los árbitros.

Otros autores, como Juan Fernández Armesto, consideran, además, que el legislador se hace eco de las «disfunciones del sistema tradicional de designación de árbitros».³¹

Tales disfunciones encontrarían su origen en la labor de los árbitros designados por las partes, a los que, si bien la ley exige que sean independientes e imparciales, la realidad —señala el autor— es que en la práctica se comportan como abogados de la parte que los designó, de forma que las deliberaciones del tribunal arbitral reproducen el pleito, al defender cada árbitro la posición de la parte designadora.

Así, el sistema aparentemente elegido por el legislador, evitaría que surgiera la descrita disfunción en el sistema arbitral y contribuiría al tiempo a sostener la confianza en el arbitraje, abonando el terreno para que los árbitros desempeñen su función con genuinas independencia e imparcialidad.

En opinión de Manuel Olivencia Ruiz,³² se trataría de una medida que busca garantizar la objetividad e independencia de los árbitros. Se tra-

³¹ *Vid.*, FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan. *Op. cit.*

³² *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*. Comentario de Manuel Olivencia Ruiz, publicado por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

ta, en su opinión, de una medida de cierta desconfianza que tuvo previas manifestaciones, como la que fue práctica registral en España de admitir el arbitraje estatutario para controversias surgidas de la relación societaria, salvo para los supuestos de las impugnaciones de acuerdos sociales.

En todo caso, la «peculiaridad española» no ha sido ajena a las críticas.

La más inmediata ataca la imposición de criterios imperativos al arbitraje estatutario, en una materia en la que la voluntad de las partes es, precisamente, principio rector. Tales requisitos se opondrían al principio de autonomía de la voluntad que impregna la totalidad de la Ley de Arbitraje española.

De la misma manera, Pilar Perales Viscasillas³³ critica esta previsión legal destacando que, en su opinión, carece de fundamento el veto del legislador al arbitraje *ad-hoc* sobre la base de criterios de seguridad y transparencia. Señala esta autora que no se alcanza a entender que el hecho de que el arbitraje sea *ad-hoc* implique un detrimento de éstos, máxime cuando la confidencialidad es un principio que se predica del arbitraje, sin depender del tipo del mismo.

En definitiva, la doctrina no ha sido unánime al valorar lo que he venido a denominar como la «peculiaridad española».

Es probable, no obstante que, en la práctica, este aspecto tenga menor alcance práctico que el que su naturaleza permite anticipar.

Parece así previsible que las sociedades dispuestas a introducir una cláusula de sumisión a arbitraje en sus estatutos, opten por una única redacción para el sometimiento a arbitraje de todas sus disputas y no por una redacción distinta para cada una de ellas, previendo un sistema

³³ PELARES VISCASILLAS, Pilar. «Sociedades de capital y arbitraje, reforma de la ley de arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa». *Spain Arbitration Review*. Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid: La Ley, 2012, n.º 13.

para los acuerdos sociales y un método distinto para el resto de las cuestiones litigiosas que hayan de afrontar.

4.2. Italia

La ley de arbitraje italiana no está basada en la Ley Modelo. Se trata de una normativa que sitúa a Italia, en cierta medida, al margen del arbitraje internacional.

En Italia, tradicionalmente, se ha impuesto una prohibición expresa al arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas. El motivo, según señala María Inmaculada Rodríguez Roblero,³⁴ es que en «ellas los socios son vistos como inversores y la doctrina defiende que deben tratarse como consumidores y no como socios, ya que les falta el elemento esencial en una sociedad, que es la *affectio societatis*».

Igualmente, la normativa italiana ha venido tradicionalmente exigiendo que el acuerdo de inclusión de la cláusula arbitral en estatutos, sea adoptado por la mayoría de los socios, pero reconociendo a los disconformes un derecho de separación.

4.3. Alemania

La Ley de Sociedades Anónimas alemana ha venido incluyendo tradicionalmente en su sección 23.^a un *numerus clausus* de menciones que pueden incluirse en los estatutos.

Entre tales menciones no se incluye ninguna indicación relativa al arbitraje, lo que ha llevado a interpretar aquella ley en el sentido de que no admite el arbitraje estatutario.

³⁴ *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje, memoria para optar al grado de doctor presentada* por María Inmaculada Rodríguez Roblero, bajo la dirección de la doctora María Teresa Martínez Martínez. Madrid, 2010.

Sin embargo, no parece que el ordenamiento alemán se haya posicionado, de esta forma, en contra del arbitraje estatutario; la normativa reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada no ha venido incluyendo una limitación a la redacción estatutaria como la prevista para las sociedades anónimas, por lo que, siguiendo la misma interpretación anteriormente expuesta, los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrían incluir cláusulas estatutarias de arbitraje, admitiendo así tal tipo de arbitraje.

4.4. Reino Unido y Estados Unidos

Ambos ordenamientos han venido permitiendo la inclusión de cláusulas de sumisión a arbitraje en los estatutos de las sociedades, sin hacer distinción entre éstas.

Tampoco se imponen diferencias en materia arbitral según el carácter de la sociedad, ya sea abierta o cerrada, ni se regula un régimen para la impugnación de los acuerdos sociales.³⁵

4.5. Panamá

Panamá ha venido admitiendo la posibilidad de incluir una cláusula de arbitraje societario en los estatutos de las sociedades de capital.

Como señala Juan Pablo Fábrega Polleri,³⁶ una vez introducida la cláusula de sumisión a arbitraje, será obligatoria para la sociedad y para todos los socios, presentes y futuros de la misma.

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada. *Op. cit.*

³⁶ FÁBREGA POLLERI, Juan Pablo. *El arbitraje como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónimas panameñas; entre éstos y la sociedad y/o sus órganos sociales*. Panamá: Federación Interamericana de Abogados, 2017.

Más dudas plantea la cláusula introducida en estatutos con posterioridad a la constitución de la sociedad. El ordenamiento panameño ha venido reconociendo a los socios el respeto a sus «derechos adquiridos», cuya modificación exigiría la unanimidad de todos ellos.

Al poder incluirse entre tales derechos el acceso a la jurisdicción, la inclusión de la cláusula de sumisión a arbitraje en un momento posterior a la constitución de la sociedad, requeriría la unanimidad de todos sus socios.

5. CONCLUSIÓN

El arbitraje estatutario presenta aristas. Plantea una serie de retos y cuestiones jurídicas para las que no hay una respuesta unitaria; tampoco una postura doctrinal uniforme.

Las normas reguladoras del arbitraje estatutario son, lógicamente, distintas en las diferentes jurisdicciones, como lo son las respuestas a los principales rasgos problemáticos del mismo.

Los diferentes ordenamientos jurídicos han ido así respondiendo a estas cuestiones sin mantener necesariamente, tampoco, una línea uniforme. La mejor doctrina plantea, igualmente, sus dudas sobre las soluciones adoptadas por estos ordenamientos, pero también sobre las posibles respuestas alternativas.

Ello permite, en mi opinión, dar una respuesta afirmativa a la pregunta incluida en el título del presente artículo: el convenio arbitral inserto en los estatutos de sociedades mercantiles es polémico o, al menos, su inclusión plantea problemas de transcendencia práctica, para los que no hay una única respuesta.

De forma breve, hemos visto las posturas radicalmente encontradas que mantiene la mejor doctrina sobre cuestiones como la posibilidad de un arbitraje estatutario en equidad, o la extensión subjetiva de la cláusula de sumisión a arbitraje estatutario.

No son éstas, sin embargo, las únicas cuestiones que quedan abiertas. Problemas como la impugnación del propio acuerdo por medio del que se incluye en los estatutos sociales la cláusula de sumisión a arbitraje, qué tipos de conflictos societarios son arbitrables y la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje en pactos parasociales o supraestatutarios plantean, igualmente, encendidas polémicas que brindan como respuesta conclusiones alternativas encontradas.

Entiendo que las diferentes posturas doctrinales y legislativas, aun enfrentadas y en ocasiones contradictorias, presentan a rasgos generales un discurso lógico en términos jurídicos.

La posición final adoptada por cada una de aquéllas, sin embargo, no responde, en mi opinión, a estrictas consideraciones jurídicas relacionadas con los problemas que plantea el arbitraje estatutario.

La posición en favor o en contra del arbitraje estatutario, de la imposición de límites al mismo y, en suma, de la extensión, en su caso, de éstos se adopta con base en más amplias consideraciones, más vinculadas en realidad con la posición respecto del arbitraje (partidaria o detractora) que con estrictas consideraciones sobre el arbitraje estatutario.

El arbitraje estatutario es, en suma, una cuestión espinosa, que no escapa a la discusión entre partidarios y detractores del arbitraje, quienes, por la propia naturaleza de aquél, encuentran en este ámbito, campo abonado para sostener sus posiciones respectivas.

6. BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y REFERENCIAS

- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. *La regulación del arbitraje estatuario*. Madrid: La Ley, 2011.
- BALTAY, Matthew C. *Exclusive Forum Bylaws are going mainstream: What's Next, Bylaws Eliminating Shareholder Class Actions?*, 22 abril 2015. *Boston Bar Journal*. <https://bostonbarjournal.com/2015/04/22/exclusive-forum-bylaws-are-going-mainstream-whats-next-bylaws-eliminating-shareholder-class-actions/>.
- CAÍNZOS, José Antonio / David ARIAS. *Un nuevo debate sobre el arbitraje societario*, 30 de junio de 2014. http://cincodias.com/cincodias/2014/06/27/economia/1403894165_044355.html.
- CERES MONTES, José Francisco. *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia n.º 2/2013 de 12 febrero 2013, Rec. n.º 49/2012*. Madrid: La Ley, 7 de diciembre de 2016.
- Club Español de Arbitraje. *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*, 26 de febrero de 2013. www.clubarbitraje.com
- DELGADO BARRIO, Francisco Javier. *Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia n.º 9/2005 de 17 enero 2005, Rec. n.º 6836/2002*. Madrid: La Ley, 9 de diciembre de 2016.
- Dirección General de los Registros y Notariado. *Resolución de 19 de febrero de 1998, 19 febrero 1998*. <http://www.sc.chu.es/dpwlonaal/legislacion/ARBITRAJE%20INTERNO/RESOLUCION%20de%2019%20FEBRERO%201998.htm>.

- DUPONT RIDGELY, Henry. *The Emerging Role of Bylaws in Corporate Governance*, 31 de octubre de 2014.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *La arbitrabilidad de un derecho estatuario de separación por «Justa Causa» en una sociedad anónima. En torno a la STC n.º 9/2005* de 17 de enero de 2005.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Tribunal Superior de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia n.º 16/2013 de 30 de octubre de 2013, Rec. n.º 21/2013*, 7 de diciembre de 2016. Madrid: La Ley.
- FORGAS FOLCH, Jordi Lluís. *Audiencia de Barcelona, Sección 15.ª, Sentencia n.º 121/2014 de 4 de abril de 2014, Rec. n.º 653/2012*, 7 de diciembre de 2016. Madrid: La Ley.
- GREFF MARIANI, Rômulo. *Brazilian Arbitration Law: First Impressions on the Recent Amendment Regarding Bylaw Arbitration Clauses*, 21 de Julio de 2015.
- HARTILIEB, Garry D. «Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses for Shareholder-Corporation Disputes». *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 2014, vol. 4, issue n.º 1. <http://repository.law.umich.edu/mbelr/vol4>.
- LACROIX, Kevin. «Bylaws and Arbitration». *The D&O Diary*, 22 de julio de 2014. <http://www.dandodiary.com/2017/07/articles/director-and-officer-liability/guest-post-bylaws-and-arbitrtion/>.
- MAGRO SERVET, Vicente. *La vinculación de las partes a la existencia del convenio arbitral. Imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Utilización de la declinatoria en estos supuestos*. Madrid: La Ley, enero 2008.
- LIPTON, Ann M. «Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws». *The CLS*

Blue Sky Blog, 18 de marzo de 2015. [Http://clsbluesky.law.columbia.edu/2015/03/18/manufactured-consent-the-problem-of-arbitration-clauses-in-corporate-charters-and-bylaws/](http://clsbluesky.law.columbia.edu/2015/03/18/manufactured-consent-the-problem-of-arbitration-clauses-in-corporate-charters-and-bylaws/).

- LIPTON, Ann M. *Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws*, 2016.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Sentencia n.º 1139/2001 de 30 nov. 2001, Rec. n.º 2415/1996*, 7 de diciembre de 2016. Madrid: Editorial La Ley.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando. «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización» <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/arbitraje-societario-tiempos-globalizacion-441787>.
- ORTEGA BURGOS, Enrique. «Los conflictos societarios y el arbitraje: pasado, presente y futuro». 2011. <http://noticias.juridicas.com>.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitraje estatutario. Estudios sobre el futuro Código Mercantil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2015.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la ley de arbitraje de equidad y separación por justa causa». *Revista del Club Español del Arbitraje*. Madrid: La Ley, primer cuatrimestre 2012, n.º 13.
- PÉREZ BERENGENA, José Carlos. «La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema». Madrid: La Ley, 28 de octubre de 2015.
- PIZARRO MORENO, Eugenio. «Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto». *Revista de derecho patrimonial*. Valencia: Aranzadi, S.A.U., n.º 25/2010-2.

- OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Arbitraje estatutario. Artículo 11 bis*. Cuatrecasas.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel. *Ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de Código Mercantil. Arbitraje estatutario. Estudios sobre el futuro Código Mercantil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Getafe 2015.
- RODRÍGUEZ ROBLERO, Inmaculada. «El arbitraje societario en la nueva Ley de Arbitraje n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma a 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». *Revista de derecho de sociedades*. Valencia: Aranzadi, S.A.U., n.º 37/2011-2.
- SANTOS VIJANDE, Jesús María. «Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sentencia n.º 77/2015 de 2 noviembre 2015». Madrid: La Ley, 7 de diciembre de 2016.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Arbitraje y derecho de sociedades-Capítulo 65*.
- TARRÍO BERJANO, Manuel Gerardo. *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. Libro «Comentarios a la Ley de Arbitraje»* (GONZÁLEZ BUENO, Carlos), 2014.
- *The Reform of the Russian Arbitration Law: The Arbitrability of Corporate Disputes*, 21 de octubre de 2015.
- Tribunal Supremo. *Sentencia n.º 776/2007 de 9 julio 2007*. Valencia: Aranzadi, 9 de diciembre de 2016.
- VAQUER MARTÍN, Francisco Javier. *Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid. Auto de 11 enero 2015, Rec. n.º 726/2014*. Madrid: La Ley, 7 de diciembre de 2016.

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS: CONCEPTO Y CLASES

PATHOLOGICAL ARBITRATION CLAUSES: DEFINITION AND TYPES

*Antonia Magdaleno**

Sumario: 1. «Cláusulas patológicas» y su marco regulador.— 1.1 Su confrontación con la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.— 1.2 La «inidoneidad» que también puede motivar la condición de cláusula arbitral patológica.— 2. Clases de cláusulas patológicas.— 3. Tratamiento a seguir frente a las cláusulas arbitrales patológicas.

Resumen: La detección de patologías en un convenio arbitral guarda una importancia esencial en tanto en cuanto, a la postre, tal examen de suficiencia determinará si aquel convenio arbitral en su día alcanzado entre las partes posee o no la suficiente consistencia y coherencia interna como para poder invocar el mismo. Así pues, a la hora de redactar cualquier cláusula de sometimiento a arbitraje, resulta fundamental saber manejar debidamente todos y cada uno de los requisitos que debe guardar un convenio arbitral, ello en aras de impedir cualquier riesgo interpretativo posterior acerca de su validez (eficacia), o bien, cuanto menos, para evitar su posible «inidoneidad».

Abstract: The ability of distinguishing, dealing with and avoiding so-called pathological arbitration clauses (i.e., due to contradictory or simply bad wording) stands undoubtedly as a key legal issue within arbitration, since such kind of analysis will determine whether or not the arbitration clause agreed upon between the parties may be

* Abogada.

deemed as defective (thus void) or at the very least as an ultimately ineffective or unwanted proceeding.

Palabras clave: Cláusulas patológicas; arbitraje; convenio arbitral; Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; autonomía privada de las partes; forma y contenido de las cláusulas de arbitraje.

Key words: *Pathological arbitration clauses; arbitration agreement; Spanish Arbitration Act; arbitration rules; arbitration clause requirements.*

1. «CLÁUSULAS PATOLÓGICAS» Y SU MARCO REGULADOR

1.1. Su confrontación con la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje

El expresivo vocablo «cláusula patológica» utilizado por la doctrina, con claras reminiscencias al campo de la medicina, se encuentra recogido en el denominado *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*,¹ obra lingüístico-jurídica elaborada entre más de noventa juristas de reconocido prestigio. Es por ello que resulta conveniente, como punto de partida, traer a colación la definición formal allí otorgada para este concepto:

Se utiliza la expresión «cláusulas patológicas» 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.

¹ *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 352.

En el plano sustantivo y procesal del ordenamiento jurídico español, el examen sobre las posibles «patologías» que puede reunir una cláusula arbitral queda supeditado a la luz de todos aquellos requisitos, tanto de forma como de contenido, que con carácter general regula el art. 9 de nuestra Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje («LARB»). Ello, además, sin perjuicio de la propia arbitrabilidad de la materia para que ésta pueda resultar susceptible de arbitraje.

De esta suerte, como primer requisito esencial para la validez (eficacia) de todo convenio arbitral, huelga recordar que la posibilidad de resolver controversias por medio del arbitraje, respecto de aquellas materias de «libre disposición» (art. 2 LARB), las cuales no cabe confundir o equiparar con «derecho privado»² ni con la ausencia de «normas imperativas»,³ no es sino simple manifestación del principio general de autonomía de la voluntad *inter partes* (art. 1255 CC).

Ahora bien, no por ello cabe olvidar que un pacto o convenio arbitral excede de su estricto ámbito (normalmente) contractualista, puesto que —precisamente— la finalidad de las cláusulas arbitrales no es otra que incidir y regular el derecho procesal (léase jurisdiccional) subyacente a la relación jurídico-sustantiva. Dicho con más corrección, una cláusula de sometimiento a arbitraje tiene como objeto constituir un equivalente jurisdiccional, que es como Canelutti⁴ vino a definir al arbitraje.

² Pues, existen materias de derecho privado no disponibles para las partes, así como materias de derecho público que sí lo son. En este sentido, *vid.* ABAJO QUINTANA, José Joaquín. En *AA. VV. Comentarios a la legislación de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009 (BIB 2009\8207).

³ De lo contrario, el arbitraje quedaría reducido a cuotas marginales, puesto que las normas imperativas (p. ej., en materia de consumidores) son la regla general en nuestro derecho.

Así lo advierten VERDERA SERVER, Rafael y Carlos ESPLUGUES MOTA. En *AA. VV. Comentarios a la ley de arbitraje*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 412.

⁴ Expresión igualmente recogida por nuestro Tribunal Constitucional, *vid.* así la sentencia n.º 18/2011 de 3 de marzo de 2011, del Tribunal Constitucional en Pleno (RTC 2011\18).

Advertida así esta doble incidencia e importancia de cualquier convenio arbitral, así como en cuanto a la necesaria arbitrabilidad que debe reunir la materia, como ya se ha dicho, el marco regulador de la LARB exige confrontar el concepto de «cláusula patológica» con lo establecido en el art. 9 LARB; es decir, en relación con aquellos caracteres necesarios que debe guardar un convenio arbitral.

El convenio arbitral se erige como una institución autónoma e independiente, incluso, cuando la pertinente cláusula arbitral se integre dentro del mismo contrato que pretende ser sometido a arbitraje. Este carácter escindible entre ambos componentes jurídicos no es baladí, sino que actúa en un doble sentido: permite la subsistencia del convenio arbitral, aunque la relación principal sustantiva se revelara nula; y, de igual modo, la nulidad o ineficacia del convenio arbitral no conllevaría la nulidad del propio contrato o relación jurídica principal.⁵

De esta manera, ya se cuenta con una primera nota definidora de los efectos de una cláusula arbitral patológica, cual es que tal «patología», en ningún caso, cabría extenderla *per se* respecto de la totalidad de la relación jurídica principal; ello, conforme así se establece más adelante en la propia LARB (art. 22.1).

En lo que se refiere a los requisitos de forma del convenio arbitral, seguidamente recogidos en los arts. 9.2 a 9.5 LARB, y pese a la superación del más riguroso requisito de escritura pública propio de la Ley de Arbitraje de 1953 es, desde luego, factible que (en el hipotético supuesto) la ausencia de todo pacto arbitral por escrito merezca calificarse de cláusula arbitral patológica en su más amplio sentido de reproche. Asimismo, aun en supuestos menos radicales, no cabe ignorar la nota de esencialidad, adicional a los elementos propios del art. 1261 CC (con-

⁵ RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando. En *AA. VV. Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 158.

sentimiento, objeto, causa),⁶ de la que participan los requisitos de forma establecidos por la LARB, por lo que resultaría posible la detección de una patología por razones puramente *ad solemnitatem* en el convenio arbitral.

Dicho lo cual, se ha de advertir que en la práctica forense, la «patología» arbitral se produce, más bien, en relación con aquellos supuestos donde concurre la situación contraria, esto es, donde el contenido de una cláusula arbitral suele aparecer solemnemente, pero literaturizado en exceso, sea ya por sus contradicciones internas o simplemente resultando la cláusula arbitral ininteligible en su conjunto.

El fenómeno de la cláusula arbitral patológica acontece así, fundamentalmente, a la hora de analizar el contenido admisible —cuando no contradictorio— de un convenio arbitral, y ello a pesar del principio antiformalista vigente en la LARB.

Es en este ámbito donde se aprecian la mayor parte de las cláusulas patológicas arbitrales, desde aquéllas más evidentes por su defectuosidad *ab initio* (p. ej., un inasumible pacto de elección de un árbitro por cada parte, cuando ello diera un resultado par y así incompatible con el art. 12 LARB),⁷ hasta aquellas otras cláusulas en un principio válidas, pero sobre las cuales ha acaecido una circunstancia *ex post* sobrevenida que las inutiliza (p. ej., la muerte del árbitro o la desaparición de la institución arbitral designada, sin que en la cláusula exista sustitutivo previsto para tales situaciones).

⁶ Así lo destaca PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. En *AA. VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: La Ley, 2013, p. 353.

⁷ La sentencia n.º 865/2007 de 18 de julio de 2007, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª (RJ 2007\4683), estableció que la previsión de un número par de árbitros, no significa la nulidad del convenio arbitral, ahora bien, dicha resolución judicial fue dictada bajo los parámetros de subsanación previstos en el art. 9.1 de la anterior Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje.

Cuando se trate de contratos de adhesión, a los aludidos requisitos de forma y contenido exigibles a lo largo de la LARB (*vid.*, así sus arts. 2, 9, 12, 13, 15, 17, entre otros) deberán añadirse los propios de la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de contratación, particularmente, sus requisitos de incorporación e interpretación (arts. 5, 6 y 7) allí reglados.

En tales supuestos, al tiempo de determinar la concurrencia de una posible patología sobre la cláusula arbitral objeto de examen, éste deberá conducirse sobre una base interpretativa *contra proferentem* (art. 1288 CC) en detrimento de la parte redactora de la cláusula arbitral no negociada, de suerte que (sólo) gracias a tal interpretación se podría revelar el contenido patológico de la cláusula arbitral.⁸

Cuando —además— resulte aplicable, respecto de dichos contratos de adhesión, la pertinente normativa en materia de consumidores, el imperativo examen de abusividad allí establecido (en especial, su art. 90 del RDL n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007) también deberá predicarse respecto de la propia cláusula arbitral. Nos encontramos, pues, ante una serie de preceptos ajenos a la LARB que; sin embargo, dada cuenta de sus mayores exigencias, pueden terminar por sí solos provocando la apreciación de una patología sobre la cláusula arbitral en cuestión y que, de lo contrario, no se habría producido.

Un aspecto no regulado por la LARB puede darse respecto de la propia capacidad de las partes intervinientes, principalmente, en aquellos supuestos donde participen menores de edad o sujetos incapaces.

Aunque infrecuentes en la práctica diaria, es posible encontrar alguna resolución judicial⁹ decretando la anulación del laudo arbitral (ex

⁸ Sentencia n.º 221/2013 de 16 de diciembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª (JUR 2014\76785).

⁹ Sentencia n.º 34/2011 de 31 de enero de 2011, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8.ª (JUR 2011\127211).

art. 41.1.a) LARB) con base en la ineficacia del convenio arbitral suscrito por un menor de edad no emancipado; y, por ello, en principio, carente de capacidad de consentimiento (art. 1263 CC).

Así pues, deberá estarse a la correspondiente normativa específica —civil o foral— prevista para la tutela del menor de edad (*vid.*, así el art. 271.3 CC que exige al tutor previa autorización judicial), así como en materia de incapacidad total (igualmente sujeta a tutela) e incapacidad parcial o incompleta (sujeta a curatela), en definitiva, a la extensión y límites de la incapacidad declarada (art. 760 de la LEC). En el supuesto de menor de edad emancipado, el art. 323 CC le faculta para pactar un convenio arbitral a salvo de las propias limitaciones sustantivas de este precepto.¹⁰

En suma, es factible que la patología arbitral proyecte su efecto (más gravoso) de invalidez (léase ineficacia), no tanto por razón del contenido del convenio arbitral, sino *intuitu personae* en atención a la capacidad de obrar de las partes firmantes del mismo.

Esta misma proyección patológica personalísima puede concurrir en materia de arbitraje de consumo, cuya *lex specialis* ya se ocupa de invalidar directamente cualquier carácter vinculante, respecto de los consumidores, por razón de aquel convenio arbitral que se hubiere suscrito entre éstos y el empresario «antes de surgir el conflicto» (art. 57.4 del RDL n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007).

Todavía más, puede suceder que esta patología arbitral *intuitu personae* resulte no inicial, sino sobrevenida, por ejemplo, en aquellos supuestos de declaración de concurso y que facultan al juez concursal para suspender los efectos del convenio arbitral en su día suscrito (art. 52.1 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal), siempre que se

¹⁰ Por ejemplo, cuando el convenio arbitral se encontrara vinculado a la relación principal de tomar dinero a préstamo, limitada al menor de edad emancipado conforme a dicho art. 323 CC.

estimara que dicho convenio arbitral puede suponer un perjuicio para el proceso concursal.¹¹

Por último, cuando concurriera un elemento de internacionalidad (*ex* art. 3 LARB) en el correspondiente convenio arbitral, tal elemento adicional comportará un examen patológico separado y que deberá enjuiciarse a la luz del art. 9.6 LARB.

En principio, el triple fuero electivo¹² que recoge dicho precepto parece estar permitiendo, más ampliamente, sustentar la validez del convenio arbitral no sólo o no necesariamente con arreglo a la ley española, sino bastando con su adecuación a las normas de alguno de los distintos ordenamientos jurídicos señalados por el mentado precepto.¹³ Sin embargo, el examen sobre la validez debe quedar al margen de dicha alternatividad de fueros, según defiende ya la mejor doctrina,¹⁴ como también en lo que se refiere a la capacidad de las partes.

¹¹ Para valorar el *perjuicio* al que se refiere el citado precepto concursal, que, además debe exigir una previa petición de suspensión a instancia de parte, deberán examinarse aquellos posibles efectos del convenio arbitral suscrito respecto de la formación de la masa activa y pasiva del sujeto concursado, así como de la mejor posición que (en su caso) dicho sujeto concursado podría ocupar por razón de los arts. 61 y ss. de la Ley Concursal en materia contractual.

En este sentido, YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier. En *AA. VV. Derecho concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 240.

¹² Así lo define la sentencia n.º 5/2012 de 13 de marzo de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (JUR 2012\149509).

¹³ Destacando dicha multiplicidad de referentes legales, TORRALBA MENDIOLA, Elisa. «Sentencia de 15 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8871) Contrato de agencia; acuerdos de sumisión jurisdiccional». *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, n.º 87.

¹⁴ VERDERA SERVER, Rafael y Carlos ESPLUGUES MOTA. *Op. cit.*, p. 503.

1.2. La «inidoneidad» que también puede motivar la condición de cláusula arbitral patológica

De acuerdo con la definición formal de cláusula arbitral patológica, contenida dentro del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, y ya citada al comienzo de este epígrafe, se ha de advertir que tal definición oficialista engloba no solamente aquellos supuestos de ineficacia —fruto de sus patologías— de la cláusula arbitral.

Antes bien, el concepto de cláusula arbitral patológica puede, asimismo, comprender aquellos otros supuestos a la postre igual de frustrantes: cuando el arbitraje convenido resulte ser «no idóneo» para la correcta o eficiente resolución de la controversia principal.

Dígase ya de antemano que, por lo general, serán las propias partes las causantes de la «inidoneidad» del arbitraje como causa de patología y no obstante la validez del convenio arbitral suscrito.

Una primera esfera de simple inidoneidad puede tener lugar por la vía de aspectos circunstancialmente externos a la persona del árbitro o la institución arbitral. Tal sería el caso, a modo de ejemplo, de aquella inidoneidad que derive del lugar o sede del arbitraje, de sus posibilidades de idioma (art. 28 LARB) en supuestos —fundamentalmente— de internacionalidad, de sus posibles costes fijos sin la suficiente consideración a la complejidad o volumen del asunto, e incluso ante la inidoneidad que podría causar (p. ej., por excéntrico) el derecho aplicable en su día pactado por las partes, y al cual se encontrara sujeto el fondo sustantivo de la controversia.

Existe, no obstante, un segundo grado de inidoneidad que puede evidenciarse por razón del propio árbitro convenido. De este modo, cabe referirse a aquellas situaciones en las cuales, el árbitro o la institución arbitral convenida, se revelan como «ineptos» en atención al

objeto de la relación jurídica principal; y, más específicamente, como «inhábiles» para poder procurar desde sus conocimientos la más recta discusión, debate o inteligencia que debería regir la controversia surgida con independencia de su resolución última.

En este sentido, la simplicidad en la que se sitúa el mandato del art. 13 LARB, a la vista de su laxa regulación para poder ser árbitro, provoca una absoluta falta de exigencia a dicho árbitro o institución arbitral de cualesquiera conocimientos o pericias específicas, fueran ya jurídicas o bien al menos respecto de la concreta ciencia reguladora de la relación *inter partes* objeto de arbitraje.

En consecuencia, a salvo de que las partes hubieren tenido la prudencia de prever tales capacidades cognitivas específicas, o en última instancia acordaren unánimemente la remoción (art. 19 LARB) y nombramiento de árbitro sustituto (art. 20 LARB), bien pueden darse multitud de situaciones lamentables en las cuales ni se cuente con, al menos, un experto jurista, ni tampoco con al menos un verdadero perito en aquella materia esencial que constituya el *substratum* de la relación principal sometida al arbitraje.

Ante toda esta relajación en su regulación legal, la pregunta en estos casos se hace evidente: ¿para qué sirvió acudir, entonces, a la institución del arbitraje, si ni jurídicamente ni extrajurídicamente se apreciaría bondad alguna o sentido suficiente a la fundamentación del subsiguiente laudo arbitral?

El fenómeno de la inidoneidad aquí debatido, y que termina por convertir la cláusula arbitral en patológica al menos en un sentido lato, también puede darse por razones completamente ajenas al árbitro, la institución arbitral, su sede, costes o demás circunstancias inherentes al propio funcionamiento del arbitraje.

Ello sucederá, además de cuando traiga causa del derecho aplicable al fondo de la controversia, cuando exista una pluralidad de relaciones jurídicas entre las mismas partes o incluso con terceros sujetos, las cuales guarden entre sí una conexidad tan intensa que resulte imprescindible su enjuiciamiento (sea ya jurisdiccional o arbitral) conjunto.

No es infrecuente encontrarse, en estos supuestos, con una disparidad de cláusulas a la hora de gobernar el fuero e incluso el derecho aplicable, respecto de cada una de aquellas relaciones principales tan sustantivamente conexas entre sí. Para tales casos, cabría invocar la postura doctrinal,¹⁵ admitida jurisprudencialmente,¹⁶ que entiende procedente la extensión de la validez del convenio arbitral respecto de aquellas relaciones jurídicas posteriores, siempre que constituyan un tracto sucesivo de la originaria, a la vista de su unitario *thema decidendi*, y aunque en las mismas ya no se contemplara convenio arbitral alguno.

Sin embargo, cuando en aquellas relaciones (posteriores o coetáneas) coexistan cláusulas no arbitrales o bien arbitrales, pero pese a ello distintas entre sí, en tales supuestos ya no resultará posible su enjuiciamiento unitario con las consecuencias dispares que ello podría provocar entre toda la multitud de actos o negocios jurídicos.

El carácter institucional del arbitraje (art. 14 LARB) tampoco termina por eliminar del todo este riesgo de patología por simple inidoneidad, si bien ciertamente lo reduce, ello gracias al habitual detalle de sus reglamentos, tanto a nivel procedimental como de (mayor) capacidad para poder ser nombrado árbitro.

¹⁵ MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de derecho arbitral*. Madrid: Civitas, 2014, pp. 355 y 356.

¹⁶ Ello amparándose en la *elasticidad* que debe regir la interpretación de los convenios arbitrales, en adecuada relación con su finalidad o *thema decidendi*. *Vid.* así, entre otras, la sentencia n.º 42/2017 de 20 de junio de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (JUR 2017\208711).

Con todo, se han dado supuestos¹⁷ de presumible vicio patológico (por inidoneidad) cuando las partes se someten a arbitraje institucional pensando que dicha sumisión comportaba, en todo caso, un arbitraje de derecho y no de equidad, toda vez que ello puede no resultar así cuando el correspondiente reglamento institucional sólo contemple un arbitraje de equidad. Así se deduce de los arts. 4.b) y 14.2 LARB, por medio de los cuales cabe entender que las partes han autorizado implícitamente —vía remisión al reglamento institucional arbitral— su sometimiento a un arbitraje de equidad (art. 34.1 LARB).

Es por ello que, en aquellos supuestos en los que las partes consideren oportuno hacer uso del arbitraje institucional, resulta altamente recomendable que utilicen las cláusulas tipo o modelo que a tal fin ya facilitan dichas instituciones, con el detalle básico de su funcionamiento, en lugar de acometer una arriesgada redacción *ad-hoc* para idéntica finalidad. Obviamente, es igual de recomendable molestarse en conocer primero los rasgos o virtudes esenciales de tal institución arbitral, antes de someterse voluntariamente a la misma.

2. CLASES DE CLÁUSULAS PATOLÓGICAS

Comoquiera que el concepto de «cláusula arbitral patológica» no puede abarcarse desde una perspectiva hermética o *numerus clausus*, dada cuenta de su amplia definición formal, lo más que se puede es recordar aquellos supuestos más previsibles en la práctica forense.

Así pues, es menester destacar las distintas recopilaciones o listados ya confeccionados entre la mejor doctrina, ello sin perjuicio de los comentarios o referencias adicionales que aquí se dirán:

¹⁷ Sentencia n.º 455/2010 de 22 de noviembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3.ª (AC 2010\2333).

A. Patologías arbitrales recogidas en el propio Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)¹⁸

En el referido listado se encuentran cláusulas tales como, en primer lugar, aquéllas que hacen dudar del propio carácter imperativo en el sometimiento a arbitraje. Suele incurrirse en este tipo de defecto patológico, normalmente, con el uso de expresiones potestativas («las partes podrán someterse al arbitraje [...]»)¹⁹.

Otro potencial vicio patológico puede surgir cuando las partes vinculen su convenio arbitral a ordenamientos jurídicos que no contarán con la debida asistencia judicial, o bien, cuando menos, a los efectos de poder ejecutar el posterior laudo arbitral dictado.

Por otro lado, también cabe apreciar la existencia de un defecto patológico cuando las partes hubieran reflejado una redacción de la cláusula arbitral aparentemente excluyente o parcial, en cuanto a aquellas materias objeto de la relación principal y que han querido someterse a arbitraje. Así, a modo de ejemplo, dicha incertidumbre surgirá cuando la cláusula arbitral sólo haga referencia a controversias derivadas de la celebración del contrato, y no también en cuanto a su fase de cumplimiento o ejecución.²⁰

En cuanto a la posible falta de coordinación entre distintos convenios arbitrales, cuando se esté ante una pluralidad de relaciones ju-

¹⁸ RIVERA, César. En *AA. VV. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 355-357.

¹⁹ Así lo ilustra VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Valencia: Aranzadi, 2009, p. 268.

²⁰ Ejemplo práctico de este tipo de redacción defectuosa ofrece GÓRGOLAS MEDEL, Cristina. «Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa». *Revista Jurídica Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, 2014.

rídicas principales, nos remitimos al epígrafe anterior «1.2» donde ya tratamos este particular supuesto patológico.

En siguiente lugar, también cabe destacar la patología derivada de la falta de definición suficiente o (directamente) por la inexistencia del árbitro o de la institución arbitral nombrada en el convenio arbitral. Esta patología puede traducirse, a la postre, en un supuesto de cosa o servicio imposible (art. 1272 CC); y, por ende, viciar irremediabilmente el propio objeto de la cláusula arbitral.²¹

Tal fue el caso resuelto por la sentencia n.º 114/2009 de 3 de febrero de 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.^a,²² la cual determinó la ineficacia del convenio arbitral suscrito entre las partes, por razón de su «genérica» remisión a «La Corte de Arbitraje» [sic] y del todo insuficiente como para entender superada la exigible designación de un árbitro o institución arbitral.

Otro ejemplo de falta de viabilidad por inexistencia, se resolvió en la sentencia n.º 2/2017 de 26 de abril de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a,²³ en este caso, a la vista de la designación del inexistente «Tribunal Arbitral de Comercio e Industria de Burgos», si bien tal patología pudo ser superada gracias a la voluntad de todas las partes de su subsanación o sustitución por el Colegio de Economistas de Burgos.

La patología de la cláusula arbitral también puede producirse ante un sometimiento parcial a una institución arbitral, es decir, excluyendo expresamente su reglamento, así como ante la ausencia de un sistema de posible sustitución del árbitro (art. 20 LARB).

²¹ Así se interpretó en el auto n.º 473/2007 de 23 de julio de 2007, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a (JUR 2007\356165).

²² (JUR 2009\238631).

²³ (JUR 2017\140437).

Este último supuesto se agravaría ante la hipotética imposibilidad, incluso para la propia designación de tal árbitro, cuando los requisitos elegidos por las partes para poder ser nombrado árbitro, resulten desorbitantes (p. ej., que reúna las titulaciones profesionales de licenciado en derecho y medicina, así como domine con fluidez el inglés, el chino y el italiano).

Un caso particularmente singular, a este respecto, se resolvió en la sentencia n.º 37/2014 de 24 de julio de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª.²⁴ En dicha resolución judicial, se concluyó acertadamente que el convenio arbitral resultaba ser —además de patológico— inválido por la incapacidad (vía arts. 13 ó 14 LARB) del sujeto designado (Banco Popular Español S.A.) para que éste pudiera actuar como árbitro o institución arbitral. Así pues, ello no es sino ejemplo de la conveniencia en que el convenio arbitral cuente, además, con un adecuado sistema de sustituciones.

También se ha suscitado cierta polémica en la praxis cuando las partes utilizan, en su convenio arbitral, específicas referencias a determinadas leyes arbitrales, luego derogadas al tiempo de plantearse la controversia, si bien ello no debe implicar la ineficacia del convenio arbitral, como ya ha tenido ocasión de advertir nuestro Alto Tribunal.²⁵ En tales supuestos, pese a la patología por inidónea que podría causar un cambio sustancial en la ley de arbitraje querida, el principio de conservación del convenio arbitral (*favor arbitri*) debe prevalecer; y, por tanto, la solución pasa por «actualizar» *ope legis* la remisión contenida en un convenio arbitral al posterior derecho aplicable (p. ej., la referencia genérica a la

²⁴ (RJ 2014\4335).

²⁵ Sentencia n.º 284/2007, de 6 de marzo de 2007, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª (RJ 2007\1535).

En igual sentido, más recientemente, *vid.* sentencia n.º 4/2016 de 27 de octubre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (JUR 2016\259481).

anterior Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, debe entenderse por realizada a la actual LARB).

Finalmente, dentro del listado de cláusulas patológicas recogido por el diccionario, es de interés destacar la indebida o confusa utilización de las llamadas *step clauses*, las cuales combinan escalonadamente las instituciones de la mediación y el arbitraje. Este tipo de patología concurrirá cuando dicho escalonamiento no haya sido individualizado en etapas o fases, adecuadamente, para así poder saber en qué momento finaliza la mediación y cuándo comienza el arbitraje.

B. Otros supuestos ya ejemplificados por parte de la doctrina

Merece especialmente destacar a Rodríguez Prieto,²⁶ quien tiene a bien calificar de patológicas aquellas cláusulas arbitrales excesivamente escuras, cuyo exponente más drástico consiste en las llamadas cláusulas blancas (p. ej., «Las controversias del contrato se resolverán por medio de arbitraje»), cuando nada más precisan respecto del pretendido convenio arbitral. Este tipo de cláusulas demuestran su patología por cuanto resultan por sí mismas insuficientes como para determinar la configuración del procedimiento arbitral a seguir, de suerte que las partes de mutuo acuerdo, o en su defecto, la autoridad judicial, deben «completar» *ex post* su contenido.

Otro interesante ejemplo expuesto por el citado autor consistiría en la «difícil» coexistencia entre una cláusula arbitral con la elección de un foro jurisdiccional. Estos casos, cuando resulten incompatibles por confusos o poco definidos, deben resolverse por mor de las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil, si bien la pauta de la interpretación literal (art. 1281.I CC) directamente quedaría descartada como «punto de llegada» del fenómeno interpretativo, entrando

²⁶ RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando. En *AA. VV. Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 180-182.

así en juego subsidiario los arts. 1282 a 1289 CC para poder juzgar la intención de las partes.²⁷

Un ejemplo particularmente llamativo por estricto, respecto de este tipo de cláusulas mixtas o híbridas, fue resuelto en el auto n.º 24/2017 de 25 de enero de 2017, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a²⁸ ante la siguiente redacción con la que concluía el convenio arbitral: «[...] la cuestión se determinará por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Murcia». La citada resolución judicial se decantó por la ineficacia de dicho convenio arbitral por su falta de carácter exclusivo y excluyente en términos inequívocos, lo cual no es sino una doctrina jurisprudencial arraigada al amparo de la anterior Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje (*vid.*, su art. 5.1) que así lo establecía.

Con la actual LARB, es innegable que se ha producido una relajación semántica con respecto a tal carácter inequívoco, expresión que ya no aparece, por lo que debería predicarse una consiguiente relajación a la hora de enjuiciar la validez de este tipo de patologías, ello en el bien entendido sentido de que tales cláusulas sean interpretadas en el seno de los arts. 1282 a 1289 CC, y no automáticamente invalidadas.

En suma, ante la hipotética coexistencia de cláusulas (fuera ya en una sola o en varias separadas) de sumisión a arbitraje y de jurisdicción, en función de la intención de las partes —enjuiciable caso por caso— bien podrá resolverse la primacía de la cláusula de sometimiento jurisdiccional en detrimento de aquella otra arbitral (p. ej., así se hizo en la sentencia n.º 182/2008 de 18 de diciembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3.^a),²⁹ o bien podrá estimarse que la cláusula arbitral —pese a su innegable patología— debe subsistir a pesar de tal incoheren-

²⁷ En cuanto al citado orden de aplicabilidad de los principios interpretativos ex arts. 1281 a 1289 CC, puede destacarse la sentencia n.º 506/2016 de 20 de junio de 2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a (RJ 2016\3604).

²⁸ ID Cendoj 43148370012017200018.

²⁹ JUR 2009\115048.

cia (p. ej., así se determinó en la sentencia n.º 62/2009 de 10 de febrero de 2009, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª).³⁰

Debemos continuar refiriendo como «difícil», pero no «imposible», la viabilidad en términos de validez de los convenios arbitrales híbridos, incluso en aquellos casos en que dicho carácter híbrido tuviera su origen en el derecho potestativo de elección (jurisdicción o arbitraje) que se dispusiera en favor de una sola de las partes (*unilateral option clauses*). En el ámbito jurisprudencial español, viene siendo referente de la admisibilidad de este tipo de cláusulas híbridas (por potestativas) la sentencia n.º 147/2013 de 18 de octubre de 2013, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª,³¹ si bien con anterioridad ya existía algún pronunciamiento jurisprudencial en la misma línea.³²

Por su parte, cuando el convenio arbitral combinara, además, elementos de internacionalidad, véase así por razón de la sede o lugar de tal arbitraje, fuera de nuestras fronteras, debe, cuando menos, estarse ad *cautelam*, a resultas de cada respectiva tendencia jurisprudencial; siendo así este particular tipo de *unilateral option clauses* admitidas en Inglaterra y Gales (*Mauritius Commercial Bank Ltd. vs. Hestia Holdings Limited & Another* [2013]),³³ y, sin embargo, careciendo de validez en el ámbito jurisprudencial de Rusia (*CJSC Russian Telephone Company vs. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Rus LLC*),³⁴ así como de Francia (*X vs. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe*).³⁵

³⁰ JUR 2009\191402.

³¹ JUR 2013\254923.

³² Sentencia n.º 618/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª (JUR 2012\26837).

³³ [2013] EWHC 1328 (Comm.).

³⁴ Resolución judicial citada por SCHAUER Martin y Bea VERSCHRAEGEN. *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*. University of Viena, 2017, p. 568.

³⁵ Resolución judicial citada por SERIKI, Hakeem. «Injunctive relief and international arbitration». *Informa Law*, 2015, p. 10.

Al hilo del posible carácter internacional que el convenio arbitral puede guardar (art. 3 LARB), es, asimismo, de interés plantearse (a modo de potencial problemática patológica), la inevitable antinaturalidad que resultaría en el supuesto de que el derecho aplicable elegido por las partes no coincidiera con aquel patrio del lugar del arbitraje. Aun siendo ello, en principio, admisible (art. 34.2 LARB), ciertamente podría provocar la imposibilidad en el ejercicio de las funciones arbitrales a la que se refiere el art. 19 LARB, o cuanto menos, mermarlas notablemente en términos de inidoneidad patológica.

A todo este respecto, de nuevo es de interés traer a colación la jurisprudencia existente en derecho comparado, pudiendo destacar en el ámbito inglés el precedente *Arsanovia Ltd. and Others vs. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012],³⁶ el cual admitió que en el lugar de arbitraje convenido (Londres), la controversia fuera resuelta con arreglo al derecho indio. En cualquier caso, huelga insistir en que tal superación sobre la propia validez del convenio arbitral, no eliminaría su potencial riesgo de inidoneidad patológica, derivado, simple y llanamente, del más difícil manejo de un derecho aplicable foráneo.

3. TRATAMIENTO A SEGUIR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS

Las diversas facultades de que disponen cualquiera de las partes afectas, para poder invocar la existencia de una cláusula arbitral patológica, se encuentran supeditadas a dos premisas previas.

En primer lugar, y como ya resulta propio del espíritu autonomista que guarda el arbitraje, el art. 6 LARB viene a configurar una suerte de carga procesal que sanciona con la pérdida de la facultad impugnatoria³⁷ del

³⁶ EWHC 3702.

³⁷ Sentencia n.º 3/2015 de 19 de junio de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (AC 2015\1569).

convenio arbitral a quien no la denunciare en plazo. La única excepción a dicha carga, admitida por la jurisprudencia,³⁸ se encuentra en el ámbito del arbitraje de consumo, cuando el consumidor actúe sin dirección letrada, siendo así que sólo entonces no cabe imponerle la severidad de los efectos del art. 6 LARB en atención a su condición de lego en derecho.

Por lo demás y, como regla general, aquella patología susceptible, incluso de provocar la invalidez (ineficacia) del convenio arbitral, puede verse remediada por la simple inacción de las partes en cuanto a su oportuna denuncia.

Una segunda premisa a tener en cuenta, en el contexto específico de las patologías arbitrales, descansa en el ya advertido supuesto de que la cláusula arbitral patológica provoque el (menor) efecto de la simple «inidoneidad» del arbitraje designado, supuestos éstos a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos en el epígrafe «1.2» del apartado «1.» de este capítulo. En tales casos, no es predicable remedio alguno —más allá de cualquier hipotético acuerdo novatorio unánime entre las partes— puesto que la patología no guardaría la suficiente intensidad como para comportar la ineficacia del convenio arbitral.

A. La inviable pretensión autónoma de nulidad del convenio arbitral

La acción (pretensión) de nulidad del convenio arbitral como cuestión sustantiva de fondo, interpuesta ante el orden jurisdiccional que se considere objetivamente competente para ello, carece de una finalidad (interés legítimo) por sí misma como para su formulación de manera aislada o autónoma, es decir, respecto de las pretensiones derivadas de la relación principal habida entre las partes.

³⁸ Sentencia n.º 60/2016 de 6 de octubre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (AC 2017\443).

Éste fue el caso singularmente resuelto mediante auto de 16 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.^a³⁹ En particular, tal y como exhorta la citada resolución judicial, «por más que la actora pretenda en su demanda que la sentencia declare la nulidad del convenio arbitral, no podrá impedir que la parte demandada plantee un incidente de declinatoria por corresponder a los árbitros el conocimiento del asunto en virtud de un negocio de sumisión a arbitraje [...]», lo cual cabe identificar con la excepción por declinatoria (art. 63 y ss. LEC) que por la parte contraria podrá suscitarse con arreglo al art. 11 LARB. Es más, ante la falta de ejercicio de dicho incidente de declinatoria, entraría en juego el ya comentado art. 6 LARB de renuncia de tal facultad impugnatoria y consiguiente sometimiento tácito al orden jurisdiccional.

En consecuencia, la sola pretensión de nulidad del convenio arbitral, terminaría por derivar en una especie de *reductio ad absurdum*, toda vez que la parte que considere inválido dicho convenio arbitral, no precisa de su previa declaración de nulidad. Antes bien, le bastará con ejercitar sus pretensiones principales directamente ante el orden jurisdiccional que considere competente, ignorando así la susodicha cláusula arbitral patológica; y, en su caso, quedando las partes a resultas de la validez del convenio arbitral a través del procedimiento de declinatoria; ello, sin perjuicio, de que la contraparte pueda aceptar tácitamente el sometimiento jurisdiccional promovido.

B. Los remedios previstos ad intra en el procedimiento arbitral

Puede suceder que sea el procedimiento arbitral el primero en ser promovido, lo cual impone a aquella parte que se oponga a la validez del convenio arbitral a manifestarlo debidamente según le exige el art. 22.2 LARB, a más tardar, al tiempo de contestar a la demanda arbitral (art. 29 LARB).

³⁹ JUR 2010\245040.

De nuevo debe calificarse de carga procedimental esta aparente potestad, más que como derecho, puesto que su inacción comportará el efecto sancionador de la pérdida de facultades impugnatorias según el ya referido art. 6 LARB. Se produce así un inevitable efecto preclusivo en el ejercicio de dicha posible impugnación del convenio arbitral, sin que el mismo resulte subsanable de forma *ex post*, por ejemplo, en un posible trámite de audiencia posterior. Así se resolvió, entre otras, en la sentencia n.º 27/2013 de 8 de mayo de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª,⁴⁰ «ni en el escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, ni en la contestación a la demanda el demandado alegó excepción alguna respecto al objeto del arbitraje, ya que esto sólo se efectuó, posteriormente; y, en primer lugar, en la audiencia celebrada el día 14.02.12, esto es, con posterioridad a la contestación. Lo anterior contraviene lo establecido en el apartado 2 del artículo 22 de la ley, por lo que se entiende que el demandado aceptó la competencia del árbitro para las cuestiones ventiladas».

Resulta, asimismo, de interés traer a colación el alcance de la facultad judicial prevista en el art.15.5. LARB, en esencia, aquélla consistente en que el tribunal pueda «rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral». Esta facultad judicial solamente tendrá lugar cuando las partes soliciten su expreso auxilio, en aras de obtener el nombramiento judicial de un árbitro o de las medidas necesarias para ello, a falta de acuerdo entre las partes para su designación.

Advertido lo cual, debe precisarse que la aparentemente desorbitada facultad del referido art. 15.5 LARB, además carente de recurso posterior (art. 15.7 LARB), se encuentra constreñida a aquellos supuestos excepcionales de inexistencia documental. En palabras de la sentencia n.º 21/2017 de 21 de marzo de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª,⁴¹ «el juez sólo debe desestimar la petición

⁴⁰ JUR 2014\261305.

⁴¹ AC 2017\480.

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».

Por el contrario, tan limitado examen no puede llevar consigo pre-juzgar cualquier análisis sobre la validez del convenio arbitral, más allá de dicha primera verificación documental de mínimos. Así pues, como bien concluye la referida sentencia, este somero análisis no puede pre-juzgar «la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia».

C. *El principio de «kompetenz-kompetenz»*

Sin perjuicio de la carga procedimental de parte referida en el apartado anterior, según se deduce del art. 22.2 LARB en conexión con el efecto sancionador de la pérdida de la facultad impugnatoria del convenio arbitral (art. 6 LARB), lo cierto es que la institución de la competencia permite —en todo caso— su examen de oficio en lo que se refiere a posibles patologías arbitrales derivadas de dicha cuestión competencial.

A tal fin sirve el consabido art. 22.1 LARB, que así recoge el principio alemán traducible como «competencia de la competencia», y que no es otra cosa que facultar a los árbitros para que puedan examinar —en primer lugar— si resultan o no competentes para resolver sobre la controversia que les ha sido planteada.

¿Cuál es el alcance de materias susceptibles de examen al amparo del citado art. 22.1 LARB? Junto con el propio y primordial examen sobre dicha competencia, se ha de señalar que no es ésta la única materia susceptible de revisión al amparo de dicho precepto. En este sentido, resulta de sumo interés el listado de excepciones que recoge Gisbert

Pomata⁴² y que a la postre impedirían una resolución sobre el fondo de la controversia, a saber (destacamos algunas):

1. Falta de competencia.
2. Posible invalidez o inexistencia del convenio arbitral.
3. Caducidad del convenio arbitral.
4. Prescripción de la acción que sustancia el fondo de la controversia.
5. Existencia de conciliación o transacción.
6. Existencia de sentencia judicial dictada ya en relación con la controversia.

El debate sobre el alcance del art. 22.1 LARB también puede discurrir en sede jurisdiccional, es decir, en el ámbito del incidente de declinatoria, en su caso planteado, ex arts. 11 LARB y 63 LEC.

Bajo este contexto, es imprescindible hacer referencia a la sentencia n.º 409/2017 de 27 de junio de 2017, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª,⁴³ en la cual nuestro Alto Tribunal se decanta por la denominada «tesis débil» del principio *kompetenz-kompetenz*.

En la llamada «tesis fuerte» de este principio, se ha venido argumentando que el órgano judicial debería limitarse a realizar un análisis meramente superficial dentro del incidente de declinatoria, quedando así éste circunscrito a poco más que corroborar la propia existencia del convenio arbitral; toda vez que sólo si se ejercitara una posterior acción de anulación del laudo arbitral (art. 41 LARB) es cuando, entonces sí, el órgano jurisdiccional podría resolver (revisar) sobre la competencia en su día asumida por los árbitros ex art. 22.1 LARB.

Sin embargo, como ya se ha dicho, con base en la «tesis débil» el Tribunal Supremo se ha manifestado partidario de que sea en el propio

⁴² GIBBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Valencia: Aranzadi, 2015, p. 167.

⁴³ RJ 2017\3021.

incidente de declinatoria planteado, sin necesidad de aguardar al ulterior ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral, cuando resulte posible que el órgano jurisdiccional realice un «enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral». Por consiguiente, la desestimación de tal incidente de declinatoria comportará la plena consideración de que el convenio arbitral, en su día suscrito, resulta válido.

Razones de economía procesal y de mejor seguridad jurídica avalan la posición mantenida por el Tribunal Supremo, toda vez que el peregrinaje procesal al que se expone la «tesis fuerte» resulta excesivo en atención al interés legítimo de las propias partes interesadas. Por lo demás, el procedimiento incidental ya cumple adecuadamente con el debido principio de contradicción entre las partes (art. 65 LEC); y, además, su pronunciamiento desestimatorio es susceptible de recurso en reposición y posterior apelación, en su caso (art. 66.2.II LEC).

D. ¿Litispendencia o prejudicialidad por arbitraje?

Conforme viene diferenciándose pacíficamente entre la doctrina procesalista, tres son los requisitos⁴⁴ exigidos para que se produzca el fenómeno de la litispendencia: la identidad de partes o identidad subjetiva, la identidad del objeto o identidad objetiva; y, por último, la pendencia de procesos con idéntica *causa petendi*, entendiéndose por «proceso» desde la admisión de las pertinentes demandas (art. 410 LEC) y siempre que el primero de ellos deba finalizar con efectos de cosa juzgada.

Por el contrario, cuando falte la identidad de objeto antes reseñada, de suerte que sólo se esté ante procesos tal vez incompatibles entre sí (por su conexidad o potencial afectación mutua), pero no estrictamente idénticos, en tal caso, la litispendencia cede en favor de la figura de la prejudicialidad civil («litispendencia impropia»).

⁴⁴ *Vid.*, por todos, auto de 3 de febrero de 2015, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a (JUR 2015\82977).

Así las cosas, cabría plantearse la posibilidad de aplicar una u otra figura dentro del posible conflicto que pudiera surgir entre aquel derecho de acción ejercitado ante el orden jurisdiccional y un procedimiento de arbitraje, cuando ambos concurren de forma simultánea.

En este sentido, destaca como solitario defensor de utilizar la institución de la prejudicialidad civil el remoto auto n.º 148/2003 de 26 de mayo de 2003, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.^a,⁴⁵ el cual termina textualmente su fundamentación afirmando que «el resto de peticiones de las partes que no fueran objeto de acumulación, deberían permanecer suspendidas, en tanto no se resuelva definitivamente aquella pretensión por el árbitro, pues en definitiva existe prejudicialidad de aquel procedimiento respecto de éste (art. 43 LEC)». De este razonamiento, aunque falto de mayor extensión, se colige una aparente potestad para hacer uso del art. 43 LEC entre un proceso judicial civil y un procedimiento arbitral.

Así y todo, aquella fundamentación, además, realmente efectuada *obiter dicta*, decae ante su simple falta de todo apoyo normativo, tanto a tenor de lo establecido en el art. 43 LEC, que exige estar ante auténticos procesos promovidos bajo el orden jurisdiccional civil, así como porque ni tan siquiera el planteamiento de declinatoria (a diferencia del art. 64 LEC), llevaría consigo efecto suspensivo alguno respecto de «la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales» (art. 11.2 LARB). De lo anterior se infiere que ni tan siquiera por razones de litispendencia, más gravosas que aquéllas propias de la prejudicialidad, el art. 11.2 LARB, impide el inicio o continuación del arbitraje.

Esta imposibilidad técnica de invocación, tanto respecto de la litispendencia como de la prejudicialidad civil, entre arbitraje y jurisdicción, ha sido reconocida en la sentencia n.º 4/2013 de 10 de octubre de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala

⁴⁵ JUR 2003\233515.

de lo Civil y Penal,⁴⁶ recordando ésta a tal fin que «no viene contemplada la suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad, a diferencia de lo previsto entre dos procedimientos ante la jurisdicción ordinaria». De igual modo, en lo que se refiere a la figura de la litispendencia, se resalta en dicha resolución judicial, cómo es, incluso, «clarificador» que el legislador, lejos de acordar la suspensión del proceso arbitral (por litispendencia), establezca su continuación conforme al ya referido art. 11.2 LARB.

En definitiva, no resulta dable que la concurrencia de una cláusula arbitral patológica quede amparada bajo el efecto suspensivo de la litispendencia, o bien siquiera por prejudicialidad entre el orden jurisdiccional civil y el proceso arbitral.

E. La acción de anulación ante la invalidez o inexistencia del convenio arbitral

Debe dejarse a un lado la vieja distinción civilista (más propia de la doctrina francesa) entre las categorías de «inexistencia» e «invalidez» del acto nulo, pues el uso de ambas expresiones por parte del legislador en el art. 41.1.a) LARB, no obedece a esta discusión.

Más sencillamente, la cuestión se centra en que mediante el cauce procedimental de la acción de anulación se faculta al sujeto legitimado para que, en última instancia, pueda promover la cuestión sobre las posibles patologías de su convenio arbitral. Esta potestad, sin duda, resulta un privilegio *per se*, pues, a fin de cuentas, no cabe ignorar el limitado carácter *numerus clausus* o restrictivo⁴⁷ de aquellos motivos contenidos en el art. 41 LARB.

⁴⁶ JUR 2013\329603.

⁴⁷ Sentencia n.º 6/2017 de 28 de julio de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (AC 2017\880).

En efecto, pese a dicho carácter tasado en las *causas petendi* admisibles para sustentar la acción de anulación, y a pesar de la superación previa que ya habrá tenido lugar por parte de los árbitros en el examen respecto de la validez del convenio arbitral (art. 22.1 LARB), el legislador ha considerado oportuno que un órgano jurisdiccional revise cuestión tan elemental como lo es si el convenio arbitral padece o no de una patología, al punto de que ésta pueda comportar su ineficacia.

Dada cuenta del carácter excepcional que presenta la acción de anulación, esto es, asemejándose más bien al tipo de recursos extraordinarios (p. ej., casación) que a aquellos otros que permiten una revisión plena o *ex novo* sobre el fondo del asunto (p. ej., apelación),⁴⁸ es claro que la consecuencia (carga) procesal para la parte por no haber excepcionado debidamente (art. 22.2 LARB) la invalidez del convenio arbitral, significará, también en sede del art. 41 LARB, la pérdida de tal facultad impugnatoria (art. 6 LARB) a tales efectos, y por razón del efecto preclusivo propio del art. 22.2 LARB, e incluso por razón del art. 39 LARB.⁴⁹

Cuando la patología del convenio arbitral radique en la falta de arbitrabilidad (art. 2 LARB) de la materia, el principio de especialidad obliga a que dicha causa de pedir se articule al amparo del más específico art. 41.1.e) LARB que así la prevé.

⁴⁸ No cabe equiparar la acción de anulación del art. 41 LARB con la mayor amplitud de revisión que presenta un recurso de apelación, ello según se argumenta en la sentencia n.º 335/2005 de 12 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª (AC 2005\1499).

⁴⁹ Así se resolvió correctamente en la sentencia n.º 252/2009 de 5 de junio de 2009, de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 1.ª (JUR 2010\160464). En igual sentido, *vid.* sentencia n.º 268/2006 de 26 de mayo de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª (JUR 2006\289066).

En igual sentido y contundencia, por parte de la doctrina, merece destacar a BARONA VILAR, Silvia. En *AA. VV. Comentarios a la ley de arbitraje*. Valencia: Aranzadi, 2011, pp. 1667-1670.

Por el contrario, la causa de anulación fundada en la contrariedad al orden público del laudo arbitral (art. 41.1.f) LARB), a la vista de su carácter ya de por sí excepcionalísimo, en tanto que tal contrariedad exige una trascendencia constitucional,⁵⁰ no es susceptible de ser utilizada con base en la existencia de una cláusula arbitral patológica. En este sentido, la sentencia n.º 2/2017 de 24 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª,⁵¹ ya tuvo ocasión de advertir oportunamente que el art. 41.1.b) LARB participa de un carácter negativo en su utilización, es decir, que el mismo no podrá ser invocado por un motivo de anulación que ya pudiera estar comprendido en el resto de apartados o causas del mismo art. 41 LARB.

⁵⁰ Sentencia n.º 9/2014 de 14 de julio de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª (JUR 2015\221215).

⁵¹ TOL 5.986.652.

EL CONVENIO ARBITRAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Lidia Moreno Blesa**

Sumario: 1. Cuestiones previas.— 2. Precisiones terminológicas.— 3. Autonomía o separabilidad del convenio arbitral.— 4. Validez del acuerdo de arbitraje.— 4.1. Acuerdo por escrito.— 4.2. Carácter de la relación jurídica.— 4.3. Materia arbitrable.— 4.4. Acuerdo nulo, ineficaz o inaplicable.— 4.5. Cláusulas especiales.— 5. Consideraciones finales.

Resumen: El objetivo de las reflexiones que se exponen en el presente trabajo, es acercar al operador jurídico algunas de las peculiaridades que presenta la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial transnacional desde la perspectiva del derecho internacional privado. Son, básicamente, los aspectos relativos a la validez del convenio arbitral los que centrarán nuestro análisis, desde el momento en que los mismos pueden permitir o impedir la resolución extrajudicial. En efecto, el arbitraje no puede ser posible, si las partes implicadas en la controversia no se encuentran obligadas por el preceptivo acuerdo, lo que convierte a este último en pieza clave del entramado arbitral. Pero, antes de adentrarnos en el análisis de los requisitos que se exigen a la cláusula compromisoria para que despliegue todos sus efectos, abordaremos, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas, que puedan aclarar la verdadera naturaleza de la figura en cuestión. Pasaremos, después, al análisis de la autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal, en

* Doctora en derecho y profesora titular de derecho internacional privado en la UEM.

tanto y en cuanto, se considera un aspecto clave para que la decisión sobre la existencia o inexistencia del segundo, no arrastre al primero y acabe impidiendo la posibilidad de arbitrar. A continuación, nos detendremos en la validez del acuerdo arbitral, donde se tendrán en cuenta, tanto los aspectos de forma como de fondo que se requieran cumplir, para que lo convenido en materia de arbitraje produzca la eficacia deseada. Luego se aludirá a la problemática que plantean algunas cláusulas especiales, como son los arbitrajes multiparte y multicontrato, así como la dificultad de interpretar la cláusula patológica. Para terminar con unas consideraciones finales que permitan identificar algún apunte relevante al que hayamos podido llegar después de haber realizado el estudio pertinente.

Abstract: The main goal of this work is to give to the legal operator some of the singularity that the arbitration clause presents in transnational commercial arbitration from the perspective of Private International Law. The validity of the arbitration agreement will center our analysis, because it can allow or prevent the extrajudicial resolution. Indeed, arbitration is not possible, if the parties involved in the dispute are not bound by the arbitration agreement, which makes the latter a key piece of the arbitration framework. In the first place, we will address some terminological details, which may clarify the nature of this figure. Then, we will go to the analysis of the autonomy or separability of the arbitration clause with respect to the main contract. Next, we will bear in mind the validity of the arbitration agreement, which will take into account both formal and substantial requirements. After that, we will refer to the problem of some special clauses, such as multi-party and multi-contract arbitrations, as well as the difficulty of interpreting the pathological clause. To finish with some conclusions about the object of the study.

Palabras clave: Autonomía o separabilidad del convenio arbitral, derecho internacional privado, validez del acuerdo, arbitrajes multiparte y multicontrato, cláusulas patológicas.

Key words: Separability of arbitration clauses, private international law, arbitration agreement validity, multi-party and multi-contract arbitration, pathological arbitration clauses.

1. CUESTIONES PREVIAS

Las relaciones jurídicas entre particulares con elemento extranjero constituyen el objeto de las normas reguladoras del derecho internacional privado. Ello supone que la interacción entre las personas físicas y/o jurídicas debe conectarse con las normas de varios ordenamientos para que la regulación de tráfico jurídico externo pueda ser tomada en consideración. Se trata de ofrecer a los sujetos del derecho, que llevan a cabo actuaciones jurídicas de naturaleza privada y de carácter internacional, la normativa apropiada para resolver sus controversias relativas al *forum* y al *ius*. En concreto y por lo que respecta al ámbito procesal, la resolución alternativa de litigios a través del arbitraje comercial internacional es la vía más garantista y efectiva en comparación con la tradicional protección que dispensan los tribunales. Efectivamente, es sobre todo en el contexto internacional, donde el arbitraje se impone como la fórmula habitual de arreglar las disputas entre los particulares, ya que con el recurso a la vía extrajudicial se incrementa la autonomía y el control sobre el proceso.

Es evidente que, en las controversias transfronterizas, una parte no va a querer aceptar someterse a la jurisdicción de los tribunales de la otra y viceversa, porque cada uno de ellos teme la ventaja que pudiera llegar a desplegar el tribunal local para el que le corresponda. En consecuencia, el arbitraje ofrece un foro más neutral, donde las partes van a poder estimar que sus pretensiones tendrán una valoración justa. Además, la flexibilidad que caracteriza a este mecanismo de resolución de controversias para poder adaptar el procedimiento a las necesidades de las partes y la posibilidad de seleccionar a los árbitros en base a sus conocimientos especializados sobre el objeto del litigio, hacen del arbitraje un sistema extrajudicial particularmente atractivo.

Se constata, pues, que el arbitraje constituye un fenómeno ajeno a las fronteras que, involucrando a partes de diferentes Estados, brinda una ventaja adicional a las mismas a través del trato equitativo que se les dispensa para la resolución de sus controversias. En efecto, la imparcialidad que proporciona el arbitraje es una de sus mayores virtudes, ya que los comerciantes desconfían del trato dispensado por el Poder Judicial, cuando acceden a los tribunales en calidad de litigantes extranjeros. De tal forma que la práctica demuestra hoy, en términos generales, un incremento sin precedentes del arbitraje privado en el ámbito del derecho de los negocios internacionales, lo que permite afirmar, a este respecto, que más del 90% de los contratos internacionales incluyen cláusulas de arbitraje. En este impulso inusitado que ha experimentado esta institución, las asociaciones profesionales han tenido un especial protagonismo al orientar a sus miembros en la dirección más adecuada para que la solución de sus diferencias sea ágil y eficaz, en función de las circunstancias concretas del tipo contractual; y, por ende, litigioso.¹

Ahora bien, cuando las partes acuerdan someter sus disputas al procedimiento arbitral, están desistiendo de su derecho a hacer uso de la vía jurisdiccional, lo que supone aceptar que sus controversias sean resueltas privadamente y fuera del sistema judicial. Por lo tanto, el convenio arbitral constituye la renuncia de un importante derecho, esto es, que el litigio se solucione por los tribunales, y al mismo tiempo genera otros nuevos. Para ilustrar esto último, puede hacerse referencia a las decisiones que las partes pueden adoptar en su acuerdo de arbitraje y que suelen aludir a las reglas que regulan el procedimiento arbitral, a la sede

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». En FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., R. ARENAS GARCÍA y Miguel DE ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. Iustel 2016, 5.^a edición, pp. 652, 653 y 669. Especifica también este autor que, dada la diversidad posible de decisiones sobre una misma cuestión jurídica, las cláusulas compromisorias suponen la unificación de la doctrina, de manera que no es raro encontrar expresiones como «arbitraje Uncitral», «arbitraje Fidic», «arbitraje CCI», «arbitraje CIMA», o «arbitraje AryME», altamente expresivas de la usualidad de este tipo de solución de controversias en los contratos de ingeniería civil y en los fletamentos marítimos, respectivamente.

del arbitraje, al idioma de las actuaciones arbitrales, al derecho que lo rige; y, frecuentemente, a los árbitros que deben decidir la solución del conflicto. En definitiva, el acuerdo de arbitraje otorga a los árbitros el poder para decidir la solución del problema jurídico en cuestión y delimita el ámbito de dicho poder, por lo que podría decirse que las partes crean su propio sistema privado de justicia.²

Ahora bien, dicho sistema privado de justicia no está exento de regulación legal.³ Muy al contrario, el arbitraje se gobierna por una estructura normativa que tiene como punto de partida el convenio arbitral. Este último se considera la pieza clave de todo el entramado de aspectos jurídicos que disciplinan el proceso de resolución extrajudicial. Hasta tal punto ello es así que, si la cláusula compromisoria resulta invalidada, el derecho aplicable al arbitraje deviene irrelevante, por la inexistencia de base legal para arbitrar. Pero, una vez que ha quedado acreditada la existencia del

² *Vid.*, al respecto, MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008, p. 17. Además, se indica que, frecuentemente, el convenio arbitral se contiene en el clausulado de los contratos comerciales que puedan celebrar las partes y que, por lo tanto, proporciona una vía para resolver el litigio en el caso de que la controversia llegue a surgir. Ahora bien, en el caso de que las partes no hayan incluido el convenio arbitral en el contrato en cuestión y el conflicto se produzca, en ese momento se podría plantear el sometimiento al arbitraje, si ambos sujetos están de acuerdo en ello. Esta posibilidad se conoce, generalmente, como acuerdo de sumisión y es menos frecuente que la cláusula de arbitraje en los contratos, ya que una vez que la disputa surge, las partes están menos dispuestas a entenderse. Por lo que se considera más recomendable, si el arbitraje quiere convertirse en una opción para resolver el litigio, que las partes lo decidan al comienzo de su relación jurídica, cuando todavía la relación no está dañada entre ellas.

³ Desde hace varios años, existen distintas posiciones doctrinales respecto al carácter transnacional o territorial del arbitraje internacional. En este sentido, dotar de carácter transnacional al arbitraje internacional consiste en desvincularlo al máximo de los derechos nacionales. En la medida en que existen controversias internacionales, debería existir un arbitraje genuinamente internacional, desvinculado de cualquier ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, se manifiesta ARIAS LOZANO, D. «El arbitraje internacional». *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, n.º 29, p. 14.

acuerdo arbitral, el siguiente nivel viene constituido por las reglas de arbitraje establecidas por las partes, que son esgrimidas por los sujetos para configurar el proceso arbitral como estimen conveniente, a menos que no lo hayan acordado o exista una norma imperativa que no permita contravención. A continuación, hay que tener en cuenta las leyes nacionales, tanto la que regula el proceso de arbitraje determinada por la sede arbitral (*lex arbitri*), como la que resuelve los aspectos sustantivos relativos al fondo del asunto, sin que suela darse una coincidencia habitual entre las mismas. Aunque muchos Estados han incorporado a sus ordenamientos internos la Ley Modelo Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional, lo que ha contribuido a una progresiva armonización y unificación de dichas normativas nacionales.⁴

Continuando con la pirámide regulatoria de las normas implicadas en los procesos de resolución extrajudicial de carácter arbitral, se superpondrían, ahora, al bloque de la legislación nacional, la práctica internacional dedicada al arbitraje. Se trata de ciertas pautas o actuaciones, que se han ido desarrollando en los arbitrajes internacionales, y que, en algunos casos, han sido codificadas a modo de reglas adicionales o guías para arbitrar. Aunque no tienen carácter vinculante para las partes, ni para el tribunal, su consideración generalizada como catálogo de buenas prácticas dentro de la comunidad internacional dedicada al arbitraje, hacen de todas ellas un sistema coherente de aceptación generalizada. A modo de ejemplo, se podrían citar, entre otras, las notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral.⁵

⁴ Según la información que suministra la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su página web, se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 78 Estados en un total de 109 jurisdicciones, lo que aparece detallado por países en el siguiente link: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (fecha de consulta: 10.02.2018).

⁵ Las notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral se pueden encontrar en la siguiente URL: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf> (fecha de consulta: 10.02.2018). Se trata de notas destinadas a ayudar a los profesionales del arbitraje, enumerando y describiendo

Por último, en la cúspide de todo el entramado normativo sobre el arbitraje internacional, encontramos los convenios y tratados que regulan dicha materia, de entre los que cabe destacar el convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, tanto por el objeto sobre el que versa su regulación, la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, como por el elevado número de Estados que forman parte del mismo.⁶ Además, como complemento indispensable del anterior, habría que citar el convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, en tanto y en cuanto regula determinadas causas de denegación del reconocimiento o ejecución, cuando el laudo de algún Estado contratante, en el cual o conforme a cuya ley, fue pronunciado y posteriormente anulado, quisiera hacerse valer en otro Estado contratante distinto.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El convenio arbitral puede ser definido, según Cremades Sanz-Pastor, como el acto jurídico por el cual dos o más personas confían a uno o varios árbitros la decisión de un conflicto entre ellas, presente o futuro, relativo a una determinada relación jurídica. Si el conflicto existe, el convenio de arbitraje se denomina tradicionalmente compromiso. Si las partes pactan someter a arbitraje un conflicto que pueda surgir

brevemente las cuestiones sobre las que puede ser útil adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización de un proceso arbitral. También resulta destacable la labor desarrollada por la *International Bar Association*, que ha recopilado información sobre la práctica arbitral a modo de recomendaciones para los profesionales del sector, tal y como se ilustra en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#drafting (fecha de consulta: 10.02.2018).

⁶ En el momento en el que se hizo la comprobación, 157 Estados eran miembros de la Convención de Nueva York, lo que se podría verificar en la siguiente web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (fecha de consulta: 10.02.2018).

en el futuro, lo suelen hacer con ocasión de la firma de un contrato principal, por lo que el convenio es conocido con el nombre de cláusula compromisoria.⁷ Ahora bien, tanto desde el plano de la unificación del derecho material del arbitraje como desde el derecho convencional internacional, se admite de forma general que el «compromiso» y la «cláusula compromisoria» poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje. En ocasiones, se mantiene la dualidad de figuras, englobándola en una noción más amplia; en otras, se abandona la distinción para utilizar exclusivamente una noción unitaria, la del convenio arbitral.⁸

En definitiva, al suscribir el acuerdo de arbitraje, las partes habrán formalizado una selección excluyente y definitiva sobre una materia legal y disponible, objeto de su negocio jurídico. Las partes habrán optado por conferir jurisdicción exclusiva para resolver sus diferencias a un tercero privado de su elección, un árbitro, y habrán asumido el compromiso recíproco de respetar su opinión especializada, limitada y vinculante (*auctoritas*).⁹ Por lo tanto, son las partes en un contrato

⁷ La definición de convenio arbitral se ha extraído de CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *El arbitraje de derecho privado en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 45. Además, se precisa por dicho autor que, en la práctica, al iniciar un procedimiento arbitral se suele firmar por los árbitros y por las partes un acta que define la misión del colegio arbitral y que, además de ser una ejecución del convenio de arbitraje, constituye, a menudo, un complemento o una modificación del mismo.

⁸ En este sentido, se pronuncia GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español». *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. II, 1975, p. 13. Además, en la página siguiente del mismo trabajo, se indica que la «cláusula compromisoria», y no el «compromiso arbitral» ha visto potenciada su eficacia en cuanto a considerarse instrumento para la realización del arbitraje, lo que se justifica en base a que la cláusula cumple una función «preventiva» de los litigios en las relaciones comerciales internacionales y aparece en la gran mayoría de los contratos internacionales, con el consiguiente resultado de cumplir con las mismas exigencias de la práctica comercial internacional.

⁹ Téngase en cuenta la opinión de STAMPA, G. «El arte de decidir». En MENÉNDEZ ARIAS, María José. *Anuario de arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi. 2017, p. 428.

las que deciden acudir al arbitraje para resolver sus litigios presentes o futuros, y las que especifican en qué forma se va a plantear y desarrollar el mismo,¹⁰ en base, todo ello, al carácter voluntario de la institución y, por ende, a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad a la mayoría de los aspectos procedimentales que deberán ir decidiéndose a través de esta fórmula heterocompositiva de resolución extrajudicial.

Como parece desprenderse de los comentarios anteriores, nos encontramos ante una figura peculiar, que tiene una génesis contractual, pero después produce efectos procesales. Compartimos la opinión de que el convenio arbitral puede ser definido como el negocio jurídico bilateral justificado en el principio de la autonomía de la voluntad que permite la resolución procesal de la controversia.¹¹ Por lo tanto, converge en el mismo una doble naturaleza, sustantiva y procesal, desde el momento en que, primero, las partes se obligan por el acuerdo a cumplir lo estipulado y, segundo, ello impide a los tribunales entrar a conocer de la controversia, si se interpone la declinatoria. Se trata de los efectos positivos y negativos del convenio arbitral, que provocan que en su regulación se combinen normas del derecho de los contratos y normas procesales, aunque son estas últimas las que fijan la frontera.¹²

Continúa diciendo que la preferencia por el arbitraje supondrá renunciar a la obtención de una decisión generalista del juez ordinario predeterminado por la ley sobre esta misma controversia.

¹⁰ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. «Resolución de controversias en el comercio internacional-Mecanismos ADR», en la obra colectiva dirigida por Carlos Espluges Mota, *Derecho del comercio internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 438.

¹¹ Así se expresa LORCA NAVARRETE, A.M. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Gipuzkoa: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 69. Es más, sigue diciendo este autor, el convenio arbitral no es, por tanto, un negocio jurídico bilateral que origina las consecuencias propias de un estructuralismo civilista justificado en el contractualismo, sino que lo que origina, son las consecuencias impropias de la resolución procesal de la controversia que constituye su objeto, ya que el convenio arbitral es un negocio jurídico bilateral de justificación impropia.

¹² Vid. VIRGÓS, M. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14/2006, p. 14.

Al respecto, puede traerse a colación un pasaje de la exposición de motivos de la ley española de arbitraje, donde se evidencia la conclusión anterior, de la siguiente manera: «El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley». Por lo tanto, se puede decir del convenio arbitral que su regulación básica se encuentra en la normativa procesal, aunque con el complemento ineludible que le deba dispensar el derecho sustantivo contractual cuando ello sea indispensable.

3. AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La práctica comercial internacional demuestra que el convenio arbitral se contiene habitualmente en el contrato celebrado entre las partes, lo que no impide que la mayoría de regulaciones existentes sobre el particular, lo considere un acuerdo independiente. Este planteamiento supone estimarlo válido, aunque el contrato en el que se inserte sea declarado potencialmente lo contrario. En muchas jurisdicciones, esta doctrina de la separabilidad permite a los árbitros conocer y decidir la disputa, aunque una de las partes reclame, por ejemplo, que el contrato principal se ha finalizado o que nunca existió o que es inválido porque fue concluido fraudulentamente.

Esta situación es un fiel reflejo del seguimiento que hacen la generalidad de los sistemas jurídicos existentes en el mundo de lo dispuesto en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional, en concreto, de lo que se establece en el artículo 16.1) de la mencionada ley. Al respecto, en dicho precepto se indica que 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.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de la competencia de los árbitros para resolver la concreta controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida, la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral, en tanto los tribunales estatales entiendan de la primera de ellas, impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe, pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula arbitral, podría esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal.¹³ Es por ello que en el mismo artículo 16 de la Ley Modelo de la Cnudmi, se regula la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

Para ilustrar aún más si cabe el funcionamiento de la autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria, puede recurrirse a la práctica arbitral, a través de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, donde expresamente se dice lo siguiente: «la nulidad del contrato o instrumento [...] en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de éste, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, con independencia del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría [...] incurrir en una petición de principio».¹⁴ Se infiere, de lo dicho por

¹³ Al respecto, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional». *InDret* 2/2017, p. 27. Continúa diciendo el autor lo siguiente: el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. De aquí se sigue que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato.

¹⁴ STS n.º 5668/2007, Sala de lo Civil de 9.7.2007, que tuvo como partes enfrentadas a D. Claudio, Avitrans Urgente S. L. y D. Rodolfo, contra la Sociedad

la resolución judicial, que no hay impedimento para que las diferencias surgidas de un contrato que ya no está operativo, pero que tuvieron su origen en el acuerdo en cuestión, puedan quedar sujetas a la decisión de los árbitros en virtud de la cláusula compromisoria que se contenía en aquél.

Para entender la doctrina de la separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal, hay que partir de la idea de que esta cláusula no es otra cosa que un «contrato dentro de otro contrato»; es decir, que la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. De tal manera que puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes.¹⁵ Además, ello comporta, desde la perspectiva del derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico.¹⁶ En efecto, mientras el Convenio de Nueva York, en su artículo V.1.a) para el re-

Transportistas Abulenses Unidos Sociedad Limitada de Comercialización.

¹⁵ De esta manera se manifiestan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y E. ARTUCH IRIBERRI. «Validez y eficacia del convenio arbitral internacional». En SOTO COAGUILA, C.A. (dir.). *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas-Grupo Editorial Ibáñez-Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, 1.^a ed., tomo I, p. 757. Además, añaden ambos autores, que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Iprolex, 2016, n.º 2, vol. IX, p. 588. También aclara, dicho autor, que la admisión del postulado de la separabilidad cuenta con importantes precedentes, tanto en el marco del arbitraje transnacional, en concreto de los arbitrajes petroleros, como en la jurisprudencia de los Estados, pródiga en argumentos favorables a dicha admisión que se han desarrollado, tanto en los sistemas de *civil law* como del *common law*. Como muestra, cabe referirse a la jurisprudencia francesa, norteamericana e inglesa.

conocimiento, y el Convenio de Ginebra, en su artículo IX.1.a) para la nulidad, sujetan la validez del acuerdo o compromiso arbitral a la ley elegida por las partes o, en su defecto, a la ley del país donde el laudo fue dictado; sin embargo, para la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto, el artículo VII del Convenio de Ginebra acude a la libre elección de las partes o, en su defecto, a la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión.¹⁷

En concreto, por lo que respecta a la validez del convenio arbitral, se constata normalmente la falta de elección de la ley aplicable por las partes, lo que supondría tener que acudir a la ley del país donde el laudo fue dictado. Pero, en el caso de encontrarnos ante este último supuesto, podría ocurrir que la validez del acuerdo se planteara en una fase previa al pronunciamiento del laudo y que todavía no fuera posible conocer el lugar de la emisión de la sentencia arbitral.

Pues bien, si las normas de conflicto anteriores no pudieran operar para determinar la validez del convenio arbitral, la solución que se le ha dado a este problema ha consistido en acudir a las normas de conflicto del foro.¹⁸ Con todo, siempre hay un enfoque claro que gobierna esta cuestión, consistente en que los árbitros buscan validar y mantener el acuerdo de arbitraje, si es que resulta posible. En consecuencia, la decisión del Tribunal de Casación francés, en el asunto Dalico¹⁹ marcó un

¹⁷ Para profundizar sobre las posibilidades del derecho aplicable al fondo de la cuestión, se pueden tener en cuenta los planteamientos esgrimidos por GAILLARD, E. y J. SAVAGE, (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International 1999, pp. 785-882.

¹⁸ *Vid.* LEW, Julian D.M. «The law applicable to the form and substance of the arbitration clause». In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series*. La Haya: Kluwer Law International 1999, vol. 9, pp. 114-145.

¹⁹ *Cour de Cassation, Chambre Civile 1, Audience publique du 20 décembre 1993, Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb vs. Dalico Contractors*, que ha sido obtenida en el siguiente link: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314> (fecha de consulta: 27.02.2018).

punto de inflexión en 1993, cuando decidió que la validez del convenio arbitral podría verificarse de conformidad con la voluntad común de las partes, sin que fuera necesario referirse a una determinada ley estatal. En concreto, se debatía si la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato, aunque no firmada por las partes, podría obligarlas a arbitrar, lo que se saldó positivamente en atención a que la existencia misma de la cláusula en el contrato, era un reflejo claro de la intención de las partes en acudir a este procedimiento de resolución extrajudicial, aunque estuviera sin firmar. Por lo tanto, el espectro de posibilidades para validar la cláusula arbitral se ha ampliado considerablemente, aunque siempre presidida esta actuación por el objetivo de mantener operativa la misma y que el arbitraje se acabe imponiendo, como mecanismo de solución alternativa de litigios.

4. VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Desde el momento en que la renuncia a la vía jurisdiccional supone la desaparición de importantes derechos cuando las partes acuerdan someterse al arbitraje, la validez del convenio arbitral adquiere una relevancia crucial. Es por ello que el arbitraje se considera un producto del consentimiento; y, en consecuencia, para acreditar que las partes han consentido, tanto el Convenio de Nueva York como algunas otras regulaciones existentes sobre arbitraje, requieren que el convenio arbitral conste por escrito.²⁰ Además, se exige también por la norma convencional que la

²⁰ En efecto, el artículo II del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, dice así:

«1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

controversia haya surgido o pueda surgir de una determinada relación jurídica, ya sea contractual o no, así como que derive de un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; y, por último, que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

En la práctica arbitral, tal y como señala Virgós,²¹ la necesidad de tener que decidir sobre la validez de un convenio arbitral puede plantearse ante diferentes instancias competentes, tal y como se indica a continuación:

- Ante el propio tribunal arbitral, que tiene competencia para decidir sobre su propia competencia;
- Ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye, reclamando la invalidez de la cláusula;
- Ante los tribunales de la sede del arbitraje, como fundamento de una demanda de anulación del laudo; y
- Ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como motivo de denegación.

Se entiende que la interposición de alguna de las reclamaciones anteriores podría implicar a jurisdicciones diferentes, por lo que también sería distinto el ordenamiento jurídico con el que se valoraría la cuestión. Aunque, con carácter general, se ha preferido la solución que establezcan los instrumentos internacionales, así como, en algún caso, la respuesta del ordenamiento español, sin olvidar el recurso al derecho comparado cuando resulte necesario para ilustrar algún supuesto excepcional que se esté debatiendo en ese momento.

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».

También la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, en la opción I, de su artículo 7.2), indica que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

²¹ VIRGÓS, M. *Op. cit.* p. 13.

4.1. Acuerdo por escrito

En la actualidad, los contratos comerciales se celebran habitualmente de forma oral o utilizando mecanismos electrónicos, como el e-mail o los faxes, sin poner mucha atención sobre los requisitos formales que pudieran exigir los mismos para su validez. Como el convenio arbitral es un contrato y como tal sometido a las normas generales del derecho de contratos,²² sería posible encontrar una cláusula compromisoria generada de manera informal en el tráfico mercantil, y que la pertinente legislación de un país la considerase perfectamente válida. ¿Podría suponer este dato una contradicción con el requisito de escritura que exige el Convenio de Nueva York para la validez del convenio arbitral?

El principal escollo interpretativo que provoca la Convención, se deriva del apartado segundo del artículo II, cuando se trata de clarificar la expresión «acuerdo por escrito» y se indica que denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Pues bien, numerosas variables interpretativas se han generado del lenguaje empleado por el precepto que se acaba de mencionar. Así, en un primer momento, se podría entender que la exigencia de firma por las partes se requeriría para el contrato que contenga la cláusula arbitral, así como para el acuerdo de sumisión arbitral; o, por el contrario, sólo para este último. Pero, a su vez, en una segunda aproximación a la cuestión, se podría pensar que la firma también sería necesaria en el canje de cartas o telegramas que las partes utilicen en su relación negocial.

Los distintos tribunales que han tenido ocasión de aplicar el mencionado precepto de la convención, han dado diferentes soluciones interpretativas sobre el alcance que habría de darse a su contenido. En unos casos, se ha considerado necesaria la firma en un acuerdo separado y no cuando el contrato principal incluye la cláusula arbitral; mientras que en otros, la firma se ha exigido para los dos supuestos. Con carácter

²² Cf. CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *Op. cit.*, p. 46.

general, el requisito de la firma se impone para el contrato que contenga la cláusula arbitral o para el acuerdo de sumisión arbitral, pero no tanto para el intercambio de documentos.²³ Si bien, es posible seguir encontrando interpretaciones muy restrictivas sobre este particular, como podría ser el caso de España, donde el Tribunal Supremo sólo ha considerado válido el acuerdo arbitral si se incluye en un contrato o por separado, así como en un intercambio de documentos, pero siempre que vaya firmado por ambas partes.²⁴

La validez del acuerdo arbitral, normalmente, se plantea cuando alguna de las partes decide acudir al arbitraje para la resolución extrajudicial de sus controversias en base a la existencia de un acuerdo en tal sentido. Aunque también este asunto se ha suscitado con ocasión de evitar la ejecución de un laudo en base a la alegación de que el acuerdo para arbitrar era inválido. En efecto, la exigencia de acuerdo por escrito prevista en el artículo II del Convenio, que se aplica para determinar la validez del convenio arbitral, también sirve como requisito para la ejecución de los laudos de conformidad con los artículos IV a VII de la Convención. Al respecto, hay un mínimo de exigencia por escrito que parece desprenderse de lo establecido en el artículo IV, según el cual, para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo, la parte que lo solicite deberá presentar el original o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, tanto del laudo como del

²³ En concreto, Albert Jan Van den Berg indica que, en el caso de que una cláusula arbitral se contenga en un contrato, aquélla no necesita ser firmada, ya que la firma del contrato en su conjunto es suficiente, en su obra: *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. The Hague: Asser Institute, 1981, p. 192.

²⁴ Al respecto, el auto del Tribunal Supremo n.º 596/1998, de la Sala de lo Civil de 6 de octubre de 1998, en el asunto Delta Cereales España, S. L. contra la sociedad Barredo Hermanos, S. A., tuvo ocasión de precisar lo siguiente: «... sin dar eficacia al silencio o inactividad de la parte en el contrato ante una oferta que contenga —directa o indirectamente— la cláusula compromisoria, se ha orientado la línea interpretativa en el sentido de buscar la voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial».

acuerdo arbitral. Pues bien, es la posibilidad de producir una copia del original del acuerdo arbitral, el que parece sugerir que éste debería de encontrarse por escrito.

En línea con este planteamiento sobre la necesidad de escritura para la validez del acuerdo arbitral, pero en sede de los requisitos para determinar la validez de un laudo en virtud de la Convención, se debe acudir al artículo V.1.a), donde se alude al acuerdo arbitral en los términos previstos en el artículo II. Ello supone que, para la ejecución de un laudo, el acuerdo subyacente debe contenerse en un contrato o en un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas, tal y como establece el artículo II, pero en su apartado segundo. Sin embargo, en ocasiones no poco infrecuentes, el tráfico mercantil demuestra que una parte puede enviar a la otra una orden de compra, que contiene una cláusula arbitral, y esta última aceptar el envío de los productos, pero sin haber firmado nunca un contrato en tal sentido. Pues bien, en estos casos, algunas jurisdicciones han considerado que dicha cláusula no reuniría los requisitos del artículo II de la Convención y que, por ende, un laudo derivado de la misma podría ser impugnado. Así ha ocurrido, por ejemplo, en España donde el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de denegar el reconocimiento y la ejecución de ciertos laudos, en base a la inexistencia misma del acuerdo arbitral, aunque había sido incluido en un intercambio de documentos por una de las partes, pero no había sido firmado por la otra.²⁵

²⁵ Sirvan como ejemplo, primero, el auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil n.º 357/1996 de 16 de abril de 1996, en el asunto *Actival International, S.A. contra Conservas El Pilar, S.A.*; y, segundo, el auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil n.º 587/1998 de 7 de julio de 1998, en el asunto *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre contra Aguicersa, S.L.* En concreto, en el primer pronunciamiento de 1996, antes de la denegación del reconocimiento por el tribunal español, se había resuelto un recurso de anulación contra el laudo en Francia sobre la base de la invalidez del acuerdo arbitral, que había sido desestimado; y, en consecuencia, había reputado válido dicho acuerdo, lo que no impidió que, posteriormente, la jurisdicción española resolviera lo contrario; es decir, la inexistencia

En definitiva, ya bien sea para impedir el comienzo del procedimiento arbitral o para denegar la ejecución de un laudo, la validez de la cláusula compromisoria, por no constar en un acuerdo por escrito y firmado por ambas partes, ha recibido interpretaciones divergentes, que han dado lugar a que, en unos casos, se haya reputado válida y, en otros, lo contrario. Esta situación ha generado una aplicación no uniforme de la Convención, lo que ha provocado intentos para zanjar o minimizar estas discrepancias.

Una solución podría venir dada por la modificación de la propia Convención, que diera una redacción más ajustada y actual al propio artículo II. Aunque no se nos escapa la dificultad que ello podría conllevar, al tratar de consensuar las opiniones de más de 150 Estados que, actualmente, forman parte de la Convención, así como los riesgos que se acabarían derivando de un intento de reforma que terminara por incorporar los cambios para unos Estados y no para otros. Es por ello que la Cnudmi ha venido a allanar el camino, con la edición en 2016 de la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958),²⁶ donde se presenta la información acerca de dicha Convención artículo por artículo, con la finalidad de ayudar a difundir conocimientos sobre dicho texto normativo y seguir promoviendo su adopción, así como su interpretación uniforme y aplicación efectiva.

Como consecuencia de lo que se acaba de indicar, en la Guía se señala que los tribunales remitirán a las partes al arbitraje, cuando han llegado a la conclusión de que éstas consintieron en someter sus diferencias a arbitraje. Además, se determina que ha habido consentimiento

radical del acuerdo arbitral, aunque ahora para impedir que desplegara efectos el laudo en un Estado distinto de aquél en el que se había pronunciado.

²⁶ El documento de la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), se puede consultar en la siguiente website: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf (fecha de consulta: 11.02.2018).

para el arbitraje en muy diversas situaciones, entre ellas, cuando las partes: i) participaron en la negociación del contrato; ii) participaron en la ejecución del contrato; iii) participaron tanto en la negociación como en la ejecución del contrato; iv) tenían conocimiento de la existencia del acuerdo de arbitraje, o v) participaron en las actuaciones arbitrales sin objetar la competencia del tribunal arbitral. Pero, en todas ellas sería necesario el requisito de la firma, que en la Guía se considera cumplido, de conformidad con el artículo II.2) de la Convención y como criterio adoptado, en general, por los tribunales, cuando las partes vinculadas por el contrato o instrumento que contiene el acuerdo de arbitraje, han firmado ese contrato o instrumento.²⁷ Sin embargo, cuando el acuerdo de arbitraje está contenido en un canje de documentos, la mencionada Guía señala que el texto del artículo II 2) no exige expresamente la firma de las partes en el acuerdo de arbitraje.²⁸

Pero, la Guía de la Cnudmi no ha sido la única herramienta que se ha utilizado para intentar clarificar la interpretación de la Convención en relación con el requisito de la firma en el convenio arbitral, sino que

²⁷ Aunque también en la Guía se suministran ejemplos de tribunales que han ordenado la ejecución de acuerdos de arbitraje contra partes que no los habían firmado. Así, por un lado, se alude a la situación que se produce en algunos tribunales de los Estados Unidos, que han sostenido que una parte no signataria puede quedar obligada por un acuerdo de arbitraje siempre que dicho acuerdo no sea nulo conforme a la Convención y en la medida en que sea aplicable al caso alguna teoría de derecho contractual, como el mandato tácito, la doctrina de los propios actos (*estoppel*) o los principios relacionados con los *alter ego* y los terceros beneficiarios. Y, por otro, en Francia, se ha remitido a veces a arbitraje, en aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades, a algunas entidades que no habían firmado el acuerdo de arbitraje.

²⁸ Para justificarlo, se añade que la labor preparatoria y la redacción del artículo II 2) respaldan el criterio de que el requisito de la firma no se aplica al intercambio de documentos. Los redactores de la Convención de Nueva York procuraron adoptar un requisito flexible de constancia «por escrito», que reflejara la realidad empresarial. Fue por ese motivo que se hizo una distinción entre «una cláusula compromisoria [...] o un compromiso, firmados por las partes», «o» «contenidos en un canje de cartas o telegramas».

también ha coadyuvado en esta labor el trabajo de la Cnudmi sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. En efecto, el 7 de julio de 2006, la Cnudmi aprobó enmiendas a determinados preceptos de la Ley Modelo que, para el caso que a nosotros nos ocupa, relativo a la versión revisada del artículo 7, tenían por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales, a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales.²⁹ A tal efecto, se ofrecen dos versiones diferentes de dicho precepto que un país puede tener en cuenta en la elaboración de su normativa interna. Mientras que la opción I requiere que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, la opción II no lo necesita. Pero, a pesar de la exigencia por escrito en la opción I, se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio «que deje constancia de su contenido en cualquier forma». Ello significa que el acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. En consecuencia, ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.

Además, en la opción I se utiliza vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.³⁰ Incluso, la disposición

²⁹ El texto de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, se puede encontrar en la siguiente página web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (fecha de consulta: 12.02.2018).

³⁰ La opción I del artículo 7, apartado 4) de la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, dice lo siguiente: «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

abarca la situación en que hay «un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra», lo que permitiría abrir la posibilidad a la validez de los acuerdos de arbitraje concluidos tácitamente.

También en la misma disposición se prevé que «la referencia hecha en un contrato a un documento» (por ejemplo, uno en el que consten las condiciones generales) «que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

Esto último se entiende como la existencia de una posibilidad de remisión al derecho de los contratos aplicable que permita determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que, supuestamente, consta en un documento al que se «hace referencia». Sin olvidar que en la opción II del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omita todo requisito de forma. Por lo tanto, la finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

La afirmación anterior puede ser corroborada en virtud de la referencia a la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, que también fue aprobada por la Cnudmi en 2006 junto con los artículos revisados de la Ley Modelo.³¹

otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

³¹ En efecto, el 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones, la Cnudmi aprobó las enmiendas a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York.

En este sentido, dicha recomendación propone, por un lado, que el párrafo 2) del artículo II de la Convención, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe, no son exhaustivas; y, por otro lado, que el párrafo 1) del artículo VII de la Convención se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje. Es, sobre todo, la segunda propuesta de la recomendación la que puede servir para flexibilizar el requisito de escritura y la firma de las partes en el acuerdo de arbitraje, a través del principio de mayor favorabilidad que se recoge en el artículo VII de la Convención. Al amparo de este principio se resuelven los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre el Convenio de Nueva York, por una parte, y otros convenios internacionales o el propio derecho interno, por otra, en materia de *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros, de tal forma que la parte interesada puede invocar un régimen más favorable a la concesión del *exequatur* que el establecido en el Convenio de Nueva York.³²

Si bien el párrafo 1) del artículo VII de la Convención sólo alude expresamente al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, mediante la recomendación de la Cnudmi, se amplía el principio de mayor favorabilidad también a los acuerdos de arbitraje. En consecuencia, si el derecho interno del país en cuestión fuera más favorable que la propia Convención en relación con la ejecución del acuerdo de arbitraje, la parte a quien interese podría situarse al amparo de aquella regulación, lo que se conectaría, a su vez, con las enmiendas realizadas al artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

³² Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ. «Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen». *Cuadernos de derecho transnacional* (marzo 2016), vol. 8, n.º 1, p. 112. Se añade, además, que el Convenio establece, así, el estándar mínimo internacional, pero habilita a los Estados parte para ser más permisivos en cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros.

Y es que, si en el derecho interno del país en cuestión se hubiera tras-puesto la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, sería posible, además, que los tribunales de dicho Estado estuvieran dispuestos a interpretar el principio de mayor favorabilidad del artículo VII de la Convención como aplicable a los acuerdos de arbitraje, lo que facilitaría la ejecución de estos últimos y lograría la tan ansiada puesta al día de la Convención de Nueva York en relación con el requisito de la forma para el convenio arbitral.

4.2. Carácter de la relación jurídica

Otro requisito que el artículo II de la Convención de Nueva York exige para la validez del convenio arbitral, viene referido a que las diferencias entre las partes hayan surgido o puedan surgir «respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no». Con este requisito de la determinación de la relación jurídica se pretende evitar que una parte resulte sorprendida por la atribución al arbitraje de relaciones distintas de aquéllas por motivo de las cuales se pactó la sumisión a arbitraje. Por lo tanto, la relación a la que se refiera el acuerdo arbitral, debe ser susceptible de ser individualizada, aunque sea futura. Ello supone que no satisfaría este requisito, el acuerdo por el cual dos personas sujeten a arbitraje todas sus eventuales disputas futuras sobre las relaciones jurídicas que medien entre ellas.³³ Con todo, la relación jurídica sobre la que verse la controversia entre las partes contenida en el convenio arbitral, podrá ser contractual o no. Se refiere, este último supuesto, a los casos de responsabilidad civil no derivados directamente de lo convenido por los particulares implicados.

A título de ejemplo, se podrían incluir aquí los incidentes relacionados con la competencia desleal que se originen de los comportamientos comerciales de las empresas. En la práctica contractual de las personas jurídicas, es posible encontrar dificultades o diferencias en la manera de ejecutar lo pactado entre ellas, pero también podrían surgir discre-

³³ Así se expresa VIRGÓS, M. *Op. cit.*, p. 17.

pancias en ciertas actuaciones que, sin haber surgido del contrato, estén relacionadas con él.

Teniendo en cuenta que los sujetos, cuando se obligan entre sí, suelen circunscribir la cláusula compromisoria a los litigios directamente conectados con las estipulaciones del contrato, podría darse la circunstancia de que las actuaciones antijurídicas no vinculadas a lo acordado por ellos, pero sí relacionadas de alguna manera, quedaran fuera del convenio arbitral. Para evitar estas situaciones, sería recomendable que las cláusulas de arbitraje fueran redactadas con un contenido más amplio, que incluyera todas las disputas surgidas o relacionadas con el contrato en cuestión. De esta manera se conseguiría arbitrar sobre todos los aspectos negociales de las relaciones jurídicas desplegadas por los individuos y se evitarían las disfunciones que la aplicación del Convenio de Nueva York pudiera provocar, es decir, que se reducirían las interpretaciones divergentes del mismo sobre si una determinada controversia extracontractual estaría sujeta al procedimiento arbitral o no.

4.3. Materia arbitrable

También es un requisito para la validez del convenio arbitral, según el artículo II del Convenio de Nueva York, el que la materia sobre la que versa el litigio sea susceptible de arbitrabilidad. Se entiende, por esto último, la delimitación entre los tipos de controversias que pueden ser resueltas mediante arbitraje y aquéllas que quedan reservadas al conocimiento de los jueces y tribunales nacionales, decisión que le incumbe a cada Estado atendiendo a su política jurídica, social, económica o de otra índole.³⁴ En líneas generales, el punto de partida en materia de

³⁴ Vid. CASTRESANA, L.F. «Concepto y características». En la obra colectiva de los autores siguientes: RUIZ RISUEÑO, F., G. STAMPA, L.F. CASTRESANA y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Manual de arbitraje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 29. Es más, de conformidad con el artículo V.2.a) del Convenio de Nueva York, en el trámite de reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, la autoridad competente del país en el que se solicita la misma, podrá denegarlo si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, según la ley de dicho país.

arbitrabilidad, es que todos aquellos derechos y relaciones susceptibles de ser objeto de transacción por las partes, pueden ser referidos a la resolución arbitral.³⁵ Además, se podría decir que la ampliación de los temas susceptibles de ser sometidos al procedimiento de arbitraje en el contexto del comercio internacional, es directamente proporcional a la expansión que ha experimentado este mecanismo de resolución extrajudicial en dicho ámbito transnacional.

Se constata, en la actualidad, la existencia de una posición flexible en relación con la arbitrabilidad de ciertos temas, que se refleja en la posibilidad de acudir al arbitraje en el caso de controversias en las que aparecen involucradas normas de carácter imperativo, como podría ser el caso del derecho económico a través de las leyes de policía.³⁶

Para entender mejor esta posibilidad, hay que tener en cuenta que una misma figura jurídica puede tener varios encajes legales, es decir, que la catalogación de una materia como de naturaleza pública y su regulación por normas indisponibles, no impide que algunos de sus efectos, de carácter privado y disponibles por las partes, se sujeten a un arreglo arbitral. Es más, podría darse el caso de que los aspectos que se rigen por la autonomía de la voluntad, quedaran afectados por esas normas imperativas, como, por ejemplo, en las relaciones jurídicas donde se observa la presencia de una parte débil en el contrato, lo que tampoco impediría acudir al arbitraje y que los sujetos encargados de resolver la controversia, aplicaran las normas que correspondieran, aunque fueran imperativas y se combinaran con las que tuvieran un carácter disponible.

En esta línea, se observa una progresiva ampliación de las áreas que, tradicionalmente estaban excluidas del arbitraje y que, ahora, se consi-

³⁵ En este sentido, téngase en cuenta lo siguiente: ESPLUGUES MOTA, C. «*Quo vadis arbitratio?*». En BARONA VILAR, S. *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*. Madrid: Civitas, 2016, p. 404.

³⁶ Cfr. RACINE, J.B. «Droit économique et lois de police». *Revue internationale de droit économique*. 2010/1 (t. XXIV, 1), pp. 72 y ss.

deran susceptibles de arbitrabilidad. A título de ejemplo, se puede traer a colación el caso resuelto por un Tribunal de Apelaciones sueco, en materia de derecho bancario en conjunción con las normas imperativas sobre control de divisas.³⁷ Se trataba de dilucidar si un contrato de préstamo que no había sido reembolsado, por la existencia de normas de derecho público y carácter imperativo sobre control de cambios, podía quedar sujeto a un procedimiento arbitral.

Al respecto, la instancia judicial competente resolvió que las normas sobre circulación de capitales no afectaban a la validez de las obligaciones legales contraídas mediante la celebración de un contrato de préstamo, sino que las restricciones se aplicaban a la forma de ejecutar los pagos transfronterizos. En consecuencia, la materia *per se* era perfectamente arbitrable, aunque sobre la misma pudieran orbitar normativas que llegaran a condicionar el cumplimiento de la relación jurídica en cuestión, lo que en ningún caso podría ser óbice para declarar arbitrable la obligación contraída en primer lugar, en tanto y en cuanto ella era el objeto principal sobre el que versaba el litigio y la que debía ser tenida en cuenta para resolver sobre la arbitrabilidad.

Otro supuesto paradigmático donde, en su día, se plantearon dudas sobre la arbitrabilidad o no de la materia, se puede encontrar en el derecho de la competencia. Al respecto, concluye Hierro Hernández-Mora, que la legislación *antitrust* no puede considerarse nunca más un ámbito exceptuado por su naturaleza de la sumisión a arbitraje.³⁸ Además, añade que todas las jurisdicciones han confluído en afirmar que los árbitros, como los jueces, pueden aplicar reglas antimonopolio para determinar si un contrato es nulo e inválido por violar el derecho de

³⁷ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Suecia de 7 de octubre de 2011, en el caso n.º T6798-10, disponible en el siguiente enlace: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1023105&propId=1578> (fecha de consulta: 19.02.2018).

³⁸ En efecto, así se expresa HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A. «Arbitrabilidad del derecho de la competencia». En la obra colectiva coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J. *Anuario de arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi, 2017, p. 302.

la competencia, o para otorgar daños, cuando éstos procedan. Aunque también aclara que un tribunal arbitral no puede imponer multas a las empresas que han incurrido en un cártel o en un abuso de posición de dominio, como tampoco puede autorizar o denegar una concentración, ya que estas actuaciones corresponden exclusivamente a las autoridades nacionales o comunitarias sobre competencia o a los tribunales nacionales, pero lo que sí puede hacer, es deducir las consecuencias civiles de aquellas infracciones cometidas al derecho de la competencia.

En definitiva, la situación descrita anteriormente se produce porque las normas de derecho de la competencia conjugan lo público y lo privado sobre la base de una triple naturaleza, penal, administrativa y civil o de derecho privado. Mientras en los dos primeros aspectos, el penal y el administrativo, típicos del derecho público, el arbitraje estaría categóricamente excluido; por su parte, en el último, de carácter privado o civil, sí se admitiría con carácter general.³⁹

En consecuencia, no cabe duda de que las reclamaciones antimonopolio son perfectamente arbitrales en el momento actual; y, por lo que se refiere a España, esta idea se puede corroborar con un extracto de la resolución judicial emitida por la Audiencia Provincial de Madrid, en el caso Camimalaga SAU contra DAF Vehículos Industriales, que dice lo siguiente:

La aplicabilidad al caso litigioso de normas de orden público no podría constituir una circunstancia que privase de arbitrabilidad a la cuestión debatida. Es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o alguna de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio (en este caso el árbitro) generado en torno a ese derecho subjetivo sean normas de naturaleza

³⁹ Así, se expresa 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: Editorial Alhulia Granada, 2003, p. 47.

imperativa o de *ius cogens*. Las partes sólo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable. Éste podrá ser hecho valer por otro cauce procesal, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las correspondientes normas imperativas (y si no lo hiciese así, el defecto sería denunciabile en el cauce que a ello correspondiese, que en el caso del derecho español, por ejemplo, lo sería la acción de anulación del laudo arbitral).⁴⁰

Sigue habiendo parcelas donde la arbitrabilidad puede encontrar algún tipo de reticencia por parte de algunos países, cuando en la materia sobre la que versa el litigio confluyen intereses de naturaleza pública y privada, que pueden presentar distinta intensidad en cada instante, en función del aspecto que se esté debatiendo en ese momento.

Así, por ejemplo, las cuestiones de insolvencia plantean, en la actualidad, algunas dudas sobre su arbitrabilidad, que han sido resueltas intentando identificar las fronteras a partir de las cuales el asunto en cuestión sólo podría ser resuelto por los tribunales.

Para tratar de aportar luz a este dilema, sería posible establecer una distinción entre los supuestos de insolvencia esenciales o puros, que no serían arbitrables (tales como, por ejemplo, la declaración de la insolvencia propiamente dicha o la determinación de los acreedores) y aquellos otros que, referidos a circunstancias diversas aunque relacionadas con la insolvencia de una de las partes, pueden quedar sometidos a un acuerdo de arbitraje comercial.⁴¹

⁴⁰ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013, con número de resolución 147/2013, que afectó a *Camimalaga SAU contra DAF Vehículos Industriales*.

⁴¹ Al respecto, BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN y J. MARTIN HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6th edition, pp. 71-154.

Por lo que respecta a España, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 52 de la ley concursal,⁴² que viene a reconocer la arbitrabilidad de la materia, aunque con algunas limitaciones establecidas en beneficio de la tramitación del concurso.

Con todo, podemos acabar diciendo que existe una tendencia favorable a la ampliación de las materias arbitrables, lo que puede ser ejemplificado con dos referencias de distinta índole, que vienen a corroborar la trayectoria más flexible que se está imponiendo al respecto en los últimos tiempos. Así, por un lado, es posible constatar la arbitrabilidad de la materia religiosa en algunos países, donde se ha recurrido al arbitraje ante un tribunal religioso para resolver los conflictos entre las obligaciones civiles de la ciudadanía y las demandas religiosas de la fe. Aunque el recurso a esta resolución extrajudicial ha sido visto, más bien, como un mecanismo para escapar a la aplicación del derecho estatal, lo que se ha tratado de corregir con la revisión por los tribunales ordinarios de los laudos emanados de este particular procedimiento arbitral.⁴³

⁴² El artículo 52 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal, BOE n.º 164 de 10/07/2003, dice lo siguiente:

«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.

2. 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.

⁴³ *Vid.* BAKER, A.M. «A higher authority: judicial review of religious arbitration». *Vermont Law Review*, 2012, vol. 37, p. 184. Además, la autora añade que, a pesar de la revisión judicial de los laudos arbitrales, se corre el riesgo de que los fallos judiciales generen un vacío de protección. Esta indefensión se podría producir por tres motivos, en primer lugar, porque los arbitrajes religiosos están sujetos a menos revisión que los ordinarios, debido a las restricciones que se siguen en aquéllos, tales como la inaplicación de algunas de las protecciones procesales dispensadas por las leyes de arbitraje estatales y federales. En segundo lugar, existiría el peligro de injusticias procesales, debido a que la regulación del arbitraje religioso podría apartarse del estándar de justicia correspondiente. Y, por último, surgirían tam-

Por otro lado, se abre paso, en algunas jurisdicciones estatales más proclives a ensanchar los márgenes de la arbitrabilidad, la posibilidad de resolución extrajudicial de ciertas controversias que derivan de la comisión de los correspondientes ilícitos penales. Podemos traer a colación, por ejemplo, el arbitraje que enfrentó a España y Francia contra la aseguradora londinense, por el hundimiento del buque *Prestige* frente al Cabo Finisterre en noviembre del 2002.⁴⁴ Si bien, en una primera fase, los daños medioambientales causados por el vertido de crudo se saldaron con el inicio de un procedimiento penal ante los tribunales españoles, donde se debía decidir sobre la responsabilidad criminal de los propietarios del buque y de los que gobernaban la nave en el momento del accidente; al mismo tiempo la aseguradora entabló un procedimiento arbitral, para dilucidar la responsabilidad civil indemnizatoria a que debía hacer frente por la negligencia de los que dirigían el barco.

En definitiva, lo que se planteó en el arbitraje era si la materia podría ser arbitrable, ya que se había litigado inicialmente ante la jurisdicción penal y la condena que se obtuviera, debería servir de base para dilucidar los daños y perjuicios a los que podría llegar a enfrentarse la aseguradora. La respuesta que acabó recibiendo este asunto, distinguió entre, por un lado, la imposibilidad de que un árbitro pudiera condenar a una persona por la comisión de un delito; y, por otro, la aceptación de que un árbitro tuviera competencia para la apreciación de cualesquiera hechos constitutivos de un delito (por ejemplo, el fraude era uno de los más comunes), así como para la determinación de que un delito había sido cometido. Se podría concluir, por lo tanto, que en el arbitraje sería posible tener en cuenta la comisión de una conducta delictiva, no tanto para condenar penalmente a un sujeto, sino para resolver sobre otro

bién amenazas de los acuerdos de arbitraje que se hayan podido suscribir bajo coacción, ya que los tribunales judiciales se niegan a tomar en consideración el verdadero peso que las comunidades religiosas tienen sobre la adopción individual de decisiones en estos casos.

⁴⁴ Al respecto, *vid.* Sentencia de la *Court of Appeal of England and Wales*, en el asunto *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd. vs. The Kingdom of Spain and The French State* [2015] EWCA Civ 333.

tipo de consecuencias derivadas del mismo, pero de naturaleza privada y carácter civil.

4.4. Acuerdo nulo, ineficaz o inaplicable

Para que un convenio arbitral tenga la fuerza suficiente para llegar a impedir la jurisdicción de los tribunales; y, por ende, obligue al juez al que se le haya sometido un litigio a remitir a las partes al arbitraje, será necesario, de conformidad con el artículo II de la Convención de Nueva York, que conste por escrito, que se refiera a todas las diferencias o a ciertas de ellas que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no, que el asunto sea susceptible de arbitrabilidad, así como que, por último, dicho acuerdo no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

En relación con este último requisito, que abarca tres distintas posibilidades, parecería que las mismas son *a priori* equivalentes, aunque sería posible encontrar, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, intentos más o menos aceptables de diferenciación entre las mismas.⁴⁵ Es por ello que, a continuación, se tratará de realizar una distinción entre los correspondientes conceptos, con la intención de clarificar, en la medida de lo posible, las peculiaridades de cada figura.

Así, por lo que respecta a la nulidad del convenio arbitral, se ha interpretado que podría darse esta circunstancia cuando se constate la falta de consentimiento de las partes en los casos de fraude, error, coacción o renuncia.⁴⁶ Además, la aplicación de cualesquiera de los supuestos

⁴⁵ Por lo que respecta a la diferenciación realizada por la doctrina, se puede traer a colación, entre otros, las consideraciones esgrimidas por VAN DEN BERG, Albert Jan. *Op.cit.*, pp. 154-161. Por su parte, la jurisprudencia ha tratado de aportar luz sobre las distintas figuras a través de sus pronunciamientos como, por ejemplo, en el caso *Bautista vs. Star Cruises*, 396 F.3d 1289, *United States Court of Appeals, Eleventh Circuit*, January 18, 2005.

⁴⁶ *Cfr. Francesco Dimercurio vs. Sphere Drake Insurance Plc No A/C*, 202 F.3d 71 (1st Cir. 2000).

anteriores, debería hacerse con una perspectiva neutral cuando se contemple desde un escenario internacional. También la falta de capacidad de las partes para celebrar el convenio arbitral, se ha considerado que podría conducir a la nulidad del mismo.⁴⁷

Tanto el Convenio de Nueva York, en su artículo V.1.a), como el Convenio de Ginebra, en sus artículos VI.2 y IX.1.a), se refieren a la incapacidad de alguna de las partes en el acuerdo o compromiso arbitral, como causa para detener el reconocimiento del laudo o para impedir el arbitraje ante los tribunales nacionales, así como para declarar nula la sentencia arbitral, y la sujetan, en uno y otro Convenio, a la ley que le es aplicable o a la ley a ellas aplicable.

En definitiva, la determinación del derecho aplicable al asunto en cuestión, se ha sometido por los árbitros a la misma norma de conflicto utilizada por los tribunales para resolver cualesquiera de las cuestiones de capacidad. Como consecuencia, en la mayoría de las ocasiones, se ha recurrido a la ley de la nacionalidad o domicilio, para las personas físicas, o a la ley de la sede o lugar de constitución, para las personas jurídicas. Aunque en algunos casos también se ha recurrido al llamado «principio de validez o eficacia máxima», según el cual los acuerdos contractuales de las partes deben tener el máximo efecto, lo que, por ejemplo, en materia de capacidad se ha traducido en el reconocimiento de que las partes la tienen, si cualquiera de las leyes nacionales de los Estados involucrados en el procedimiento arbitral, así lo establece.⁴⁸

⁴⁷ Vid. MOSES, Margaret L. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁸ Al respecto, GIRSBERGER, D. y N. VOSER, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Shulthess Juristische Medien AG, 2016, pp. 61-144. Además, para ilustrar el principio de validez o eficacia máxima, se podría acudir al siguiente ejemplo, en el que se afirma la capacidad de las partes para celebrar la correspondiente cláusula compromisoria, en una transacción vinculada con los Estados A y B, así como con el Estado C por ser la sede arbitral, si así lo estipularan cualesquiera de las leyes estatales implicadas en la resolución extrajudicial. Ello podría suponer que la conclusión de un acuerdo arbitral, por parte de un sujeto del Estado A con dieciocho años, cuando la mayoría de edad en dicho

En relación con la ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral,⁴⁹ que podría producir la invalidez del mismo y, por ende, la imposibilidad de sustanciar la controversia por el correspondiente procedimiento arbitral, se podría decir que el primer supuesto alude, por un lado, a los casos donde se da la existencia de un plazo para arbitrar; y, por otro, a los que se encuentran afectados por la excepción de cosa juzgada.

Por su parte, la inaplicabilidad se vincula con la presencia de impedimentos físicos o jurídicos para poner en marcha el arbitraje que se pretenda. En concreto, la ineficacia del acuerdo arbitral, debido a la existencia de un plazo para arbitrar, se podría producir por la expiración del período de tiempo oportuno para iniciar el procedimiento arbitral, si es que se establecía un plazo máximo para iniciar el arbitraje desde que se pusiera fin a la relación contractual entre las partes. Mientras que la excepción de cosa juzgada, en su caso, haría ineficaz el acuerdo arbitral e impediría la resolución de la controversia por arbitraje, si un mismo problema entre idénticas partes, se hubiera decidido previamente a través de un procedimiento judicial o de cualquier otro mecanismo de resolución extrajudicial.

Por último, el acuerdo arbitral podría devenir inaplicable, por la presencia de impedimentos físicos o jurídicos para poner en marcha el procedimiento en cuestión, cuando el árbitro elegido por las partes en dicho acuerdo hubiera fallecido o la sede del arbitraje no estuviera disponible por los desórdenes políticos en el Estado elegido para arbitrar.

Todo lo visto en este apartado supone, en definitiva, la posibilidad de dejar inerte el acuerdo arbitral y, al mismo tiempo, implica, con ca-

país estaba en veintiuno, se considerara válida, en virtud de que los Estados B y C la situaran en dieciocho o menos. Conclusión que se ha extraído de BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2014, 2.^a edición, pp. 472-635.

⁴⁹ Tanto los supuestos de ineficacia como de inaplicabilidad del acuerdo arbitral, se explican en este trabajo a través de los planteamientos esgrimidos por BORN, G. B. *Op. cit.*, pp. 636-942.

rácter general, la necesidad de tener que acudir a la resolución judicial, sin que pueda darse al arbitraje la continuidad adecuada por la ausencia de los requisitos de validez requeridos.

5. CLÁUSULAS ESPECIALES

Si bien en un primer acercamiento al estudio de una cláusula arbitral, lo más importante es determinar su validez o no, de conformidad con el derecho que regule esta cuestión en cada caso, a continuación, será necesario también concretar su operatividad real desde un enfoque eminentemente práctico.

Nos estamos refiriendo a las complicaciones que puede generar la aparición de procedimientos arbitrales complejos, bien por la presencia de varias partes en el conflicto, bien por la existencia de varios contratos con cláusula arbitral sobre los que surgen conflictos relacionados.⁵⁰ Es lo que se conoce con el nombre de «arbitrajes multiparte» y «multicontrato», que provocan importantes dificultades en su tramitación, aunque han sido remediadas por los reglamentos emanados de las instituciones dedicadas al arbitraje. En concreto, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, en su versión vigente a partir del 1 de marzo de 2017,⁵¹ consagra los artículos 7 a 10 a la solución de esta problemática, aunque en otros preceptos de su articulado también se encuentran referencias a este tema.

De entrada, los principales inconvenientes que generan los arbitrajes multiparte vienen referidos al nombramiento de los árbitros y a la

⁵⁰ CAÍNZOS FERNÁNDEZ, J.A. «Las nuevas tendencias del arbitraje a través de los reglamentos de las cortes de arbitraje», en la obra colectiva de María José Menéndez Arias. *Anuario de Arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi. 2017, p. 123.

⁵¹ La versión española del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, se puede encontrar en el siguiente link: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/> (fecha de consulta: 27.02.2018).

determinación, en el momento de redactar la cláusula arbitral, de las partes que serán contendientes en el eventual arbitraje, además de concretar en qué momento se integrarán en el mismo.⁵²

Pues bien, para resolver las cuestiones relativas al nombramiento de los árbitros, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París establece, en su artículo 12.6 y para el caso de que la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, que las demandantes, conjuntamente, y las demandadas, conjuntamente, designen un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 13.⁵³

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». *Op. cit.*, pp. 670 y 671.

⁵³ En concreto, el artículo 13 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París dice lo siguiente: «1. Al nombrar o confirmar a los árbitros, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario General cuando le corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el artículo 13(2). 2. El Secretario General podrá confirmar como coárbitros, árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral a aquellas personas, designadas por las partes o en virtud de lo acordado por éstas, siempre que las declaraciones que hayan suscrito no contengan ninguna reserva respecto de su imparcialidad o independencia o, si la declaración contiene tal reserva, ésta no haya provocado objeción alguna de las partes. Dicha confirmación deberá ser comunicada a la Corte en la siguiente sesión. Si el Secretario General considera que un coárbitro, árbitro único o presidente de tribunal arbitral no debe ser confirmado, el asunto deberá someterse a la decisión de la Corte. 3. Cuando incumbe a la Corte el nombramiento de un árbitro, deberá efectuar dicho nombramiento sobre la base de una propuesta que al efecto solicitará a un Comité Nacional o Grupo de la CCI que considere apropiado. De no aceptar la Corte dicha propuesta, o si el Comité Nacional o Grupo no presenta la propuesta solicitada en el plazo fijado por la Corte, ésta puede reiterar la solicitud, solicitar una propuesta a otro Comité Nacional o Grupo que considere apropiado, o nombrar directamente a cualquier persona que considere apropiada. 4. La Corte podrá también nombrar directamente para actuar como árbitro a cualquier persona que considere apropiada cuando: a) una o más partes sean un Estado o puedan considerarse como una entidad estatal; b) la Corte considere que sería apropiado nombrar un árbitro de un país o territorio donde no haya Comité Nacional o Grupo; o c) el presidente certifique a la Corte la exis-

Además, en el artículo 12.8 se añade que, a falta de designación conjunta y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 13.

Por lo que respecta a la determinación de las partes que serán contendientes en el eventual arbitraje, se suministran datos sobre el particular en el artículo 7 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, en el sentido de autorizar a la parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje a que lo haga, pero debiendo presentar la solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional a la Secretaría. Además, para concretar en qué momento se integrarán en el arbitraje, el mismo precepto continúa diciendo que la fecha en la que la solicitud de incorporación sea recibida por la Secretaría, será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional.

Por último, se indica que ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la solicitud de incorporación.

En relación con los arbitrajes multicontrato, se suelen plantear en las transacciones de cierta entidad, como proyectos de financiación indus-

tencia de circunstancias que, en la opinión del presidente, hacen que el nombramiento directo sea necesario y apropiado. 5. El árbitro único o el presidente del tribunal arbitral será de una nacionalidad distinta a la de las partes. No obstante, en circunstancias apropiadas y siempre que ninguna de las partes se oponga a ello dentro del plazo fijado por la Corte, el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral podrá ser del país del cual una de las partes es nacional».

trial, que van acompañadas de un conjunto de contratos que regulan la operación, así como de diversas partes involucradas, lo que genera importantes dificultades relacionadas con la obtención del consentimiento necesario para arbitrar.⁵⁴ Para tratar de minimizar dichas dificultades, sería posible que todos los sujetos implicados en la operación comercial internacional concurrieran a la celebración de un contrato, distinto de los restantes que regularan el negocio en su conjunto, que contuviera una cláusula arbitral o que, de no ser ello viable, se incorporara a cada contrato relacionado, una cláusula arbitral que contuviera el consentimiento de las partes a la consolidación con los arbitrajes iniciados conforme a cualquiera de los otros contratos relacionados.⁵⁵

En definitiva, lo que se pretende evitar en estas situaciones, es que la tramitación de procedimientos de arbitraje separados, pero vinculados entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlos conjuntamente, pudiera provocar resoluciones contradictorias.

Pues bien, para remediarlo el artículo 9 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París establece que las demandas que surjan de o en relación con más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento.

En otro orden de cosas, la práctica arbitral pone de manifiesto ciertos inconvenientes generados, no tanto por la validez de la cláusula compromisoria, que no se debate en este momento, sino más bien por la falta de claridad en la redacción de la misma que suscita dudas sobre la voluntad de las partes en someterse al procedimiento arbitral y que requiere de la intervención judicial para subsanarlos. Es lo que se conoce en el mundo del arbitraje como cláusula patológica y que puede ser definida como la que incluye una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la

⁵⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». *Op. cit.*, p. 671.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 671.

institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal.⁵⁶

Son numerosos los ejemplos que pueden encontrarse en la jurisprudencia arbitral sobre esta figura, de entre los cuales ofreceremos uno reciente que pueda servir para ilustrar la comprensión de la misma. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolvió el 6 de abril de 2017,⁵⁷ un recurso sobre nulidad del laudo arbitral, en el que se debatía la interpretación que habría de darse a la difícil convivencia de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a la jurisdicción ordinaria que se contenían, respectivamente, en los contratos concluidos por las partes.

Pues bien, la problemática generada con la dualidad de regímenes de solución de conflictos establecida por la relación comercial, se saldó a favor del arbitraje, en tanto y en cuanto, la intención evidente de los contratantes, expresa en el contrato, era la de arbitrar.

Por lo tanto, se puede colegir de lo anterior que, en caso de duda, el juez debe interpretar la cláusula compromisoria atendiendo al denominado «efecto útil» y separar lo defectuoso de lo inválido.⁵⁸ De tal manera que se consiga la certidumbre necesaria de lo que deba considerarse una cláusula imprecisa, pero que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje, de aquella otra que lo impida totalmente.⁵⁹

⁵⁶ *Vid.*, al respecto, la definición de cláusula patológica en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». En *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 710.

⁵⁷ STSJ MU 659/2017 de 6 de abril de 2017, en el asunto que enfrentó al demandante: S.A. de Riegos, Caminos y Obras (Sarco) contra Infraestructuras Terrestres, S.A. (Intersa).

⁵⁸ Así, se expresa FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». *Op.cit.*, p. 712.

⁵⁹ Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, de 25 de enero de 2017, en el asunto que enfrentó a *Wangoluz Internacional, SL contra D. Bienvenido*, se inclinó por declarar la invalidez de la cláusula de sumisión al arbitraje en un contrato de franquicia que contenía el siguiente pacto: «en el

En consecuencia, lo que se exige de la sumisión al arbitraje es que las ambigüedades o imprecisiones que presente el pacto en cuestión, no lo invaliden, ya que por resultar tan oscuro no pueda fijarse la verdadera voluntad de las partes a favor del arbitraje.

Por el contrario, tampoco cabe esperar de los que lo interpreten una extralimitación de sus funciones, que conlleve una modificación del sentido exacto del acuerdo arbitral, sino más bien un justo equilibrio entre la búsqueda de la intención de las partes y la simple literalidad de la cláusula en cuestión. La finalidad, en última instancia, será la de aportar luz, pero no la reconstrucción de lo estipulado en el convenio, ya que apostar únicamente por el arbitraje supone dar la espalda a la otra cara de la moneda que viene representada por la tutela judicial, lo que debe realizarse con la medida debida y atendiendo al criterio de justicia que debe presidir la actuación de los operadores jurídicos en cualquier tipo de actividad legal.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Es una realidad indubitada en nuestros días, que el arbitraje se impone con fuerza como mecanismo de resolución extrajudicial de controversias en el comercio internacional. La agilidad con la que se producen los

caso de que cualquiera de las previsiones contenidas en este acuerdo se convierta en razón de litigio para cualquiera de las partes o si la terminación del acuerdo o la procedencia o montante de las compensaciones fijadas por el franquiciador, no logran la aquiescencia del franquiciador, la cuestión se determinará por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Murcia». Al respecto, se decretó la falta de validez del acuerdo arbitral, en tanto y en cuanto era oscuro y contradictorio, ya que, implicando un propósito de sumisión al arbitraje, concluía con una remisión a los juzgados y tribunales de Murcia, lo que implicaba un pacto de sumisión a la jurisdicción de los referidos tribunales, contradicción que conducía a que la voluntad expresada por las partes no pudiera entenderse como firme e inequívoca y dejaba abiertas las puertas a la duda o imprevisión de lo que debía quedar bien explicitado.

intercambios transnacionales, exige también de rapidez en la solución de las controversias que los mismos puedan producir.

Pues bien, dicha celeridad se consigue por el carácter definitivo que tiene el laudo y que impide, con ciertos límites, la posibilidad de interponer recurso. Además, la neutralidad de la que se hace gala en este tipo de procedimientos, supone que se pueda evitar la aplicación de ordenamientos jurídicos específicos y que los árbitros sean elegidos por las partes, lo que debe acabar con el temor de los sujetos respecto a la ventaja que pudiera llegar a desplegar el tribunal local para el que le corresponda. Por lo tanto, el arbitraje comercial internacional goza, en estos momentos, de buena salud, que debería verse incrementada en el futuro por los intentos, cada vez más eficaces y efectivos, de conseguir una uniformidad en la aplicación del texto convencional más importantes en la materia.

Han sido, fundamentalmente, las cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral las que han concentrado nuestra atención, tanto desde un plano formal como sustantivo. Así, partiendo de la autonomía o separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, se ha debatido sobre la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito. El requisito de escritura, además, vendría acompañado de la necesidad de que el acuerdo estuviera firmado por las partes, lo que en el tráfico mercantil actual podría sufrir ciertos menoscabos, derivados de la forma oral o del recurso a los mecanismos electrónicos que se suelen utilizar en la celebración de los contratos, sin que se tengan demasiado en cuenta los requisitos formales que se pudieran exigir para la validez de los mismos.

En definitiva, se ha constatado una tendencia hacia la flexibilización de la escritura y firma requeridas en el convenio arbitral, aunque con distintos grados de aceptación por parte de las diferentes instancias competentes encargadas de valorarlo en los Estados correspondientes. Hasta tal punto ello ha sido así que, las discrepancias provocadas por la interpretación divergente de las normas aplicables, se han tratado de solventar con los trabajos de la Cnudmi sobre la guía relativa a la

Convención de Nueva York, la modificación de la Ley Modelo y la recomendación relativa a los artículos II, párrafo 2) y VII, párrafo 1) de dicho texto internacional.

También se han dedicado comentarios al carácter de la relación jurídica, a la arbitrabilidad de la materia, así como a la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral, como requisitos exigidos para la validez de este último y que, por ende, pudieran llegar a obligar a un tribunal a remitir a las partes al arbitraje.

En todos estos casos se ha vuelto a confirmar la predisposición *pro validitate* del convenio, en base, por ejemplo, al principio de eficacia máxima, que permitiría acudir a cualesquiera de las leyes nacionales de los Estados involucrados en el procedimiento arbitral para conseguir la operatividad del mismo, cuando se debata sobre la capacidad de alguna de las partes. Idéntico resultado se aprecia con los arbitrajes multiparte y multicontrato, así como con las cláusulas patológicas, donde las dificultades que pudieran derivarse de la complejidad de los procedimientos, en el primer caso, o de las imprecisiones de la cláusula compromisoria, en el segundo, se han solventado generalmente a favor del arbitraje.

Esta respuesta positiva en beneficio del arbitraje ha sido posible en virtud, por un lado, de las normas aprobadas para los procedimientos complejos por las instituciones arbitrales, como la Cámara de Comercio Internacional de París; y, por otro, del denominado «efecto útil» que se impone en la interpretación por el juez de las cláusulas compromisorias oscuras, que ha de implicar, para esto último, una labor extra de análisis jurídico que permita conocer la verdadera voluntad de las partes.

En conclusión, llegan nuevos aires al procedimiento arbitral, que están arrastrando las tendencias de interpretación restrictiva existentes, para dar paso a un nuevo enfoque basado en la flexibilidad del convenio arbitral, que aboga por darle el mayor campo operativo posible con el objetivo de mantener intacta su validez; y, por ende, conseguir, finalmente, arbitrar.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR VIOLACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL: EL DAÑO Y SU REPARACIÓN

*Alberto Muñoz Fernández**

Sumario: 1. Introducción.— 1. Mecanismos para garantizar la eficacia del convenio arbitral.— 1.1. Redacción de una cláusula clara y amplia.— 1.2. Impugnación de la competencia mediante declinatoria.— 1.3. Posibilidad de continuar el procedimiento arbitral.— 1.4. *Anti-suit injunctions*.— 1.5. Mecanismos resarcitorios.— 2. Incumplimiento del convenio arbitral y daños que pueden derivarse.— 2.1. Descripción de algunas situaciones típicas de incumplimiento del convenio arbitral.— 2.2. Distintos perjuicios que origina el incumplimiento del convenio arbitral.— 2.3. Satisfacción parcial a través de las costas procesales.— 3. La acción de daños por incumplimiento del convenio arbitral.— 3.1. base jurídica de la acción.— 3.2. Posible obstáculo de la cosa juzgada.— 3.3. Competencia para conocer de la acción por daños.— 3.4. Ley aplicable a la acción por daños.— 3.5. Extensión de los daños.— 3.6. Algunos pronunciamientos de interés.— 4. Conclusiones.

Resumen: Del convenio arbitral se derivan auténticas obligaciones cuyo incumplimiento debe dar origen a la responsabilidad contractual del deudor. La acción resarcitoria presenta algunas dificultades como la valoración de los daños que genera la defensa ante el tribunal no elegido, o las implicaciones que pueda tener el examinar de nuevo la validez del acuerdo y la compensación que corresponde a la parte que sufre el incumplimiento. Sin embargo, no se puede poner en duda su admisibilidad. En

* Profesor contratado. Doctor de derecho internacional privado. Universidad de Navarra.

el arbitraje internacional puede resultar más complejo establecer las bases jurídicas de la acción, la autoridad competente para resolverla y la extensión de la reparación.

Abstract: The arbitration agreement gives rise to genuine obligations whose breach must give rise to the contractual liability of the debtor. The action for damages presents some difficulties such as the assessment of the losses generated by the defense before the unelected court, or the implications that it may have to examine again the validity of the agreement and the compensation that corresponds to the party that suffers the breach. However, its admissibility cannot be questioned. In international arbitration, it may be more complex to establish the legal bases of the action, the competent authority to resolve it and the extent of the reparation.

Palabras clave: Convenio arbitral; incumplimiento del convenio arbitral; declinatoria; medidas anti-proceso; acción por daños; compensación integral.

Keywords: Arbitration agreement; breach of the arbitration agreement; stay of proceedings; anti-suit injunctions; damages; full compensation.

1. INTRODUCCIÓN

En una obra dedicada al convenio arbitral no puede faltar un capítulo relativo a uno de los mecanismos que contribuye a reforzar su carácter vinculante: la posibilidad de obtener resarcimiento por los daños que se produzcan como consecuencia del incumplimiento del acuerdo arbitral. Si bien es verdad que el Convenio de Nueva York de 1958 (en adelante, CNY/1958)¹ y las legislaciones nacionales ordenan a los tri-

¹ Convenio de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, al que se adhirió España por Instrumento de 29 de abril de 1977 (BOE n.º 164 de 11 de julio de 1977; rect. BOE n.º 249 de 17 de octubre de 1986).

bunales remitir al arbitraje a las partes que han incluido en su contrato un convenio arbitral, también es verdad que ello ocurrirá siempre y cuando el demandado haga valer la cláusula a través de una declinatoria. La interposición de la declinatoria conlleva unos gastos y requiere una inversión de tiempo que la parte que sufre el incumplimiento no tiene por qué soportar. Además, en el ámbito del arbitraje internacional —que es en el que se enmarca este trabajo—, es muy probable que estos gastos sean más elevados.

Se puede afirmar que el deber del juez de dar ejecución al acuerdo arbitral cuando se interpone la declinatoria, es la clave para la existencia misma del arbitraje. No obstante, son necesarias otras medidas que disuadan a las partes de incumplir el acuerdo arbitral y de utilizar tácticas dilatorias, de manera que se refuerce el carácter vinculante de la cláusula y se garantice la indemnidad de las partes.

En la contratación internacional, el convenio arbitral constituye una herramienta especialmente útil para evitar la incertidumbre sobre el lugar y la manera en que resolverán, si llegara el caso, sus controversias. Las partes que celebran un convenio arbitral saben a qué tendrán que atenerse. Se obligan a no acudir a la justicia ordinaria para hacer posible la predictibilidad en cuanto a la autoridad competente para resolver sus disputas. Interponer una demanda ante un juez supone incumplir la obligación asumida.

Aunque este estudio se centra en la acción por daños derivada del incumplimiento del convenio arbitral, en el apartado primero se enunciarán otros mecanismos o modos de conseguir que la cláusula arbitral despliegue correctamente sus efectos. De esta forma, podremos contextualizar adecuadamente la importancia de la acción resarcitoria. Como veremos, esta acción será, normalmente, complementaria de otras vías encaminadas a exigir forzosamente el cumplimiento del compromiso de no litigar ante la justicia ordinaria.

En el segundo apartado de este trabajo se describirán las situaciones típicas de incumplimiento y los gastos que, de forma habitual, llevan aparejados. Normalmente, son los ocasionados para evitar o paralizar el proceso judicial: principalmente, la interposición de la declinatoria o la solicitud de una *anti-suit injunction*. En este sentido, es importante conocer el papel de las decisiones sobre las costas, que en muchos países tienen por objeto resarcir de ciertos gastos a la parte vencedora. Sin embargo, no siempre es así, y en la mayor parte de los casos, no cubre todos los gastos en los que puede incurrir la parte que sufre el incumplimiento de un acuerdo arbitral.

El tercer apartado se centra ya en la acción por daños. La primera cuestión que se afrontará es la de por qué debe admitirse una acción de responsabilidad contractual por el incumplimiento del acuerdo arbitral. El segundo problema al que se dará respuesta, es el de la sede ante la que se deberá resolver esta acción. En tercer lugar, se abordan las cuestiones de la ley aplicable a la acción y la estrechamente conectada del alcance de la responsabilidad. Finalmente, se ofrecen algunos argumentos para descartar la posibilidad de que el efecto de *res judicata* pueda afectar a esta acción por daños.

Para terminar, se ofrecen algunas conclusiones sobre la importancia de esta acción y sobre la necesidad de clarificar algunos aspectos relacionados con ella.

2. MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1. Redacción de una cláusula clara y amplia

En primer lugar, para evitar cualquier controversia en torno a la cláusula y para garantizar la eficacia del convenio arbitral, se debe poner especial atención en redactar una cláusula clara y lo suficientemente amplia, que no suscite dudas sobre la competencia del tribunal arbitral para

conocer de cualquier tipo de demanda conectada con el contrato.² El incumplimiento de la cláusula no siempre responde a motivos dolosos. En muchos casos se plantean dudas reales sobre su validez o alcance. Por esta razón, la correcta redacción de la cláusula arbitral es el mecanismo preventivo del incumplimiento por excelencia.

2.2. Impugnación de la competencia mediante declinatoria

En segundo lugar, cuando una de las partes incumple lo pactado y acude a la jurisdicción ordinaria, habrá que recurrir al cauce de la declinatoria para hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral, previsto tanto en el CNY/1958³ como en la generalidad de las leyes de arbitraje nacionales.⁴ En la mayor parte de las jurisdicciones, para que se admita este efecto, una vez interpuesta la declinatoria, será suficiente con que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

² Landon, Tanya & Sabine Schnyder. «Chapter 2. Remedies for Breach of the Arbitration Agreement - Dealing with Parties that try to Circumvent Arbitration». In *GLG International Comparative Legal Guide to International Arbitration*, 2015, 12.^a ed., p. 11.

³ Art. II (3) CNY/1958: «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». Como ha apuntado la doctrina, pese a su título, el CNY/1958 no se ocupa sólo del reconocimiento y ejecución de los laudos, sino también de los acuerdos arbitrales (BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 17).

⁴ El art. 11.1 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE n.º 309 de 26 diciembre 2003, en adelante, LARB) establece que «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. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda».

En el caso de que la declaratoria no prospere, las legislaciones procesales nacionales suelen establecer un sistema de recursos,⁵ tanto frente a la decisión sobre el fondo como contra la desestimación de la declaratoria. Incluso, si esos recursos fallasen (lo cual no será extraño, puesto que el demandante incumplidor ha podido buscar una jurisdicción menos favorable al arbitraje), cabría oponerse a la sentencia sobre el fondo en fase de exequátur.⁶ En efecto, es razonable pensar que en los países más partidarios del arbitraje se deniegue el exequátur a sentencias extranjeras por el hecho de que en el proceso de origen se haya ignorado un acuerdo de sumisión a arbitraje. Para algunos autores, la denegación del reconocimiento sería una obligación para los países que han ratificado el CNY/1958.⁷

2.3. Posibilidad de continuar el procedimiento arbitral

Otra previsión frente a este tipo de incumplimiento contractual es la regla —contenida en muchas leyes de arbitraje— que permite iniciar o proseguir el procedimiento arbitral, aunque se haya abierto un proceso judicial. De esta forma se desincentivan las acciones torpedo y otras tácticas dilatorias. Así, por ejemplo, nuestra ley de arbitraje establece que

⁵ En nuestro derecho, como señala Garcimartín, cabe recurso de reposición, sin perjuicio de la posibilidad de que el demandado alegue la falta de CJI en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 66 LEC). Frente a la sentencia de apelación, se puede denunciar la falta de competencia a través del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.1º LEC). V. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Cizur Menor: Civitas, 2016, 3.ª ed., p. 217.

⁶ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. «Anti-suit injunction: where does Gazprom leave us?». In *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 24/2015, p. 100.

⁷ Se desprendería del propio art. II CNY/1958. BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wölters Kluwer, 2014, 2.ª ed., vol. I, pp. 1289-1290. En esta obra se mencionan varias sentencias inglesas, estadounidenses y suizas en las que se sostiene la obligación de denegar el exequátur con base en el CNY/1958. El mismo autor afirma que, del hecho de que el RBI *bis* no lo incluya entre sus motivos de denegación, no cabe deducir, de ninguna manera, que los Estados miembros no puedan denegar el reconocimiento a sentencias dictadas en violación de un acuerdo arbitral.

la pendencia de un proceso judicial sobre la declinatoria, no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.⁸

2.4. Anti-suit injunctions

Por otro lado, existe la posibilidad de solicitar ante un tribunal de la sede del arbitraje o ante el propio tribunal arbitral⁹ que inste el cumplimiento de la obligación a través de las llamadas *anti-suit injunctions*.¹⁰ Estas órdenes, que van dirigidas al litigante incumplidor, son más frecuentes en el ámbito anglosajón. Cabe acudir a ellas cuando ya se ha producido el incumplimiento del convenio arbitral (normalmente, ante la desestimación de la declinatoria)¹¹ o incluso antes, cuando una parte amenaza con interponer la demanda ante un tribunal nacional.¹² Para dictar este tipo de órdenes se han utilizado argumentos como que a la parte que ha sufrido el incumplimiento, no se le puede imponer soportar los gastos de defenderse en otra jurisdicción; que son acciones *in personam*; y, por lo tanto, no se dirigen contra el tribunal extranjero; que la solicitud de

⁸ Art. 11.2 LARB; art. 8.2 Ley Modelo Uncitral. Como señala el punto III de la Exposición de Motivos de nuestra LARB, se consigue así «que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje».

⁹ Puede hacerlo, tanto un árbitro de emergencia como el propio tribunal arbitral si ya está constituido, con base en el poder de los árbitros para conceder tutela provisional. El problema de las *anti-suit* dictadas por árbitros, es su falta de poder para ejecutar medidas, lo que puede desincentivar el incumplimiento de la orden (LONDON, Tanya & Sabrina SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9).

¹⁰ Sobre la efectividad de este tipo de medidas para hacer valer los acuerdos arbitrales, v. MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. «Anti-Suit Injunctions and the Recoverability of Legal Costs as Damages for Breach of an Arbitration Agreement». In *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2008, vol. 74, pp. 12-28; Andrews, N. *Arbitration and Contract Law, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016, pp. 72-81.

¹¹ BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, 2.^a ed., vol. I, p. 1270.

¹² LONDON, Tanya & Sabrina SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 8.

la medida anti-proceso se ha hecho lo antes posible; y que el objetivo de la orden, es que se cumpla un contrato, no atacar una decisión de un tribunal extranjero.¹³

En el ámbito de la Unión Europea, estas medidas anti-proceso se encuentran muy limitadas.¹⁴ Como ha señalado Rosende Villar, siguiendo la sentencia del caso *Gazprom*, las órdenes conminatorias emitidas por tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro que impidan el inicio o continuación de un procedimiento judicial ante otro Estado miembro no se oponen al Reglamento n.º 1215/2012 (en adelante, *RBI bis*)¹⁵ por estar al margen de su ámbito de aplicación, debiendo decidirse su validez, reconocimiento y ejecución conforme al derecho interno y al derecho internacional aplicable.¹⁶ Sin embargo, en opinión de la misma autora, resulta más complicado pronunciarse sobre las órdenes conminatorias emitidas por órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en apoyo de un arbitraje. En el asunto *West Tankers*, se afirmó su incompatibilidad con el Reglamento n.º 44/2001 (en adelante, *RBI*).¹⁷

¹³ Éstos son los argumentos que se emplearon en el célebre caso *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. vs. Pagnan SpA (The Angelic Grace)* (1995) 1 Lloyd's Rep 87, 94. Recogido en Bantekas, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge University Press, edición de Kindle, p. 137.

¹⁴ En efecto, tras la STJUE de 10 de febrero de 2009, C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni GeneraliSpA vs. West Tankers Inc.* (en adelante, *West-Tankers*) parece claro que no cabe dictar estas órdenes contra quien litiga en otro Estado miembro cuando la determinación de su competencia podría venir determinada por el RBI.

¹⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL n.º 351 de 20 diciembre de 2012).

¹⁶ ROSENDE VILLAR, Cecilia. «A vueltas con las *anti-suit injunctions*. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, Asunto *Gazprom*». *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 6/2015. En el mismo sentido, LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL n.º 12 de 16 enero 2001).

En el asunto Gazprom no se abordó la cuestión directamente, por lo que no queda claro si la solución debe ser la misma con el RBI *bis*.¹⁸

La limitación del uso de estas medidas es una de las razones por las que la comunidad arbitral está mostrando un mayor interés por buscar nuevas vías para garantizar la efectividad de las cláusulas arbitrales,¹⁹ y es donde la acción de resarcimiento cobra especial importancia.

2.5. Mecanismos resarcitorios

Las dos principales vías para exigir el cumplimiento del acuerdo arbitral, son la declinatoria y las *anti-suit injunctions*. Sin embargo, la parte que hace uso de ellas, habrá tenido que incurrir en unos gastos. En principio, muchos de ellos deberían ser compensados en la decisión sobre las costas que acompañen ambas decisiones judiciales. Normalmente, la concesión de las costas no será suficiente para satisfacer las pérdidas de la parte que sufre el incumplimiento, por lo que será preciso conceder una acción por daños.

3. INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL Y DAÑOS QUE PUEDEN DERIVARSE

3.1. Descripción de algunas situaciones típicas de incumplimiento del convenio arbitral

Existen importantes estudios sobre la naturaleza contractual del convenio arbitral que evidencian que de él se derivan, no meras cargas y fa-

¹⁸ Como bien recoge Rosende Villar, quien sí adelanta su parecer es el abogado general en sus conclusiones previas a la sentencia del caso Gazprom, «una orden conminatoria no se opondría al Reglamento n.º 1215/2012, pues, al tratarse sobre un procedimiento en apoyo de un arbitraje, quedaría al margen de aquél. Ello, sin perjuicio de que su validez, reconocimiento y ejecución, se hayan de decidir conforme al derecho interno y al derecho internacional aplicables» (ROSENDE VILLAR, Cecilia. *Op. cit.*). Ver también, GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 43.

cultades procesales, sino auténticas obligaciones cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.²⁰

La obligación más característica que se deriva del convenio arbitral es la de abstenerse de acudir a la vía judicial,²¹ y la omisión de esta obligación hace que el que sufre el incumplimiento tenga que incurrir en unos gastos. Cuando las partes celebran un acuerdo de estas características, está claro que su intención es adquirir seguridad sobre dónde se resolverán sus controversias. Demandar ante otra instancia supondría frustrar esta expectativa.

Los motivos que llevan a una parte a incumplir con la obligación de acudir a la justicia ordinaria pueden ser muy variados. Desde dificultar, retrasar o incluso esquivar el arbitraje, a tratar de obtener una sentencia más favorable en los tribunales del propio país.²² Puede que, en ocasiones, como se dijo en el apartado anterior, se deba, simplemente, a la inseguridad sobre la validez o alcance de la cláusula arbitral.

La necesidad de incurrir en gastos para interponer la declinatoria (hacer valer el efecto negativo), no es la única situación en la que la actitud de

²⁰ Por todos, DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Madrid: Civitas, 2010, en especial, pp. 81-110.

²¹ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1272. Frente a esta opinión, v. AAP Madrid (sección 10), n.º 25/2012 de 18 enero 2012 (JUR 2012\58923), en cuyo F. 10 se afirma que «[e]n la LARB ha desaparecido el *favor iurisdictionis* de la LARB 1988, pero lo cierto es que la circunstancia de que la exclusión de la jurisdicción se configure como un contraderecho, que opera solo, *ope exceptionis*, y que su tratamiento procesal confíe a la declinatoria, tiene, entre otras, esta inevitable consecuencia: entre las obligaciones que el convenio arbitral válido establece entre las partes de «cumplir lo estipulado», no figura la obligación de abstenerse de interponer demanda ante los tribunales civiles sobre la misma cuestión que fue sometida a arbitraje».

²² LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 7. SCHERER, Matthias. «Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement». Kluwer Arbitration Blog, February 21, 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/02/21/damages-as-a-sanction-for-commencing-court-proceedings-in-breach-of-an-arbitration-agreement/>.

una de las partes en relación con un convenio arbitral puede generar gastos a la otra parte. Ocurrirá también después cuando se presenten los sucesivos recursos o se pretenda la denegación del exequátur. También es necesario incurrir en gastos legales cuando se hace necesario compeler a una de las partes para acudir a arbitraje (hacer valer el efecto positivo) o contestar a la impugnación del convenio cuando se pretende iniciar el arbitraje.²³

Otra situación que se plantea en ocasiones, es que un Estado que ha firmado un acuerdo arbitral, acude después a sus tribunales para que dicten injunction para bloquear el arbitraje, alegando que, según su derecho interno, no pueden someterse a arbitraje²⁴ (de ahí que la ley española tenga una previsión frente a esas situaciones).²⁵

Hay situaciones en las que se podrían plantear dudas acerca de si se está incumpliendo el convenio y produciendo gastos a la otra parte. Por ejemplo, cuando es necesaria una decisión preliminar en relación con un procedimiento arbitral. Surge la cuestión de si, cuando todavía no se ha constituido el tribunal arbitral, es legítimo acudir a la vía judicial para evitar retrasos. Como recoge Bantekas, pese a que la cuestión puede tener repercusión sobre el fondo, un tribunal danés sostuvo que, en ausencia de una disposición específica en el reglamento aplicable y en la ley de arbitraje, acudir al juez no constituía un incumplimiento del acuerdo arbitral.²⁶

²³ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, en especial, p. 157; LANDON, Tanya & Sabrina SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 7.

²⁴ BANTEKAS, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge University Press (edición de Kindle), p. 145. BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 459.

²⁵ Art. 2.2 LARB.: «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 que dimanen del convenio arbitral».

²⁶ BANTEKAS, Ilias. *Op. cit.*, p. 136. La sentencia a la que se refiere el autor es *Vestas Wind Systems A/S vs. ABB A/S*, Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 13 enero 2012.

Otro escenario en el que no podría hablarse de incumplimiento es aquél en que se acude a los tribunales para evitar un procedimiento arbitral cuando el acuerdo arbitral contenía una elección de ley y de sede que buscaban eludir la aplicación de normas imperativas.²⁷

3.2. Distintos perjuicios que origina el incumplimiento del convenio arbitral

En las situaciones a las que hemos aludido y en las que, de alguna manera, una de las partes pretende evadirse de los efectos del convenio arbitral, exigen a la parte que sufre el incumplimiento, incurrir en unos gastos en los que no hubiera incurrido, de respetarse el acuerdo.

Para la interposición de la declinatoria puede ser necesario que una empresa tenga que contratar un abogado local y dedicar mucho tiempo y recursos de sus administradores y de sus propios abogados. Pero, no sólo eso, si el tribunal considerase responsable al demandado (el que sufre el incumplimiento) se le podría condenar en costas que podría cubrir las tasas judiciales y los gastos legales de la otra parte. Además, en caso de que se siga un procedimiento arbitral paralelo, existiría un riesgo de decisiones contradictorias con la consiguiente falta de seguridad jurídica.²⁸ Incluso, podríamos pensar en que la interposición de una demanda judicial podría poner en riesgo la confidencialidad que las partes buscaban con la cláusula, así como la búsqueda de neutralidad.

Además, como ha recordado De Benito Llopis-Llombart, «antes del establecimiento de la declinatoria con la LEC/2000, la facultad excluyente de la jurisdicción estatal sólo podía oponerse mediante la formulación de una excepción dilatoria. Y ello determinaba, salvo en el juicio de mayor cuantía, que sólo se pudiera dar la razón al demandado tras un proceso declarativo ordinario cuyo objeto incluía, no sólo la validez y vigencia del convenio arbitral, sino también el fondo del litigio com-

²⁷ BANTEKAS, Ilias. *Op. cit.*, p. 140.

²⁸ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 8.

prometido. A ello había que sumar los posibles recursos, ninguno de los cuales era específico para la decisión sobre la excepción de compromiso. No es descabellado pensar que otras jurisdicciones, herederas o no de nuestra tradición procesal, mantienen sistemas similares».²⁹

3.3. Satisfacción parcial a través de las costas procesales

Muchos de los gastos en los que debe incurrir la parte que quiere hacer valer los efectos del convenio arbitral frente a una parte reticente, son gastos vinculados a un proceso judicial (interponer una declinatoria, solicitar una medida anti-proceso, defender en un procedimiento la validez de una cláusula, etc.).

Normalmente, las legislaciones procesales utilizan el instituto de las costas procesales para resarcir de algunos gastos procesales a la parte ganadora. Esto no siempre es así. Las normas procesales de algunos países hacen que, en ocasiones, la parte ganadora tenga que asumir también una parte importante de los gastos.³⁰ Por otro lado, no todas las legislaciones incluyen los mismos conceptos en las costas.

²⁹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 161-162.

³⁰ En sistemas como el de Estados Unidos, es posible que una parte que ha vencido en la declinatoria tenga, aun así, que pagar una parte importante de sus gastos. Según la *American Rule*, cada parte asume los gastos causados a su instancia (normalmente, sólo se conceden a la parte vencedora los honorarios de los funcionarios y agentes encargados de las notificaciones, del taquígrafo, gastos de imprenta, etc.) (DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 154). No obstante, la regla tiene excepciones, especialmente, en casos de demandas abusivas, manifiestamente carentes de fundamento. Además, en casos de incumplimiento grave del contrato, será posible un laudo en el que se impongan *punitive damages* que permitirían a la parte victoriosa recuperar sus gastos de abogados (*attorneys' fees*). Sin embargo, en la mayor parte de los casos, la *American Rule* lleva a sorpresas desagradables (ganar un juicio y tener que hacer frente a gastos cuantiosos). SCHLECHTRIEM, Peter. «Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law». *26 Journal of Law and Commerce* (2006-07), pp. 71-80.

De Benito Llopis-Llobart ha analizado el alcance que puede tener la resolución sobre las costas en el derecho procesal español, en relación con la declinatoria. En su opinión, de la forma de concebir la eficacia del convenio arbitral se sigue la «necesaria condena en costas al demandante que pierde la declinatoria ex compromiso». Pese a no estar específicamente contemplado en la ley, es lógico que el auto estimatorio de la declinatoria, lleve aparejada la condena en costas (en aplicación del principio del vencimiento).³¹

Como afirma el mismo autor, pese a no seguir un criterio culpabilístico (sólo en ocasiones se toma en consideración la temeridad), el fin de las costas es indemnizatorio (aunque como se verá más adelante no sustituye a la acción de indemnización).³²

Según establece el art. 394.1 LEC, en relación con los procesos declarativos, «las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». En el párrafo segundo de dicho precepto, añade que «[p]ara apreciar, a efectos de condena en costas que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Los tribunales españoles aplican con bastante rigor el principio de vencimiento objetivo, como puede apreciarse en numerosos autos recientes.³³ Siguen, en este sentido, el criterio muy restrictivo del TS de

³¹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 152. Numerosos pronunciamientos judiciales han mantenido esta postura. Ver, por ejemplo, AAP Sevilla (sección 5.ª), n.º 6/2017 de 12 enero 2017 (JUR\2017\189955); AAP Ourense (sección 1.ª), n.º 50/2017 de 2 mayo 2017 (JUR\2017\160151).

³² DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 152-153.

³³ AP Sevilla (sección 5.ª), n.º 6/2017 de 12 enero 2017 (JUR\2017\189955), F. 4: «[...] resulta que la entidad actora ha visto rechazada sus pretensiones, ya que expresamente se opuso a la estimación de la declinatoria promovida por los demandados, de modo que la decisión ajustada a derecho ha de ser la de imponerle las costas de primera instancia, como así ha ocurrido».

«considerar que la posibilidad de imposición de costas constituye un riesgo potencial que exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramientos convenientes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones». ³⁴ Éstas se impondrán, incluso, si el demandante incumplidor muestra después su conformidad con la declinatoria. ³⁵

Como se ha señalado, la existencia de temeridad puede suponer algunas diferencias a la hora de imponer las costas. Si, normalmente, el art. 394.3 LEC establece unos límites en cuanto a las costas derivadas de los gastos de abogados y otros profesionales, esta limitación no cabe en caso de que el tribunal aprecie temeridad.

Es importante destacar con De Benito Llopis-Llombart que, en el caso de las costas, no se sigue el principio del resarcimiento íntegro, no se reconoce el derecho del vencedor a quedar indemne. Se limita a los gastos generados por actuaciones estrictamente preceptivas y realizadas estrictamente dentro del proceso, por lo que se dejan fuera todos los gastos legales no relacionados directamente con una concreta actuación judicial. Las costas, de ningún modo, cubren la totalidad de los gastos que ocasiona un proceso. ³⁶

4. LA ACCIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL

Hemos visto que la imposición de costas no cumple completamente con la finalidad de dejar indemne a quien sufrió el incumplimiento. Como ha afirmado De Benito Llopis-Llombart, debe quedar abierta la puerta para la reclamación del resto de los daños y perjuicios sufridos, pues todo compromitente tiene derecho a quedar completamente indemne de los daños sufridos, a resultas del incumplimiento de la contraparte. ³⁷

³⁴ AAP Alicante (sección 5ª), de 19 julio 2017 (JUR\2017\245190).

³⁵ AAP Madrid (sección 9ª), auto n.º 234/2017 de 2 junio 2017 (JUR\2017\217174).

³⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 155-156.

³⁷ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 157.

Aquí es donde encuentra su lugar la acción de resarcimiento por daños. Se aportarán, en primer lugar, algunos argumentos para justificar su admisibilidad; y, a continuación, se describirá la acción en lo referente a la competencia, ley aplicable y alcance del resarcimiento.

4.1. Base jurídica de la acción

Como se adelantó en el apartado 2.1 de este trabajo, el convenio arbitral tiene naturaleza contractual y de él se derivan auténticos derechos y obligaciones. Tiene, indudablemente, un valor patrimonial.³⁸ De él no se desprenden meras cargas y facultades procesales, sino auténticos derechos y obligaciones. Al existir un auténtico derecho y una auténtica obligación, el incumplimiento genera los remedios habituales a quien sufre el incumplimiento, entre ellos, la acción de responsabilidad.

En el derecho español, el fundamento se encuentra en el art. 1101 CC.³⁹ La acción de resarcimiento es independiente de la de cumpli-

³⁸ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.* Este autor analiza la discusión doctrinal (que enlaza con la de la concepción material frente a la formal del convenio arbitral) sobre el carácter patrimonial de las obligaciones y una posible distinción entre obligaciones procesales y sustantivas. Su postura es que toda obligación contiene el doble elemento personal y patrimonial (responsabilidad en caso de incumplimiento). El carácter patrimonial (o su valor pecuniario) de la cláusula compromisaria se apreciaría en su frustración o incumplimiento (p. 148), pero, también en la práctica de las negociaciones, donde la cláusula es un arma para negociar. Es un modo de comprar seguridad jurídica en la compleja y arriesgada contratación internacional (p. 150). Subraya, en ese sentido, que es una parte indisoluble del contrato en el que se integra (pp. 150-151). Como bien apunta este autor, en *The Bremen (The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 [1972])* el Tribunal Supremo de Estados Unidos casó una sentencia que había dejado de aplicar una cláusula de sumisión por *forum non conveniens* y señaló el carácter plenamente obligatorio de los pactos de sumisión (p. 151). El tiempo que se dedica a litigar la cuestión jurisdiccional también es otra prueba, según De Benito, de su valor patrimonial.

³⁹ STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544), F. 3, en relación con un acuerdo de elección de foro se subrayó su carácter obligatorio. De ello dedujo que su incumplimiento genera la responsabilidad del deudor, que se traduce en la indemnización de los

miento (ya sea *in natura* o por equivalente). Se exige que los daños sean probados y que se deriven de un incumplimiento. La indemnización del daño no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el daño derivado de él, no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación, que —eso sí— surge del daño injusto de incumplimiento de otra anterior. Los requisitos de la acción de resarcimiento son:

- a) El incumplimiento del deudor (morosidad o contravención del tenor de la obligación);
- b) Que el incumplimiento produzca daño al patrimonio o los intereses del acreedor. Tendrá que probarlos;
- c) Que el daño sea objetiva o subjetivamente imputable al deudor: que sea previsible y que haya intervenido dolo o negligencia por su parte.⁴⁰ Entre los perjuicios resarcibles, según el art. 1106 CC, estarían la satisfacción del interés negativo o de confianza del acreedor (realizados por causa de la obligación incumplida) o los menoscabos en otros bienes ajenos a la obligación, incluida la ganancia de percibir (lucro cesante).⁴¹

Es preciso que concurra dolo o negligencia para la imputación del deudor. El dolo implica mala fe, incumplimiento voluntario. La prueba

daños y perjuicios (art. 1101 CC). Para el TS, «la elección del derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual». Demandar en USA «ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual». DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 159-160.

⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Curso de derecho civil II: derecho de obligaciones*. Madrid: Colex, 2008, 2.^a ed., p. 196.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 196.

de ello correspondería al acreedor. La culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (si no se expresa otra cosa, será la del buen padre de familia).

En general, en los países del *common law*, los acuerdos de arbitraje son efectivos como una cláusula contractual, cuyo incumplimiento se puede compensar por la vía de los daños, sin necesidad de que se aprecie mala fe. Pese a ello, en la práctica, los árbitros tienen dudas a la hora de conceder daños o indemnizar salvo que el proceso judicial estuviera afectado por mala fe o abuso de proceso.⁴²

Sin embargo, en los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, la responsabilidad por incumplimiento suele basarse en la culpa. Por lo que, siguiendo la teoría general, sólo se concederían daños si el incumplimiento fue con dolo (intención) o negligencia. Por consiguiente, si el incumplidor actuó creyendo que el acuerdo era nulo, podría quedar exonerado si se determina que no hubo falta en esa creencia. En todo caso, será difícil apreciar esa negligencia en los casos en los que el tribunal no aceptó la declinatoria.⁴³

Como se verá en el apartado correspondiente, la ley aplicable al fondo del asunto, será importante a estos efectos.

Como ha señalado Morales Moreno, puede entenderse que habrá incumplimiento, cuando no se realice o ejecute exactamente cualquier prestación, ya sea principal o accesoria, derivada del contrato.⁴⁴

Es la vía para resarcirse de los gastos en los que se incurre en los procedimientos para bloquear o para defenderse en los procesos paralelos,

⁴² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ MORALES MORENO, Antonio Manuel. *La modernización del derecho de las obligaciones*. Madrid, 2006.

y posibles condenas sobre fondo o en costas que haya sufrido en dichos procesos.⁴⁵

Como ha afirmado Jaroslavsky, el objetivo de la acción de responsabilidad por daños es colocar a la parte inocente en la posición en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido. Por tanto, si una parte ha sufrido pérdidas por haber tenido que litigar en otra jurisdicción a la que no debería haber acudido de no mediar incumplimiento, tendrá derecho a resarcirse de esos daños. Tendrá que demostrar, como en cualquier acción por daños, que los daños son consecuencia directa del incumplimiento de la otra parte.⁴⁶

La acción de resarcimiento tiene un carácter sustitutivo o complementario.⁴⁷ En general, haber interpuesto la declinatoria será un requisito para poder interponer esta acción.⁴⁸ Ésta deberá admitirse con independencia de que el proceso judicial se haya iniciado antes o después que el arbitral.⁴⁹ La previa interposición de la declinatoria es importante porque, de esa forma, la parte incumplidora no podrá alegar frente al que ahora solicita el resarcimiento que no se trataron de mitigar los daños ni que ha renunciado al derecho a acudir a arbitraje.⁵⁰

Por otro lado, el hecho de que la distribución de las costas se recoja en normas procesales no afecta al carácter compensatorio de esas reglas.

⁴⁵ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ LANDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9. JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 12.

Si una parte hace caso omiso a una *anti-suit injunction*, se podría impugnar la competencia del juez mediante declinatoria. Después, la parte agraviada podría interponer una acción por daños para recuperar las pérdidas sufridas en la litigación. Finalmente, esta parte podría pedir la denegación del reconocimiento. Como regla general, la impugnación de la competencia es un requisito para cualquier otra acción (GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, p. 100).

⁴⁸ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁰ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 19.

Son muchos los casos en los que se recuperan como daños y que siguen los principios de los daños.⁵¹

Como ha señalado Jaroslavsky, la acción debe estar disponible incluso cuando el juez extranjero todavía no se ha pronunciado sobre la impugnación de la competencia. Podría solicitar ante el árbitro todos los daños, pero habrá de evitarse el doble cobro. Para ello deberá comprometerse a intentar recuperar los mismos gastos ante el juez.⁵²

Como aclara este mismo autor, la acción por daños no supone una revisión de lo resuelto por el tribunal extranjero. La cuestión a resolver será si se produjo un incumplimiento del acuerdo arbitral. El tribunal arbitral valorará a continuación si existe un desequilibrio entre la posición actual del que ha sufrido el incumplimiento y cuál hubiera sido su situación si no se hubiera producido el incumplimiento.⁵³

En Estados Unidos ha existido una discusión sobre la viabilidad de estas acciones. En todo caso, las posibilidades de que se susciten no son muy altas, dado que suelen funcionar los mecanismos preventivos (ya sean las *anti-suit injunctions*, ya sea la declinatoria).⁵⁴

En países donde las anti-suit injunctions no son fáciles de obtener ni de ejecutar, como Suiza, sí son más frecuentes las acciones de daños por incumplimiento ante un tribunal arbitral. Existen dos sentencias recientes del Tribunal Supremo de Suiza en las que se denegó la anulación

⁵¹ SCHLECHTRIEM, Peter. «Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law». *26 Journal of Law and Commerce* (2006-07), p. 76.

⁵² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 19.

⁵³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 14-15.

⁵⁴ LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9. En el mismo sentido, JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 22, ha apuntado que la razón por la que no se suelen conceder daños es la dificultad para cuantificar los daños por incumplimiento de un acuerdo de sumisión a un tribunal y por el posible impacto negativo sobre el *comity* internacional (v. *OT Africa Line Ltd. vs. Magic Sportswear Corp.*, n.º 15, para. 33).

de laudos que habían concedido daños. De ello se deduce su admisibilidad en ese país.⁵⁵

Es cierto que pueden apuntarse algunas dificultades para su aceptación. Según Redfern, el acuerdo de arbitraje es un contrato con obligación imperfecta. Si se incumple, es difícil que un laudo de daños sea un remedio práctico, dada la dificultad de cuantificar las pérdidas.⁵⁶

Born también ha señalado que, aunque en el pasado (dada la imposibilidad de hacer cumplir en especie) era el único remedio, la acción por daños resulta un modo inseguro e inadecuado de ejecución de la obligación.⁵⁷ Según este autor, el cálculo de los daños es difícil y especulativo.⁵⁸ Cita, incluso, varias decisiones en las que se deniega este derecho.⁵⁹ Sin embargo, el propio Born concluye que, siendo verdad que es un remedio inadecuado considerado aisladamente, puede, sin embargo, ser un modo adicional de hacer efectivos los acuerdos arbitrales, incrementando los desincentivos para incumplir.⁶⁰

⁵⁵ LONDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN, & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 17.

⁵⁷ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, 2.^a ed., vol. I, p. 1305. Cita el caso *Riggs vs. MySpace, Inc.*, 444 F.Appx. 986, 987 (9th Cir. 2011). En él se desestimó la pretensión porque el demandante no consiguió alegar ningún daño reconocible jurídicamente. Menciona también el caso *Price vs. Cushman & Wakefield, Inc.*, 829 F. Supp. 2d 201, 218 (S.D.N.Y. 2011) en el que se dijo que, incluso asumiendo que el solicitante tuviera el derecho al arbitraje, el demandante no consiguió probar un elemento esencial de la acción por incumplimiento, a saber, que exista algún daño resultante del incumplimiento.

⁵⁸ Born cita el caso *OT Africa Line Ltd vs. Magic Sportswear Corp.* [2005] EWCA Civ. 710 (English Ct. App.). En él se afirmó que los daños no eran fácilmente calculables y que sólo podían serlo comparando las ventajas y desventajas de los respectivos foros. Y esto podría constituir una mayor ofensa al *comity* que una *antisuit*.

⁵⁹ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1306.

⁶⁰ BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 1305-1306.

Para Schluter, una resolución concediendo resarcimiento por daños en casos de esta índole podría encontrar en la UE el obstáculo del principio de confianza mutua entre los tribunales de los Estados miembros.⁶¹

Sin embargo, como afirma Jaroslavsky, la concesión de los daños no significa el no reconocimiento de una sentencia extranjera o una revisión de lo actuado por otro tribunal. La acción se centra en la conducta incorrecta de una de las partes y no supone la revisión de lo resuelto por un tribunal extranjero.⁶²

En definitiva, la acción será posible en la medida en que el solicitante pueda probar que ha sufrido pérdidas y que éstas han sido consecuencia del incumplimiento del convenio arbitral.

Existen algunos casos en los que la acción por daños no sería posible. Por ejemplo, si ante el tribunal extranjero se compensó completamente al litigante inocente conforme a la misma base jurídica, o cuando esta parte hubiera quedado exactamente en la misma posición en el caso de que no se hubiera producido el incumplimiento. En estos dos casos, la parte inocente no habría sufrido daño alguno. Como ha señalado Jaroslavsky, no es que en esos casos no haya responsabilidad por incumplir el acuerdo, lo que ocurre es que no se puede cuantificar ninguna pérdida que se deba compensar. Si se le hubiera compensado sólo en parte, todavía tendría la acción por daños para recuperar lo no recibido.⁶³

Cabe añadir, finalmente, que cuando el litigante rebelde continuó con su litigación en el extranjero, pese a que el tribunal arbitral ordenó una medida anti-proceso, se podría justificar la acción por daños en la

⁶¹ SCHLUTER, Zoe. «Breach of an arbitration agreement: the available remedies». In *PLC Magazine*, 24-Mar-2016.

⁶² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 14.

⁶³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 14.

violación del compromiso de las partes de cumplir con los laudos (aunque éstos no sean finales, sino una mera orden).⁶⁴

4.2. Posible obstáculo de la cosa juzgada

Algunos autores han advertido que la acción resarcitoria podría encontrar el obstáculo de la excepción de cosa juzgada en la medida en que cabría interpretar que el juez que conoció de la acción que supuso el incumplimiento, ya se pronunció sobre la posible compensación de la parte inocente. Si, por ejemplo, los tribunales de un país deciden no conceder costas, tal decisión tiene efectos procesales, pero no impide la reclamación de los daños por incumplimiento contractual en un procedimiento *ad-hoc*. En todo caso, las costas que se concedan en el proceso judicial se tendrán en cuenta para reducir la cantidad que puede ser reclamada.⁶⁵

La cuestión es más clara en los casos en los que el país donde se demandó de forma ilegítima, prevé la asignación de costas al ganador. Más problemático es el caso de los países que sí suelen concederlas. Si teniendo la posibilidad, no las conceden, la concesión posterior de los daños por el tribunal arbitral se podría ver como un volver a valorar lo que ya se valoró. De hecho, en el Reino Unido, en el caso *Union Discount Co. Ltd. vs. Zoller and Others*,⁶⁶ una de las condiciones que se señalaban para conceder la acción por daños, era que en la jurisdicción donde se impugnó la competencia sólo excepcionalmente condenan costas al vencedor. No obstante, este requisito se fue difuminando en casos posteriores.⁶⁷

⁶⁴ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁶⁵ DE BENITO LLOPIS-LOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁶ [2002] 1 W.L.R. 1517.

⁶⁷ Así se señaló en *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797. V. MICHAELSON, JUSTIN & GORDON BLANKE. *Op. cit.*, p. 22.

En el caso de que el tribunal donde se interpuso la demanda de forma ilegítima, denegase la declinatoria también se podría plantear la cuestión de si dicho pronunciamiento debería vincular al tribunal arbitral (efecto de cosa juzgada) o, incluso, si conceder una acción por daños por considerar que el acuerdo arbitral era válido, podría afectar al *comity*. Sin embargo, existen casos en los que ya se ha afirmado que el tribunal arbitral no está vinculado en este punto. Como ha señalado Jaroslavsky, no puede apreciarse vulneración de la cosa juzgada ni del *comity*, dado que no se puede privar a los árbitros internacionales de su jurisdicción para abordar una demanda sobre la validez del acuerdo arbitral.⁶⁸

4.3. Competencia para conocer de la acción por daños

Una vez aceptada la posibilidad de que se conceda una acción por daños al litigante que sufrió el incumplimiento del acuerdo arbitral y que tuvo que incurrir en gastos en un proceso ante una autoridad distinta de la acordada en el contrato, se plantean algunos interrogantes acerca de la autoridad que debe conocer de estas acciones y la ley que se debe aplicar para determinar si se conceden los daños.

El problema de la competencia se plantea porque, como es sabido, la competencia de los árbitros sólo alcanza a los litigios a los que se refiere la cláusula. Ésta normalmente hace referencia a las controversias que se deriven de un contrato. Surgiría la duda de si una disputa en relación con unos gastos procesales estaría dentro del objeto del convenio arbitral.

Por otro lado, la particular naturaleza del convenio arbitral, como un acuerdo separado dentro del contrato principal y con efectos procesales, hace surgir dudas sobre si compete a los árbitros conocer de una disputa que haga referencia a la cláusula⁶⁹ (como sería el caso de la

⁶⁸ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 30-32.

⁶⁹ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

acción por daños a la que hace referencia este trabajo). Podría pensarse que las partes quieren someter a los árbitros las disputas surgidas en relación con las obligaciones surgidas, por ejemplo, de una compraventa; pero, también están pensando en disputas que puedan surgir en relación con la propia cláusula arbitral?

Según De Benito Llopis-Lombart, la acción resarcitoria necesariamente deberá ejercitarse en vía arbitral, pues es una acción que nace del incumplimiento de una cláusula más del contrato. Es una manifestación de la accesoriedad. No obstante, señala que la cláusula debe ser suficientemente amplia.⁷⁰

La redacción de una cláusula lo suficientemente amplia y clara para que no quepan dudas sobre su alcance, sería la mejor solución para este interrogante. Sin embargo, esto no suele ser lo habitual. Por ello, cabe preguntarse cuál es la instancia apropiada para conocer de este tipo de acciones.⁷¹

Según Jaroslavsky, este lugar no puede ser, de ningún modo, el tribunal que conoce de la acción interpuesta por el litigante incumplidor, con independencia de que acepte o no la declinatoria. Si la aceptase y concediese los daños a favor del que interpuso la declinatoria, habría que ver si compensan de forma íntegra a quien sufrió los daños. Si no conceden la declinatoria o no concede costas o no lo hace de forma que compense íntegramente, será difícil pensar, en cualquiera de los tres casos, que ese tribunal o esa jurisdicción sea la adecuada para conocer de la acción por daños (incluso podría apreciarse cosa juzgada).⁷²

La mayor parte de la doctrina coincide en señalar al tribunal arbitral como la sede más apropiada para plantear la acción por daños. Según

⁷⁰ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 158.

⁷¹ JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 24; LANDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 10.

⁷² JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 23.

Jaroslavsky, el tenor habitual de las cláusulas («todas las disputas que se deriven o estén en conexión con este contrato») es lo suficientemente amplio como para cubrir estas acciones.

Si bien es verdad que se podría argumentar que se está haciendo referencia al contrato principal, la existencia del principio *kompetenz-kompetenz*, que otorga competencia al tribunal para decidir sobre su propia competencia, es lógico que la tenga para conocer del incumplimiento de esa competencia.

Otro argumento interesante que plantea Jaroslavsky es que, de no admitirse la competencia del tribunal arbitral, se estaría obligando a una parte a acudir a un juez para hacer valer sus derechos, algo que las partes querían evitar con la cláusula.⁷³

No obstante, para evitar problemas, el propio autor propone la inclusión en el contrato de una cláusula específica sobre daños y perjuicios en la que se otorgue competencia de forma expresa al tribunal arbitral para cualquier acción derivada del incumplimiento de la cláusula.⁷⁴

No faltan, sin embargo, quienes encuentran reparos al poder de los árbitros para conceder resarcimiento por daños. Algunos autores consideran que existe un riesgo de interferencia con el poder exclusivo de los jueces para asignar costas.⁷⁵ Sin embargo, se trata de una opinión minoritaria y que ha sido ya descartada por algunos tribunales. En concreto, el Tribunal Supremo de Suiza no apreció violación de su orden público en el hecho de un tribunal arbitral concediera resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento de un acuerdo arbitral.⁷⁶

⁷³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁴ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ Decisión del Tribunal Supremo Suizo 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013, comentada por LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, pp. 9-10. El tribunal arbitral afirmó que la acción por daños por incumplimiento del acuerdo arbitral constituía una acción contractual conforme al derecho inglés y debía, por ello,

Sobre el momento en que pueden presentarse estas acciones ante el tribunal arbitral, caben distintas opciones. Si existen procesos paralelos —iniciado el arbitraje se interpone la demanda en violación del acuerdo arbitral— cabrá ampliar las solicitudes al tribunal arbitral,⁷⁷ si éste lo autoriza. La parte agraviada también podría solicitar una medida cautelar para asegurar el pago de las costas. Incluso, el tribunal arbitral podría tomar en consideración la actitud de la parte incumplidora a la hora de conceder las costas del arbitraje. Esto último podría tener algunos inconvenientes.

La otra opción, en caso de que el tribunal arbitral no acepte la ampliación de las pretensiones, sería iniciar un nuevo procedimiento arbitral para solicitar los daños.⁷⁸

4.4. Ley aplicable a la acción por daños

Otra cuestión importante que hay que analizar, es cuál es la ley aplicable a la acción de daños por incumplimiento del acuerdo arbitral. La cuestión tiene gran importancia, ya que existen diferencias significativas entre las legislaciones en torno a los estándares de responsabilidad y sobre el alcance de la reparación.

Muchos autores coinciden en señalar que la ley aplicable a los daños por incumplimiento del convenio arbitral debe ser la ley que rige el propio convenio arbitral. El siguiente problema es determinar cuál es

diferenciarse del reparto de costas del art. 31.1 Reglas CCI, y que no invadía la competencia del tribunal griego de distribuir las costas del proceso judicial, pero que podría decidir que cualquier cantidad en la que hubiera incurrido el fabricante como resultado del procedimiento judicial constituía un daño, en la medida en que dicho proceso se abrió incumpliendo el acuerdo arbitral. El tribunal arbitral se declaró competente, otorgó tutela declarativa y ordenó al distribuidor a pagar daños por el incumplimiento. El Tribunal Supremo Suizo desestimó la solicitud de anulación del laudo.

⁷⁷ Es posible, por ejemplo, conforme al art. 22 del Reglamento Uncitral.

⁷⁸ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 101-102.

la ley que rige el acuerdo arbitral. Jaroslavsky ha descrito las distintas opciones:

- Si las partes eligen ley aplicable al convenio arbitral habrá que estar a esa ley. Sin embargo, no es frecuente que las partes elijan, en concreto, la ley aplicable al convenio.
- Aplicar la ley de la sede.
- Aplicar los principios generales del arbitraje internacional.
- Aplicar la *lex contractus*, que es la que se aplicaría a cualquier otro daño contractual. Esta ley suele determinarla el tribunal arbitral acudiendo a las normas de conflicto contenidas en las leyes de arbitraje.⁷⁹ Según el art. 34.2 LARB española, en los arbitrajes internacionales, los árbitros resolverán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. A falta de elección, los árbitros aplicarán las normas jurídicas que estimen apropiadas. En la medida en que se habla de normas jurídicas y no de la ley de un país, sería admisible que las partes eligiesen la *lex mercatoria* o el Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.⁸⁰

Dado que la ley aplicable al acuerdo arbitral puede variar según la autoridad que conozca del asunto, puede ocurrir que la parte que incumple el convenio demande ante un tribunal que aplique una ley

⁷⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 28-29.

⁸⁰ En otros países la solución puede ser distinta. Por ejemplo, el art. 187 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, dice que los árbitros aplicarán el derecho más estrechamente conectado con la acción. Si la acción versa sobre la cláusula, ¿hay que entender que el derecho más conectado es el derecho sustantivo de la sede? En ese caso, habría que entender que al elegir la sede, se está eligiendo la ley aplicable a la acción relativa a los daños por incumplimiento del acuerdo arbitral (LONDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 10).

según la cual el convenio no es válido; y, sin embargo, el tribunal arbitral aplique una ley distinta conforme a la cual el acuerdo sea válido.⁸¹

La ley de arbitraje española señala que los requisitos y efectos del convenio arbitral se rigen, en lo no previsto por la propia LARB, por la legislación sobre contratos.

4.5. Extensión de los daños

Otro aspecto fundamental que se debe aclarar en relación con la acción resarcitoria, es el de su alcance. ¿Qué pérdidas puede recuperar el solicitante a través de esta acción? La respuesta a esta pregunta dependerá, por un lado, de la ley aplicable a la acción. La mayor parte de las legislaciones admiten el principio de reparación integral. Por otro lado, habrá que tener en cuenta las cantidades ya recuperadas a través de la decisión sobre las costas.

La ley española, por ejemplo, distingue el alcance de la responsabilidad en función de si existe negligencia o culpa (ver apartado 3.1). En el primer caso, el deudor no responde de los sucesos que no pudieron preverse y de los que, previstos, fueran inevitables (art. 1105 CC). Cabe cierta moderación en la responsabilidad según el deudor lo sea de buena fe o doloso (art. 1107): el de buena fe responde de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (causalidad —necesaria— y previsibilidad), con la posibilidad de moderación judicial (art. 1103 CC). El doloso responde de todos los

⁸¹ Hay quienes critican esta posibilidad de que una parte que obtiene una sentencia favorable en un país pueda después ser condenado por daños en otro. Sin embargo, es una consecuencia de la falta de normas uniformes sobre la validez de los acuerdos. Por lo tanto, la parte que incumple el acuerdo debe soportar el riesgo de sus acciones. JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 22-23.

daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.⁸²

Landon ha abordado esta cuestión y ha afirmado que, si se cumple los requisitos para otorgar daños y perjuicios, estos deben consistir en dejar al que ha sido demandado ante el juez en la misma situación en la que estaría si la parte contraria no hubiera iniciado dicho procedimiento.⁸³ Por ello, podrá solicitarse en el arbitraje cualquier costa o gasto en el que se hubiera incurrido al participar y defender su posición, salvo lo que ya hubiera recuperado si se condenó en costas en el proceso judicial a la otra parte. Puede recuperar también aquello en lo que él fue condenado. Del total hay que deducir los gastos que se pudo ahorrar con objeto de evitar duplicidad.

En el caso de que todavía esté pendiente el proceso judicial en el momento de dictarse el laudo, cabría que el tribunal arbitral ofreciese una tutela declarativa.⁸⁴

El mencionado autor comenta un caso de la CCI con sede en Suiza⁸⁵ en el que el tribunal arbitral adoptó una postura generosa. La ley aplicable era la inglesa y se concedieron al solicitante todos los gastos legales, costas y gastos judiciales en conexión con el arbitraje y con el procedimiento que se había incoado en Grecia incumpliendo el acuerdo arbitral. En concreto se concedieron:

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 205. Sin embargo, según estos autores, esta distinción es poco viable, ya que no se puede exigir al doloso que «responda de los daños no previsibles, y menos de los inevitables, por lo que la única diferencia es que, en el caso de buena fe, los tribunales, atendiendo a razones de equidad, cuando el daño, aun previsible, resulte mucho mayor del que razonablemente cabía prever» (daño exorbitante).

⁸³ Ver, también, JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 19-20.

⁸⁴ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 11.

⁸⁵ Caso no publicado, pero su impugnación dio origen a la Decisión del Tribunal Supremo Suizo n.º 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013.

- Las costas y gastos en los que pudo razonablemente incurrir en defender las mismas pretensiones que se interpusieron en el arbitraje, en la medida en que dichos gastos no fueran saldados ya en las condenas establecidas por el tribunal griego.
- Cualquier condena por daños que el tribunal griego hubiera impuesto contra el ahora demandante (el que sufrió el incumplimiento de la cláusula).
- Cualquier condena en costas que se hubiera impuesto en Grecia en relación con las reclamaciones presentadas en el arbitraje.

De Benito ha añadido que no sólo se pueden recuperar las costas y gastos procesales, cabría reclamar también los demás daños que acreditadamente se hayan debido soportar por el incumplimiento: traslado al lugar del juicio, daño moral o a la imagen, pérdida de tiempo que provocará lucro cesante, pérdida de algún negocio, etc.⁸⁶

El alcance de la reparación todavía podría ser mayor en el caso de que en el tribunal no elegido no se concediese la declinatoria, en cuyo caso podrán pedirse las costas que se le impusieron u otras posibles condenas.

Es cierto que no siempre es fácil cuantificar y probar los daños. Ésta es, quizá, uno de los principales inconvenientes de esta acción.⁸⁷

⁸⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 163. Jaroslavsky añade que podrá recuperarse cualquier gasto en el que se haya incurrido para defenderse en el tribunal no elegido y que no se hayan podido aún recuperar por la vía de las costas ante dicho tribunal. Enumera, entre otros, los gastos de traducción de documentos, gastos de viajes y cualquier otra pérdida directamente causada por el incumplimiento del acuerdo arbitral.

⁸⁷ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 158.

Se ha apuntado también la posibilidad de recuperar los intereses sobre las costas. En efecto, en algunos casos se ha permitido recuperar estos intereses como daños, conforme al derecho inglés.⁸⁸

En relación con el efecto que puede tener la imposición o no de costas en el proceso judicial que constituyó el incumplimiento, tiene interés lo afirmado por el Tribunal Supremo en el caso «USA Sogo»: «la decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento *ad-hoc*, en el que la estimación de la petición de costas por el Tribunal de los Estados Unidos de América no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada».⁸⁹

4.6. Algunos pronunciamientos de interés

No son numerosos los casos en los que se han concedido daños por incumplimiento del convenio arbitral. Por esta razón, suelen invocarse de forma analógica decisiones en las que se concedieron daños por incumplimiento de un acuerdo de elección de foro.

En España todavía no contamos con precedentes sobre demandas de responsabilidad contractual en relación con una cláusula arbitral, pero sí con una cláusula de jurisdicción. El más relevante es el ya mencionado caso USA Sogo.⁹⁰ En aquel caso, pese a existir un acuerdo de sumisión a los tribunales de Barcelona, la empresa española interpuso su demanda

⁸⁸ *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797, comentado por MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, p. 26. Es cierto que el caso hace referencia al incumplimiento de un acuerdo de jurisdicción, pero parece aplicable también a casos de incumplimiento del acuerdo arbitral.

⁸⁹ STS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) n.º 6/2009 de 12 enero 2009 (RJ\2009, 544), comentada por DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, pp. 160-161.

⁹⁰ STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544); REDI, 2009, pp. 225-227, (con nota de S. Álvarez González). *Vid.* también, E. Torralba Mendiola, «Sentencia de 12 de enero de 2009: Responsabilidad civil contractual; daños y perjuicios: cláusula de

en Estados Unidos. La empresa estadounidense impugnó la competencia y venció. Posteriormente, acudió a los tribunales de Barcelona para reclamar los gastos en los que tuvo que incurrir en Estados Unidos.

La sentencia que resolvió el caso afirmó que incumplir la cláusula genera responsabilidad por incumplimiento contractual. No obstante, Gómez Jene matiza que, en el caso mencionado, hay dos circunstancias relevantes:

1. Al haberse interpuesto la demanda original en Estados Unidos, los honorarios de los abogados no podían reclamarse por el cauce de las costas procesales, tal y como se regulan en la ley procesal española.
2. Existía mala fe manifiesta en el demandante, pues el contrato se regía por derecho español y él intentó que se aplicasen los *punitive damages* del derecho estadounidense.

Para este autor no se puede deducir de la sentencia que el incumplimiento de una cláusula siempre sea un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual. En su opinión, para que tal responsabilidad pueda ser apreciada, deben concurrir una serie de circunstancias —no necesariamente de forma cumulativa—: 1) que el tribunal ante el que se presenta la demanda estime la declinatoria (aprecie la validez del convenio); 2) que los honorarios de los abogados no puedan reclamarse por el cauce de las costas; 3) y/o, cuando se aprecie mala fe del demandante (por ejemplo, buscando daños punitivos cuando no era aplicable el derecho de Estados Unidos).⁹¹

sumisión al derecho español y a tribunales españoles», CCJC, 2009, n.º 81, pp. 1189 y ss.; DE BENITO LLOPIS-LOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 89-94.

⁹¹ GÓMEZ JENE, Miguel. «El convenio arbitral: *statu quo*». En *Cuadernos de derecho transnacional* (octubre 2017), vol. 9, n.º 2, pp. 37-38.

También en el Reino Unido se ha acudido a la analogía con las decisiones sobre daños en caso de incumplimiento de un acuerdo de elección de foro. Así, Michaelson analiza en qué medida pueden aplicarse los razonamientos del caso *Union Discount Co. Ltd vs. Union Cal Ltd*.⁹² Sostiene que los gastos se deben poder recuperar a través de una acción de indemnización: se han producido unos daños y éstos son consecuencia de un incumpliendo contractual. Señala que deben concurrir una serie de condiciones: 1) deben concederse en concepto de indemnización; 2) es preciso que la parte afectada pueda invocar una acción separada para la recuperación de los gastos judiciales; 3) para ello tendrá que demostrar que esos gastos judiciales son un resultado directo del incumplimiento de la cláusula y; 4) que son gastos razonables. El hecho de que se le hubieran concedido las costas en el proceso judicial no impide esta acción de indemnización, aunque habrá que descontar lo percibido.⁹³

En el Reino Unido también se han planteado demandas por incumplimiento del acuerdo arbitral. Uno de los primeros casos fue *Mantovani vs. Carapelli SpA*,⁹⁴ en el que se afirmó que, si una parte consigue demostrar que ha sufrido daños como consecuencia del incumplimiento de un acuerdo arbitral, éstos deben ser reparados. Posteriormente, se han suscitado casos análogos en los que también se ha admitido la acción por daños.⁹⁵

⁹² [2002] 1 W.L.R. 1517, también conocido como *Union Discount Co. Ltd. vs. Zoller and Others*. MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, p. 24.

⁹³ Michaelson, Justin & Gordon Blanke. *Op. cit.*, p. 27.

Este autor se refiere también a otros casos en los que se concedieron daños por incumplimiento de un acuerdo de elección de foro, como: *Donohue vs. Armco Inc.* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425 at 437; *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797.

⁹⁴ [1980] 1 Lloyd's Rep. 375.

⁹⁵ *Tracomín S.A. vs. Sudin Oil Seeds Co. Ltd.* [1983] 1 Lloyd's Rep. 560; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GmbH vs. Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279, CA; *Re Boodhoo*, [2007] EWCA Crim. 14; *A vs. B (Costs)*, [2007] EWHC 54 (Comm). Todos ellos comentados por MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, pp. 23-26.

En Suiza sí que podemos encontrar casos en los que se han concedido daños por el incumplimiento del convenio arbitral. En un caso reciente se reconoció implícitamente que el convenio arbitral genera derechos y obligaciones. En un laudo arbitral se condenó al litigante que había incumplido el acuerdo a pagar todos los gastos producidos a la contraparte como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales sobre la misma cuestión ante un tribunal extranjero en violación de un convenio arbitral válido. Este laudo ha sido confirmado —no anulado— por el Tribunal Federal Suizo.⁹⁶

En Estados Unidos existen numerosos pronunciamientos (a algunos de ellos nos hemos referido anteriormente) en los que se ha admitido la posibilidad de obtener resarcimiento por los daños derivados del incumplimiento de un acuerdo arbitral.⁹⁷

3. CONCLUSIONES

La posibilidad de reclamar daños por incumplimiento de un acuerdo arbitral, es una necesidad en el arbitraje internacional. La confianza en el acuerdo arbitral es vital para quienes se dedican al comercio internacional.

Aunque en la mayor parte de las jurisdicciones se reconoce el deber de remitir a las partes al arbitraje cuando el demandado interpone la declinatoria, llama la atención que sea tan frecuente que uno de los litigantes decida acudir a la jurisdicción ordinaria, en contra de lo

⁹⁶ TF 26 octubre 2015, 4_69/2015, *Bull ASA*, 2017, pp. 382-389. Comentado por GÓMEZ JENE, Miguel. *Op. cit.*, p. 38.

En apartados precedentes se han comentado las Decisiones del Tribunal Supremo Suizo 4A_444/2009 de 11 febrero 2010 y 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013, en las que también se dio el visto bueno a laudos que concedieron daños.

⁹⁷ Pueden encontrarse las referencias, junto con otras inglesas y suizas, en BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 1305-1306. Recoge también un listado de decisiones en las que se denegaron los daños (BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1306, nota 292.

acordado. En parte, se debe a la expectativa de que la otra parte pueda no interponer la declinatoria y se someta tácitamente al juez nacional. Pero, también puede ser porque en ocasiones fallan los mecanismos para hacer efectivo el acuerdo. Por ello es importante que las acciones de responsabilidad se acepten de forma generalizada para desincentivar comportamientos oportunistas.

Incluso, cuando se concede la declinatoria, aun cuando se conceden costas a favor del litigante inocente, puede tener lugar la acción por daños, dado que rara vez la compensación por la vía de las costas, es completa.

El tribunal arbitral debe ser el competente para conocer de las pretensiones de resarcimiento. En modo alguno puede invocarse la excepción de cosa juzgada, dado que la causa de la acción, es distinta.

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCEROS NO FIRMANTES

Jesús Pérez de la Cruz Oña *
Seguimundo Navarro Jiménez **
Luis Bravo Abolafia ***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Contexto: arbitrajes con múltiples partes.— 3. El consentimiento como base para que una controversia pueda ser decidida mediante arbitraje.— 3.1. El consentimiento expreso.— 3.2. El consentimiento implícito.— 4. Desarrollo histórico: del requisito formalista a la libertad de forma.— 5. Breve referencia a la ley aplicable a la extensión del convenio arbitral en contratos internacionales.— 6. Doctrinas que permiten la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios.— 6.1. *Estoppel*.— 6.2. *Alter ego* y el levantamiento del velo societario.— 6.3. Grupo de sociedades.— 6.4. Cesión, agencia y sucesión.— 6.4.1. Cesión.— 6.4.2. Agencia.— 6.4.3. Sucesión.— 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, es inherente al carácter dispositivo arbitraje, como sistema de resolución de conflictos privado alternativo a la jurisdicción pública, la declaración de voluntad de las partes, clara e inequívoca, de

* Socio de inARB.

** Socio de inARB.

*** Abogado en inARB.

valerse de él. Para cumplir este requisito, se ha venido exigiendo tradicionalmente que dicha declaración sea expresa y por escrito.

Así lo reflejan normas de tanta relevancia en el ámbito internacional como el art. II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrito en Nueva York en 1958 (la «CNY») o el art. 7 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (la «LM 1985»). En aplicación de estos textos, la jurisprudencia internacional había venido entendiendo que resulta necesario que el pacto de sometimiento a arbitraje conste por escrito y sea suscrito por las partes.

Sin embargo, al margen de alguna resolución aislada anterior a la década de los ochenta, fue especialmente a partir de ésta cuando los tribunales de distintas jurisdicciones empezaron a dictar una serie de resoluciones —en particular, la jurisdicción francesa—, en las que se admitía que ciertos terceros pudieran hallarse concernidos por una cláusula compromisoria incorporada a un contrato que no habían suscrito.

Doctrina científica y jurisprudencia ha venido refiriéndose a este fenómeno como la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios, dentro de la cual se enmarcan diversos supuestos en los que cabe entender que la cláusula de sometimiento a arbitraje extiende su ámbito subjetivo más allá de las partes que la han suscrito.

Los grupos de casos comúnmente más conocidos son: (i) el *estoppel*, (ii) el levantamiento del velo societario, (iii) el grupo de sociedades y (iv) cesión, agencia y sucesión. En este estudio apuntaremos su origen y fundamentos.

Además, con el propósito de enfocar la cuestión de forma global, nos referiremos, sucintamente a la determinación de la ley aplicable a la extensión del convenio.

2. CONTEXTO: ARBITRAJES CON MÚLTIPLES PARTES

La complejidad de las relaciones comerciales da lugar, en no pocas ocasiones, a que éstas se documenten en un contrato o diversos contratos conexos celebrados por más de dos partes en los que se incorpora la cláusula arbitral.

Esta pluralidad de posibles litigantes en un mismo procedimiento desemboca en una mayor complejidad en su tramitación que la situación clásica de dos únicos litigantes. Las instituciones de arbitraje han previsto en sus reglamentos distintas situaciones derivadas de la celebración de contratos con múltiples partes y de contratos conexos,¹ que pueden ser objeto de un mismo procedimiento arbitral por vía de acumulación.²

La recurrencia de este tipo de disputas con múltiples partes se ha venido incrementando en los últimos años, hasta el punto que suponen casi la mitad de los arbitrajes administrados por ICC.³

En dichos reglamentos se prevé la llamada de terceros al proceso.⁴ Se trata de tercero, por cuanto no es parte del procedimiento en curso, con independencia de que sea signatario del contrato o no.

¹ Véase arts. 8 y 9 Reglamento ICC.

² Véase el art. 10 Reglamento ICC, art. 19.1 Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; art. 9.1 Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid; art. 4.1 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional; o art. 22.1, apartados ix y x, y art. 22.6 Reglamento LCIA.

³ En concreto, de acuerdo con ICC, en 2016 casi la mitad de los casos administrados por esta corte fueron arbitrajes con múltiples partes, y un porcentaje superior al 20% de los procedimientos involucraron a más de cinco partes: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/full-2016-icc-dispute-resolution-statistics-published-court-bulletin/>.

⁴ Véase el art. 19.2 Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; art. 9.2 Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid; art. 7 del Reglamento ICC; art. 17.5 Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (versión revisada en 2010); art. 22.1.viii del Reglamento LCIA; o art. 4.2 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

3. EL CONSENTIMIENTO COMO BASE PARA QUE UNA CONTROVERSIA PUEDA SER DECIDIDA MEDIANTE ARBITRAJE

Como se ha adelantado en la introducción, pocas dudas ofrece que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye el pilar fundamental sobre el que se asienta esta institución, que ha llegado a describirse como «una criatura del consentimiento».⁵ Más discutido ha sido, en cambio, la forma en la que el consentimiento debe prestarse.

3.1. *El consentimiento expreso*

La declaración expresa —y por escrito— de la intención de las partes de someterse a arbitraje, es el mecanismo principal para la exclusión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Tradicionalmente, se ha venido entendiendo que la emisión de la voluntad de las partes, expresa y por escrito, era requisito esencial para la validez del convenio. Esta idea preside, tanto el art. II CNY como en el art. 7 LM 1985.

⁵ MOSES, M. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008, p. 21: «*In light of the important rights that are extinguished when the parties agree to arbitrate, the validity of the arbitration agreement is critical. Arbitration is a creature of consent, and that consent should be freely, knowingly, and competently given*». BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford, 2009, 5.^a edición, pp. 1-2: «Parties who are in dispute agree to submit their disagreement to a person whose expertise or judgment they trust. They each put their respective cases to this person —this private individual, this arbitrator— who listens, considers the facts and the arguments, and then makes a decision. That decision is final and binding on the parties; and it is binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any State»; y BORN, G. *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2012, 1.^a edición, p. 4: «It is elementary that “arbitration” is a consensual process that requires the agreement of the parties [...]».

La justificación para la adopción de esta interpretación estricta y formalista se sustenta en la trascendencia e impacto del contenido obligatorio del contrato de arbitraje. No en vano, la cláusula para someterse a arbitraje implica una renuncia parcial al derecho a la tutela judicial efectiva,⁶ la cual tiene la categoría de derecho constitucional. Teniendo en cuenta este extremo, resulta razonable exigir que el pacto de sometimiento a arbitraje sea inequívoco.

En este sentido, la concepción tradicional ha sostenido que esta finalidad puede —y debe— perseguirse mediante la exigencia de que las partes manifiesten su voluntad de forma expresa y por escrito, con el objeto de disipar toda duda sobre el conocimiento y decisión de las partes de excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

3.2. El consentimiento implícito

Frente a esta concepción tradicional, viene planteándose la duda de si puede entenderse válidamente suscrito un convenio arbitral cuando la declaración de voluntad no sea expresa.

Así, existen numerosas situaciones en las que cabe deducir la voluntad implícita de las partes de someterse a arbitraje. Algunos ejemplos son los siguientes:

Primero, «A» y «B» suscriben un contrato con convenio arbitral. «A» cede a «C» el contrato principal y «B» acepta dicha cesión.

Segundo, «A1» —sociedad matriz— negocia un contrato que va a ser suscrito con «B». No obstante, las partes que, finalmente, firman el contrato son «A2» —filial— y «B», aunque «A1» interviene activamente en su ejecución.

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 14/2017 de 28 de febrero de 2017 (fundamento de derecho segundo).

Tercero, la sociedad «A1», para no quedar afectada por la responsabilidad contractual que pudiera exigírsele, interpone una sociedad de nueva creación con escasos recursos sobre la que ejerce un control absoluto, denominada «A2», que es la que formalmente suscribe un contrato con «B».

Cuarto, «A» y «B» suscriben un convenio arbitral. Posteriormente, «B» es absorbida por «C».

Quinto, «A» y «B» celebran un contrato que incorpora una cláusula compromisoria. Posteriormente, «C» sustituye —de facto— a «B» como parte del contrato, ejecutando el negocio, ejercitando los derechos a los que estaba facultado «B»; y, en definitiva, a beneficiándose de éste con la colaboración y aquiescencia de «A».

Estos supuestos tienen como característica común que, al menos, una de las partes de la eventual relación compromisoria formará parte de ella por haber prestado implícitamente su consentimiento al convenio arbitral. Por tanto, no puede descartarse sin más que la sumisión a arbitraje por alguna de las partes, por las razones que fuera, nazca de la prestación de consentimiento no expreso. Esta idea, pugna con lo que antes habíamos expuesto sobre la exigencia de que el consentimiento cumpliera determinados requisitos, entre ellos, que fuera expreso.

4. DESARROLLO HISTÓRICO: DEL REQUISITO FORMALISTA A LA LIBERTAD DE FORMA

El tratamiento dado a la cuestión en la práctica arbitral, ha ido cambiando con el tiempo.

Como se ha adelantado, la CNY y la LM 1985 constituyen los antecedentes que deben ser analizados en esta materia.

Así, el art. II de la CNY estipula:

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

Por su parte, el art. 7 de la LM 1985 establece:

1. El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (Énfasis añadido).

Es claro, pues, que tanto la CNY como la LM 1985 exigen un doble requisito: (i) que el acuerdo conste por escrito, y (ii) que lo firmen las partes.⁷

La Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras publicada por la Secretaría de la Cnudmi (la «Guía CNY») aclara que el requisito establecido en el art. II.2 de la CNY se entenderá cumplido cuando las partes contratantes hayan firmado el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje.⁸ Así lo ha refrendado abundante jurisprudencia internacional.⁹

⁷ MOSES, M. *Op. cit.*, p. 24: «[...] *does the signature requirement apply both to the container contract, as well as to the submission agreement, or only to the submission agreement? Second, does the signature requirement also apply to the exchange of letters or telegrams? Different courts have taken different positions. The U.S. Fifth Circuit Court of Appeals has suggested that only the separate agreement must be signed, and not the container contract. On the other hand, the U.S. Second and Third Circuits have disagreed with this interpretation, stating that the signature requirement applies to both. [...]*»

⁸ Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras publicada por la Secretaría de la Cnudmi, Edición de la Guía de 2016, p. 59:

«[...]»

42. De conformidad con el artículo II 2), el requisito del acuerdo por escrito se cumple cuando las partes firman una cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje.

43. Cuando las partes vinculadas por el contrato o instrumento que contiene el acuerdo de arbitraje han firmado ese contrato o instrumento, debe considerarse que se ha cumplido el requisito de la firma establecido en el artículo II 2). Este criterio ha sido adoptado en general por los tribunales.

44. En cambio, algunos tribunales se han negado a ordenar la ejecución de acuerdos de arbitraje contra las partes que no los han firmado. Por ejemplo, la Corte Suprema Popular de China rechazó la solicitud de que se ordenara la ejecución de un laudo debido a que sólo una de las partes había firmado el contrato que contenía la cláusula compromisoria. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia del Brasil se negó a ordenar la ejecución de un acuerdo de arbitraje porque las partes no habían suscrito el contrato que lo contenía».

⁹ *Sunward Overseas S.A. c/ Servicios Marítimos Limitada Semar*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 20 de noviembre de 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. c. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Corte Suprema de Casación, Italia,

Esta posición se ha mantenido, de forma pacífica, hasta la década de 1980,¹⁰ cuando comenzó a flexibilizarse el criterio aplicado en un elevado número de resoluciones judiciales y arbitrales, que admitieron la posible extensión del convenio arbitral en distintos supuestos a terceros no firmantes.¹¹

10 de marzo de 2000, 58; *Steve Didmon c. Frontier Drilling (USA), INC., et al.*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Texas, División de Houston, Estados Unidos de América, 19 de marzo de 2012, H-11- 2051; *Kahn Lucas Lancaster, Inc. c. Lark International Ltd.*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 29 de julio de 1999, 97-9436; *Smita Conductors Ltd. c. Euro Alloyw Ltd.*, Corte Suprema, India, 31 de agosto de 2001, recurso de apelación en materia civil núm. 12930 de 1996; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 8 de junio de 2010, XI ZR 349/08; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 25 de enero de 2011, XI ZR 350/08 vía *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* publicada por la Secretaría de la Cnudmi, Edición de la Guía de 2016, p. 59.

¹⁰ Si bien pueden encontrarse algunas excepciones en fechas precedentes, como en el caso *Tepper Realty Co. c. Mosaic Tile Co.*, 259 F. Supp. 688, 692 (S.D.N.Y. 1966); o *Caribbean Steamship Co. c. Sonmez Denizcilik Ve Ticaret, A.S.*, 598 F.2d 1264, 1266-67 (2º Cir. 1979).

¹¹ Laudo ICC 4131/1982, *Dow Chemical France vs. ISOVER Saint-Gobain (France); Banque de Paris et des Pays-Bas c. Amoco Oil Company*, 573 F. Supp. 1464 (S.D.N.Y. 1983); Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 31 de octubre de 1989, *Société Kis France et autres vs. Société Générale et autres; Asset Allocation and Mgt. Co. c. Western Employers Ins. Co.*, 892 F.2d 566, 574 (7º Cir. 1989); *Wm Passalacqua Builders vs. Resnick Developers*, 933 F.2d 131 (2º Cir. 1991); *Transkei c. F.J. Berger and Steyr-Daimler-Puch AG*, ASA Bulletin 1993, p. 68; y sentencia de la Corte de Apelación de Estados Unidos, Segundo Circuito de 24 de agosto de 1995, *Thomson CSF c. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp.* Entre la doctrina, puede citarse a FADLALLAH, I., *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, 1984-1985, en *Travaux du Comité français de droit international privé*, Droit international privé, 1986, pp. 105-131; DERAIS, Y. y SCHAF S., *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1985; JARROSSON, C., *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés*, Bull. ASA 209, 1994; y DERAIS, Y., *L'extension de la clause d'arbitrage aux non-signatories-la doctrine des groupes de sociétés*, Series Especiales ASA n.º 8, 1994, pp. 241-243.

La consolidación de esta nueva postura y la modernización de los requisitos necesarios para que se entendiera la validez del pacto de sujeción a arbitraje tuvieron después su reflejo en la modificación que en 2006 se produjo en el art. 7 de la LM 1985 (la «LM 2006»), que prevé dos opciones para la regulación del acuerdo de arbitraje:

Opción I:

1. El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (Énfasis nuestro).

La Opción II:

El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. (Énfasis nuestro).

Así, la LM 2006 flexibilizó los requisitos exigidos para la validez del convenio arbitral, admitiendo la posibilidad de que la declaración de voluntad se emita mediante consentimiento implícito.

5. BREVE REFERENCIA A LA LEY APLICABLE A LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN CONTRATOS INTERNACIONALES

Lo más común es que las partes de un contrato mercantil internacional establezcan una única ley aplicable para todas las posibles disputas, de forma que sean coincidentes la ley aplicable al fondo del asunto y la *lex arbitri*. Sin embargo, nada impide que los contratantes pacten que el contrato principal se rija por la ley de un país y que la sede del arbitraje radique en otro distinto, con lo que la ley aplicable al fondo y la *lex arbitri* no coincidirían.

En este segundo supuesto, no es infrecuente, en cambio, que las partes no hayan previsto expresamente la concreta ley aplicable al propio pacto de arbitraje, con independencia de cuál sea la norma elegida como aplicable al contrato que la contempla. Cuando esto sucede, surge una primera dificultad nacida del principio de separabilidad del convenio arbitral: determinar qué ley será la que rija sobre dicho pacto.

Resulta muy complicado en estos supuestos indagar si en la voluntad de los contratantes estaba someter la cláusula compromisoria a la ley que rige el contrato principal —la *lex contractus*— o a la ley que gobierna el procedimiento arbitral —la *lex arbitri*—.

Ambas posibilidades siguen una lógica intuitiva: por un lado, la interpretación, validez y alcance del contrato de arbitraje es un aspecto de tipo sustantivo, motivo por el cual es razonable entender que la *lex causae* es la norma que gobierna la cláusula arbitral; por otro lado, en aplicación del principio de autonomía, el problema de la validez y extensión del convenio es una materia de naturaleza arbitral, por lo tanto, la ley del país que regula el arbitraje resultaría de aplicación —la *lex arbitri*—.

Así, habrá que atender a las circunstancias de caso concreto a fin de establecer qué criterio es el que debe prevalecer.

Con independencia del criterio utilizado para determinar la ley que gobierna el acuerdo de arbitraje, esta ley será la norma aplicable a las cuestiones relativas a la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios.¹²

6. DOCTRINAS QUE PERMITEN LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCEROS NO SIGNATARIOS

Expuestos los antecedentes analizados en los apartados anteriores, procede abordar el estudio de las teorías más consolidadas que habilitan la extensión del contrato de arbitraje a terceros no signatarios, esto es, (i) *estoppel*, (ii) levantamiento del velo societario, (iii) el grupo de sociedades y (iv) cesión, agencia y sucesión.¹³

¹² BORN, G. *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2012, 1.ª edición, p. 100.

¹³ *Thomson CSF vs. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp.*, 64 F.3d 773, 776 (2.º Cir. 1995); BORN, G. *Op. cit.*, p. 95; y BLACKABY,

6.1. Estoppel

El *estoppel* es una figura de tradición típicamente anglosajona, desconocida en los ordenamientos jurídicos de derecho civil, sin perjuicio de la existencia de doctrinas en nuestro sistema jurídico que pueden guardar una cierta similitud. Vendría a consistir, salvando las distancias, en la prohibición de actuar contra sus propios actos.

Podemos encontrar definido este principio en el caso *American Bank and Trust Company c/ Trinity Universal Insurance Company*:¹⁴

El *equitable estoppel* puede ser definido como el efecto de la conducta voluntaria de una parte, por la cual, esta parte queda excluida de afirmar derechos contra otra [parte] que, justificadamente, ha confiado en tal conducta, alterando la suya propia, de forma que sufrirá un perjuicio si se permite a la primera repudiar su conducta. Basado en la buena fe, la doctrina se diseña para evitar la injusticia, al evitar que una de las partes, bajo circunstancias especiales, pueda tomar

N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, pp. 99-106.

Hemos optado por no abordar en este estudio la doctrina del *grupo de contratos*, dado que no encaja totalmente dentro la figura de la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios. Bajo el grupo de contratos, un convenio arbitral puede ser extendido a un no firmante, pero, en puridad, la cláusula compromisoria se está extendiendo a otro contrato, con independencia de que éste esté suscrito por terceros no firmantes o por las partes del acuerdo de arbitraje. Es decir, la cuestión pivota sobre si puede considerarse que varios contratos están íntimamente relacionados; y, por tanto, constituyen un *grupo de contratos*.

¹⁴ *American Bank and Trust Company c. Trinity Universal Insurance Company*, Tribunal Supremo de Luisiana, 11 de diciembre de 1967: «*Equitable estoppel may be defined as the effect of the voluntary conduct of a party whereby he is precluded from asserting rights against another who has justifiably relied upon such conduct and changed his position so that he will suffer injury if the former is allowed to repudiate the conduct. Founded upon good faith, the doctrine is designed to prevent injustice by barring a party, under special circumstances, from taking a position contrary to his prior acts, admissions, representations, or silence*».

una posición contraria a sus anteriores actos, admisiones, representaciones o silencio. (Traducción libre).

En el mismo sentido, cabe citar el caso *Denney c/ Jenkins & Gilchrist*, en el que el Tribunal del Segundo Distrito de Nueva York, sostuvo:¹⁵

[...] el propósito de la doctrina de *equitable estoppel* es evitar que el demandante, en efecto, trate de obtener su pastel y se lo coma también; es decir, evitar que pueda confiar en el contrato cuando ello va en su ventaja y repudiarlo cuando ello va en su desventaja. (Traducción libre).

La teoría del *equitable estoppel* ha sido aplicada por los tribunales estadounidenses en numerosos casos. Como ejemplo de referencia puede citarse el caso *Thomson c/ American Arbitration Association*, en la que la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito se refirió a esta doctrina como una de las teorías ampliamente aceptadas para extender el convenio arbitral a los no signatarios:¹⁶

¹⁵ *Denney c/ Jenkins & Gilchrist*, Tribunal del Segundo Distrito de Nueva York, 12 de diciembre de 2005: «*The purpose of the doctrine of equitable estoppel "is to prevent a plaintiff from, in effect, trying to have his cake and eat it too; that is, from rely[ing] on the contract when it works to [his] advantage [by establishing the claim], and repudiat[ing] it when it works to [his] disadvantage"*».

¹⁶ *Thomson CSF vs. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp.*, 64 F.3d 773, 776 (2.º Cir. 1995): «*This Court has recognized a number of theories under which nonsignatories may be bound to the arbitration agreements of others. Those theories arise out of common law principles of contract and agency law. Accordingly, we have recognized five theories for binding nonsignatories to arbitration agreements: [...] 5) estoppel.*

[...]

This Court has also bound nonsignatories to arbitration agreements under an estoppel theory. In Deloitte Noraudit A/S vs. Deloitte Haskins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060, 1064 (2d Cir.1993), a foreign accounting firm received a settlement agreement concerning the use of the trade name "Deloitte" in association with accounting practices. Under the agreement-containing an arbitration clause-local affiliates of the international accounting association Deloitte Haskins & Sells International were entitled to use the trade name "Deloitte" in exchange for compliance with the dictates of the

Este tribunal ha admitido un cierto número de teorías bajo las cuales los no signatarios pueden quedar obligados por los acuerdos de arbitraje de otros. Estas teorías tienen su origen en los principios del derecho contractual y de la agencia del *common law*. En consecuencia, hemos reconocido cinco teorías que vinculan a los no firmantes a un acuerdo de arbitraje: [...] y 5) *estoppel*.

Este tribunal también ha decidido que los no signatarios queden vinculados al pacto de arbitraje mediante la teoría del *estoppel*. En *Deloitte Noraudit A/S c/ Deloitte Haskins & Sells, U.S.*, [...] una empresa de contabilidad obtuvo un acuerdo de transacción relativo al uso del nombre comercial «Deloitte» asociado a prácticas contables. Bajo el acuerdo —que contenía una cláusula compromisoria— las filiales locales de la asociación internacional de contabilidad *Deloitte Haskings & Sells International* estaban habilitadas a usar el nombre comercial «Deloitte» a cambio del cumplimiento de los dictados del contrato. Una empresa de contabilidad noruega recibió el acuerdo, sin hacer objeción a los términos del acuerdo, y procedió a utilizar el nombre comercial. Este tribunal resolvió que, habiendo explotado el contrato conscientemente, la empresa de contabilidad estaba impedida de eludir el arbitraje a pesar de no haber firmado nunca el contrato. (Traducción libre y énfasis añadido).

El principio de *estoppel* también ha sido aplicado en otros muchos casos por los tribunales estadounidenses cuando un contrato ha otorgado un beneficio directo a un tercero, que, después de servirse de él, ha tratado de eludir el efecto obligatorio del convenio arbitral inserto en dicho contrato, por no haberse opuesto, en su momento, al efecto vinculante de la cláusula compromisoria.¹⁷

agreement. A Norwegian accounting firm received the agreement, made no objection to the terms of the agreement, and proceeded to utilize the trade name. This Court held that by knowingly exploiting the agreement, the accounting firm was estopped from avoiding arbitration despite having never signed the agreement. See 9 F.3d at 1064».

¹⁷ *American Bureau of Shipping c. Societé Jet Flint SA*, 170 F3d 349 at 353 (2nd Circuit 1999) y *Avila Group inc c. Norma J of California*, 426 FSupp. 537 at 542

La aplicación del *estoppel* en relación con la extensión del acuerdo de arbitraje ha sido admitida tanto para obligar a un no signatario que se ha beneficiado del contrato a someterse a arbitraje, como para permitir que un tercero no firmante invoque la cláusula compromisoria.¹⁸

Fuera de los Estados Unidos los tribunales no son tan proclives a la aplicación del principio de *estoppel*.¹⁹

6.2. Alter ego y el levantamiento del velo societario

La doctrina del levantamiento del velo tiene implicaciones en diversos campos del derecho mercantil. En el ámbito arbitral, la aplicación de esta doctrina tiene como efecto la extensión del acuerdo de arbitraje a una parte no firmante que (i) ejerce un control absoluto sobre otra entidad y (ii) que ejercita esta influencia con una finalidad fraudulenta o para evitar el cumplimiento de normas imperativas.²⁰

Debe subrayarse que la finalidad perseguida por el *alter ego* constituye un elemento caracterizador de la doctrina, que permite distinguir-

(Corte del Distrito de Nueva York): «*To allow [a plaintiff] to claim the benefit of the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purpose underlying enactment of the Arbitration Act*». vía BLACKBAY N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁸ BORN, G. *Op. cit.*, p. 98.

¹⁹ BORN, G. *Op. cit.*, p. 99.

²⁰ BORN, G. *Op. cit.*, p. 96.

Por otro lado, en el caso *Thomson c/ American Arbitration Association* el Tribunal señaló que se trataba de dos requisitos alternativos: «*In some instances, the corporate relationship between a parent and its subsidiary are sufficiently close as to justify piercing the corporate veil and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. As a general matter, however, a corporate relationship alone is not sufficient to bind a nonsignatory to an arbitration agreement. See Keystone Shipping, 782 F.Supp. at 30-31. Nonetheless, the courts will pierce the corporate veil "in two broad situations: to prevent fraud or other wrong, or where a parent dominates and controls a subsidiary"*». (*Thomson CSF c/ American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp.*, 64 F.3d 773, 776 (2.º Cir. 1995).

lo de otras teorías que habilitan la extensión del convenio a terceros no firmantes.

Por último, los tribunales sólo han venido admitiendo la aplicación del levantamiento del velo en casos excepcionales, en los que se produce un claro abuso dirigido a perjudicar a un tercero o a vulnerar normas de obligado cumplimiento.²¹

6.3. Grupo de sociedades

Se trata de uno de los supuestos más relevantes para la admisión de la extensión del convenio a los no firmantes. En estos casos, la cuestión controvertida se refiere a si el alcance del convenio arbitral suscrito entre dos sociedades puede extenderse a la matriz de una de ellas —la cual no habría suscrito el convenio—.

El caso más relevante y conocido en el que se aplicó esta doctrina fue el caso *Dow Chemical Company and others vs. Isover Saint Gobain* en el que el tribunal arbitral concluyó que (i) con independencia de la implicación de distintas personas jurídicas —la matriz y las filiales—, el grupo de sociedades constituía una misma realidad económica; y (ii) el hecho de que la sociedad matriz no signataria hubiera intervenido de forma activa en la negociación, ejecución y terminación del contrato que incorporaba el convenio arbitral, implicaba que la matriz tenía la condición de auténtica parte del contrato.²²

²¹ BORN, G. *Op. cit.*, p. 96.

²² Laudo ICC 4131/1982, *Dow Chemical France vs. ISOVER Saint Gobain (France)*: «[...] irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality [...] Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise».

Con arreglo a este criterio interpretativo, el tribunal arbitral entendió que la sociedad matriz no firmante era también titular del contrato suscrito por su filial, lo que tuvo como consecuencia que estuviera habilitada para formar parte del procedimiento arbitral iniciado contra la demandada.

El criterio del tribunal arbitral fue ratificado por la Corte de Apelación de París, que rechazó anular el laudo provisional, de acuerdo con el siguiente razonamiento:²³

Siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados en el momento de su negociación y terminación, los árbitros han decidido, por motivos pertinentes y no contradictorios, y de acuerdo con la intención común de todas las partes involucradas, que *Dow Chemical France* y *The Dow Chemical Company* (USA) han sido partes de los contratos, aunque no los firmaran; y, por lo tanto, el convenio arbitral también les era aplicable. (Traducción libre).

La cuestión capital que se extrae del caso Dow Chemical es que, para que pueda extenderse el convenio arbitral firmado por la sociedad subsidiaria a su matriz, habrá que analizar si, en el caso concreto, el grupo de sociedades constituye una misma realidad económica —para lo que habrá que determinar el grado de control ejercido por la matriz—,²⁴

²³ Corte de Apelación de París, 22 de octubre de 1983, *Société Isover-Saint Gobain c. Société Dow Chemical France*, Revue de l'Arbitrage 98 : «[F]ollowing an autonomous interpretation of the agreements and the documents exchanged at the time of their negotiation and termination, the arbitrators have, for pertinent and non-contradictory reasons, decided, in accordance with the intention common to all companies involved, that Dow Chemical France and The Dow Chemical Company (USA) have been parties to these agreements although they did not actually sign them, and that therefore the arbitration clause was also applicable to them» vía BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER, *Op. cit.*, p. 101.

²⁴ Laudo ICC 4131/1982, *Dow Chemical France vs. ISOVER Saint Gobain (France)*: «“Considering that it is indisputable —and in fact not disputed— that Dow Chemical Company (USA) has and exercises absolute control over its subsidiaries having

así como si la sociedad dominante participó activamente en la negociación y ejecución del contrato firmado por la filial.

Por otro lado, la teoría del grupo de sociedades no ha sido aceptada universalmente en todas las jurisdicciones, ya que su admisión sigue generando una cierta controversia.²⁵ Por ejemplo, los tribunales suizos han rechazado la aplicación de la doctrina del grupo de sociedades.²⁶ En Inglaterra, un tribunal sostuvo que esta doctrina no forma parte del derecho inglés.²⁷

En otros casos, algunas jurisdicciones han anulado laudos arbitrales que extendieron el contrato de arbitraje a un no-signatario en aplicación de la doctrina del grupo de sociedades.²⁸

6.4. Cesión, agencia y sucesión

6.4.1. Cesión

El primero de estos supuestos se refiere a la cesión o transferencia de un convenio arbitral inserto en otro contrato a un tercero que no formaba parte originalmente de la relación contractual —la cesión expresa e individualizada del contrato de arbitraje presenta menores dificultades—. ²⁹

either signed the relevant contracts or, like Dow Chemical France, effectively and individually participated in their conclusion, their performance, and their termination».

²⁵ BORN, G. *Op. cit.*, p. 97; y N. BLACKABY y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 102.

²⁶ Véase ICC 4504/1985-1986, 113 J du Droit Intl 1118 vía BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 102.

²⁷ *Peterson Farms Inc. c/ C&M Farming Ltd.*, 2004, 2 Lloyd's Re. 603 (Q.B.): «*In the context of the group of companies doctrine the agreement was that Arkansas law was the same as English law. As I have already said, English law treats the issue as one subject to the chosen proper law of the Agreement and that excludes the doctrine which forms no part of English law*».

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de 20 de enero de 2006, C04/174HR vía BORN, G. *Op. cit.*, p. 97.

²⁹ Véase nota al pie n.º 18.

La posibilidad de ceder un contrato, un crédito o una deuda, forma parte de la teoría general de los contratos, y es plenamente admitida siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello.³⁰

En lo que respecta a la cesión de créditos, este tipo de transferencia —en el cual, normalmente, no se requiere el consentimiento de la contraparte—³¹ no permite la transmisión de ninguna cláusula contractual. Por tanto, no constituye un mecanismo válido para la cesión de la cláusula arbitral a un tercero no firmante.

Por el contrario, y en principio, la cesión de un contrato —para lo cual muchas jurisdicciones exigen el consentimiento de la contraparte—³² conlleva la transferencia del convenio arbitral al cesionario, salvo que, en el caso concreto, se hayan introducido prohibiciones contractuales a la cesión o se aplique la ley de un país que no permita esta posibilidad.³³ Así, muchos sistemas jurídicos admiten la cesión de la cláusula compromisoria junto con el contrato principal.³⁴

³⁰ Así, el art. 1112 de Código Civil español que prevé que «[t]odos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

³¹ DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2001, vol. II, p. 237; y art. 9.1.7 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016.

³² DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Op. cit.*, p. 245; y art. 9.3.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2016.

³³ CAIVANO, Roque J. «La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene». *Revista de Derecho Privado*, 2012, edición especial, pp. 46-47; BORN, G. *Op. cit.*, p. 98.

³⁴ *Asset Allocation and Mgt. Co. v Western Employers Ins. Co.*, 892 F.2d 566, 574 (7th Circuito 1989); *Star-kist Foods, Inc. v Diakan Hope, SA*, 423 F.Supp. 1220, 1222-23 (C.D. Cal. 1976); Sentencia de Tribunal Federal Suizo, de 9 de mayo de 2001, 20 ASA Bull. 80, 2002 vía BORN, G. *Op. cit.*, p. 98.

Respecto a la jurisprudencia inglesa, puede citarse, *Phoenix Finance Ltd. v Federation Internationale de l'Automobile*, Chancery Division, de 22 de mayo de 2002, EWHC 1028 (Ch); *Schiffahrtsgesellschaft Detlef Von Appen GmbH vs. Wiener Allianz Versicherungs AG & Voest Alpine Intertrading GmbH*, Corte de Apelación de Inglaterra y Gales de 16 de abril de 1997, EWCA Civ 1420, y *Through Transport*

Para que opere el efecto automático de la cesión del acuerdo de arbitraje, es necesario que se hayan cumplido los requisitos necesarios para que la transferencia del contrato principal se considere válida —particularmente, el consentimiento de la contraparte, si ello es exigible de acuerdo con la ley aplicable—. ³⁵

Entre los obstáculos para la validez de la cesión, debe subrayarse la posibilidad de que relación obligatoria se haya constituido en consideración de la persona del cocontratante —esto es, que el contrato tenga carácter *intuitu personae*—, en cuyo caso, la cesión de la cláusula arbitral no resultaría posible. ³⁶

6.4.2. Agencia

La teoría de la agencia conforma otra de las principales doctrinas de extensión del convenio. La mayoría de las jurisdicciones admiten de forma inequívoca que, si se cumplen ciertas condiciones, los actos jurídicos realizados por un agente obligan a su principal frente a terceros.

La cuestión que se plantea es si el agente también puede obligar a su principal a someterse a arbitraje, así como los requisitos exigidos para ello. En este sentido, resulta de interés resaltar lo establecido, en

Mutual Ins. Assoc. (Eurasia) Ltd. vs. New India Assurance Co. Ltd., Corte Mercantil de Inglaterra y Gales de 21 de marzo de 2005, [2004] EWCA Civ 1598.

³⁵ BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 103; véase también nota al pie n.º 18.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Casación de Francia, Sala de lo Civil de 28 de mayo de 2002, caso *Cour de Cassation*, Sala Civil 1.ª, 28 de mayo de 2002, caso *S.A. Burkinabe des Ciments et Matériaux (CIMAT) c/ Société des Ciments d'Abidjian, Les Cahiers de l'arbitrage*. París: Gazzete du Palais, vol. II, julio 2004, p. 308 vía CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 22-23: «*En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels. La Cour d'appel, qui a souverainement relevé que la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat initial n'avait pas été contractée en considération de la personne de l'autre contractant —ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tiers— a légalement justifié ses décisions sur ce point.*»

el ámbito del *common law*, en el caso *Thomson c/ American Arbitration Association*, en el que el tribunal afirmó «Este tribunal ha admitido un cierto número de teorías bajo las cuales los no signatarios pueden quedar obligados por los acuerdos de arbitraje de otros. Estas teorías tienen su origen en los principios del derecho contractual y de la agencia del *common law*». ³⁷

La cuestión fundamental se refiere a la autoridad o poder que tiene el agente para actuar en nombre y representación de su principal, de forma que éste quede obligado por el convenio arbitral suscrito por aquél.

Para determinar la validez —o no— de los actos del agente —con base en la capacidad otorgada por su principal— habrá que atender a lo establecido por las distintas leyes aplicables a la cuestión, esto es, (i) la ley aplicable al convenio arbitral, (ii) la ley que rija la capacidad del agente para celebrar un contrato de arbitraje en nombre de su principal, y (iii) la forma en la que dicha autorización debe ser concedida al agente. ³⁸

Así, es claro que la validez del contrato suscrito por el agente en nombre de su principal dependerá de lo establecido por las normas aplicables al caso concreto. Por ejemplo, Austria y Suiza exigen que el principal autorice expresamente al agente para que éste pueda suscribir una cláusula compromisoria que obligue a aquél. ³⁹ Por otro lado, Italia,

³⁷ *Thomson CSF vs. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp.*, 64 F.3d 773, 776 (2.º Cir. 1995): «*This Court has recognized a number of theories under which nonsignatories may be bound to the arbitration agreements of others. Those theories arise out of common law principles of contract and agency law.*».

³⁸ Laudo ICC n.º 5832/1988, 115 *J du Droit Int'l* 1198 vía BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 104.

³⁹ Respecto al caso austríaco, véase el art. 1008 del Código Civil de Austria y véase también la nota al pie n.º 38; mientras que para Suiza, véase el art. 393(3) del Código de Obligaciones Federal de Suiza vía BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 104.

Francia y Alemania no exigen ninguna forma concreta de autorización del principal.⁴⁰

En relación con la teoría del agente, también deben ser consideradas las particularidades propias del sistema del *common law*, en concreto con respecto a las figuras del *undisclosed agency* —en la que el tercero no sabe que el agente no actúa en su propio nombre— y del *commission agency* —en la que el principal no confiere *autoridad* al agente para que sus actos obliguen a su mandante—,⁴¹ dado que, en todo caso, debe determinarse si el negocio jurídico celebrado cumple con los requisitos necesarios con arreglo a la ley que resulte aplicable.

6.4.3. Sucesión

El último supuesto más consolidado que habilita la extensión del convenio de arbitraje a un no signatario opera mediante sucesión legal. Estos supuestos son, lógicamente, más propios de las relaciones contractuales establecidas por personas jurídicas que por individuos.⁴²

El supuesto de hecho de esta doctrina se refiere a aquellos casos en los que una parte sucede legalmente a otra sobre la base de distintas causas, como, por ejemplo, la fusión de sociedades, la absorción, la cesión global de activo y pasivo, etc.

Cuando este supuesto acontece, la mayoría de las jurisdicciones consideran que la parte *superviviente* pasa a ser titular de todos los contratos, *ope legis*, de la/s anterior/es entidades.⁴³

⁴⁰ BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 104.

⁴¹ BUSCH, D. *Indirect Representation and the Lando Principles Electronic Journal of Comparative Law*, diciembre 1998, vol. 2.3, <http://www.ejcl.org/23/art23-1.html>.

⁴² Aunque conviene señalar que el art. 8(1) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra y Gales de 1996 estipula: «*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement is not discharged by the death of a party and may be enforced by or against the personal representatives of that party*».

⁴³ BORN, G. *Op. cit.*, p. 97.

En este tipo de supuestos, debe prestarse especial atención a si los contratos en los que se subroga la nueva sociedad incluyen una cláusula de *cambio de control*, en cuyo caso, la contraparte tiene derecho a resolver el contrato al producirse un cambio en el control de la sociedad que, originalmente, formaba parte del contrato.

Respecto a la ley aplicable, habrá que atender a la ley del país en la que fue inscrita/constituida la nueva sociedad.⁴⁴

7. CONCLUSIÓN

El arbitraje, al igual que contratos mercantiles internacionales, ha evolucionado con el paso del tiempo hacia el establecimiento de relaciones de mayor complejidad, en las que intervienen un elevado número de agentes, o en las que se requiere una mayor flexibilidad para poder hacer frente a las necesidades del tráfico mercantil. Esta realidad implica que en un porcentaje muy elevado de contratos —y, por tanto, de procedimientos arbitrales— intervienen múltiples partes.

La complejidad vinculada a este tipo de relaciones contractuales ha dado lugar a que la forma en la que se ha venido expresando el consentimiento para suscribir un contrato —y, de forma paralela, un convenio arbitral— haya ido mudando desde una declaración de voluntad expresa y por escrito —forma tradicionalmente aceptada—, a otra implícita e informal.

Este cambio en la práctica mercantil dio lugar a una actualización de los textos legales y de los criterios jurisprudenciales aplicables, que en muchos supuestos empezaron a reconocer —en especial, a partir de 1980—, la importancia y validez del consentimiento implícito para someterse a arbitraje.

⁴⁴ BLACKABY, N. y C. PARTASIDES con A. REDFERN y M. HUNTER. *Op. cit.*, p. 105.

La jurisprudencia internacional ha venido admitiendo doctrinas que permiten que el acuerdo de arbitraje sea extendido a partes no firmantes. Entre las más consolidadas pueden citarse: (i) el *estoppel*, (ii) el levantamiento del velo societario, (iii) el grupo de sociedades y (iv) cesión, agencia y sucesión.

Estas doctrinas mantienen un elemento común: la voluntad implícita de las partes de someterse a arbitraje, bien por haber realizado una conducta de la que se desprende su voluntad de ser parte de un determinado contrato, bien por haber tratado de eludir su responsabilidad de forma fraudulenta.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que no todas las jurisdicciones admiten la aplicación de estas figuras de forma pacífica, ya que algunas de las doctrinas provienen de una tradición típicamente de *common law* —como puede ser el caso del *estoppel*—, y otras tienen su origen en los tribunales de un determinado país de *civil law* —como sucede con la doctrina del grupo de sociedades, que nació de los pronunciamientos expresados por los órganos judiciales y los tribunales arbitrales en Francia—.

Así, algunas de estas doctrinas generan aún cierta controversia, lo que puede tener como consecuencia su inaplicación por tribunales de justicia de algunas jurisdicciones, o incluso la posible anulación de laudos arbitrales que utilicen estos criterios cuando la sede del arbitraje no sea propensa a su reconocimiento.

En cualquier caso, la admisión del consentimiento implícito para someterse a arbitraje; y, por tanto, la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, ha ido ganando protagonismo de forma constante, lo que ha permitido flexibilizar los requisitos para confirmar la validez del convenio.

La invariabilidad de esta línea decisoria durante las últimas décadas permite aventurar que las reticencias expresadas por algunos tribunales tenderán a desaparecer de forma progresiva con el definitivo asiento de los efectos de la modificación de la LM 1985, en paralelo con el incremento del número de Estados que incorporen el espíritu y finalidad perseguidos en el art. 7 LM 2006.

¿PUEDEN LAS PARTES SOMETERSE A ARBITRAJE ANTES INCLUSO DE SUSCRIBIR UN CONTRATO?: EL CONVENIO ARBITRAL CONTENIDO EN UN BORRADOR DE CONTRATO

*Elena Sevilla Sánchez**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Las diferentes resoluciones que han tratado la cuestión.— 3. Comentario.— 4. Conclusión.

Resumen: En el presente artículo se analiza, desde un punto de vista comparativo, la validez y efecto vinculante de las cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas en los borradores de contrato intercambiados entre las partes potenciales de un contrato. Se pretende así determinar si es válida la sumisión a arbitraje que realizan dichas partes durante una negociación, antes, incluso, de que se suscriba el contrato que las vincula. Para ello, se exponen los razonamientos de dos sentencias judiciales y de un laudo arbitral reciente que parten de leyes aplicables y sedes de arbitraje distintos.

Abstract: In this article, the validity and binding effect of the arbitration clauses included in draft contracts exchanged between the potential parties of a contract, is analyzed from a comparative point of view. The purpose of the said analysis is to determine whether the arbitration agreement contained in a draft contract that is being negotiated by two parties is valid even before the contract containing the arbitration clause is signed. To this end, the reasoning of two judicial decisions and a recent arbitration award based on applicable laws and different arbitration venues are set forth.

* Abogada, LL.M. Profesora colaboradora del máster de arbitraje y comercio internacional de la Universidad París-Saclay. Asociada senior Andersen Tax & Legal.

Palabras clave: Convenio arbitral, cláusulas de arbitraje, borradores de contrato, sede del arbitraje, ley aplicable, negociación de las partes.

Key words: *Arbitration agreement; arbitration clauses, draft contracts, seat of arbitration, applicable law, negotiation of the parties.*

1. INTRODUCCIÓN

La validez y el efecto vinculante de la cláusula arbitral son cuestiones recurrentes en los procedimientos de arbitraje. Como tal, se han analizado desde múltiples perspectivas, y todavía hoy la supuesta falta de validez o de efecto vinculante de la cláusula arbitral, constituye uno de los motivos más alegados por aquéllos que pretenden desvincularse de un procedimiento arbitral.

No es sorprendente, por tanto, que cuando una parte inicia un procedimiento de arbitraje, sobre la base de una cláusula arbitral contenida en un contrato que no ha llegado a ser suscrito por las partes de una negociación, la parte demandada alegue de inmediato una falta de competencia del tribunal arbitral. Para esta parte demandada, la autonomía de la cláusula arbitral respecto del resto del contrato, no justifica ni es suficiente para considerar que la sumisión a arbitraje, es válida cuando el contrato no es más que un borrador.

Parte de la doctrina y de las resoluciones judiciales que se conocen hasta la fecha, han considerado que el consentimiento era imprescindible, no sólo para la perfección del contrato objeto de negociación, sino, igualmente, para la validez de la renuncia a la jurisdicción ordinaria en favor del arbitraje. La falta de consentimiento que pudiera apreciarse en un contrato no firmado por las partes, constituiría un vicio que afectaría, a su vez, a la cláusula arbitral.

Sin embargo, algunas decisiones recientes han apreciado que las partes de una negociación, podían haber consentido y acordado someterse a arbi-

traje mediante el mero intercambio por escrito de una cláusula arbitral; y ello, aunque la misma formara parte de un borrador de contrato. Se prescinde así en dichas decisiones de la firma del contrato contenedor de la cláusula arbitral para determinar la validez y el efecto vinculante de la cláusula arbitral.

En el presente escrito se analizarán en detalle tres resoluciones recientes en las que se reflejan las anteriores consideraciones y el impacto que la ley aplicable tiene respecto de la cláusula de sumisión a arbitraje.

2. LAS DIFERENTES RESOLUCIONES QUE HAN TRATADO LA VALIDEZ Y EL EFECTO VINCULANTE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL INCLUIDA EN BORRADORES DE CONTRATO

En los dos últimos años, la comunidad arbitral ha podido conocer hasta tres resoluciones sobre la validez y el efecto vinculante de la cláusula arbitral incluida en borradores de contrato.

Como se expondrá a continuación, los razonamientos y las conclusiones de cada una de ellas han sido dispares.

2.1. La resolución de la High Court de Singapur en el caso BCY vs. BCZ: la cláusula arbitral no se considera válida ni vinculante

En el caso *BCY c/ BCZ*¹ el demandante propuso vender al demandado² una serie de acciones. A estos efectos las partes intercambiaron hasta siete borradores de contrato que no llegaron a firmar.

¹ *BCY vs. BCZ* [2016] SGHC 249 *High Court - Originating Summons* n.º 502 of 2016 Steven Chong J 16-17 August 2016, accesible en [https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-\(for-release\)-\(08-11-2016\)-pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-(for-release)-(08-11-2016)-pdf).

² El demandante ante la *High Court* de Singapur ocupaba la posición de demandado en el arbitraje que dio lugar a la demanda ante la *High Court* de Singapur.

El primero de los borradores de contrato preveía la sumisión a la ley de Nueva York y a los tribunales de Nueva York. El segundo de los borradores intercambiado, aunque mantenía la sumisión a la ley de Nueva York, modificaba la referencia a los tribunales ordinarios y sometía cualesquiera disputas que pudieran surgir entre las partes (incluidas aquéllas sobre la existencia, validez y terminación del contrato) a arbitraje bajo el reglamento de la CCI³ «en Singapur». Con el cuarto borrador de contrato las partes aclararon, además, que la «sede del arbitraje» sería Singapur.

La cláusula de sumisión a arbitraje ya no cambió en los borradores que siguieron intercambiándose las partes. El demandante (demandado en el procedimiento arbitral), incluso, declaró que estaba «listo» para firmar el borrador del contrato de venta. Sin embargo, finalmente, el contrato de compraventa no se firmó y la venta no se llevó a cabo.

Como consecuencia de ello, el demandado ante la *High Court* comenzó un procedimiento arbitral bajo los auspicios del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, tal como preveía la cláusula arbitral contenida en el borrador del contrato de acciones negociado entre las partes.

El demandante ante la *High Court* (demandado en el procedimiento arbitral) objetó y se opuso a que los árbitros fueran competentes al no existir una cláusula arbitral válida.⁴ La parte contraria argumentaba que el convenio arbitral se perfeccionó, incluso, antes del contrato de compraventa de acciones.⁵

En el análisis llevado a cabo por el árbitro único, éste entendió que la cláusula arbitral debía regirse por la ley de Nueva York, que era la ley aplicable al contrato de acciones.⁶ El árbitro único se basó para alcanzar esta conclusión, en la conocida sentencia de la Corte de Apelación in-

³ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

⁴ Nota *supra* n.º 2, párrafo 24.

⁵ Nota *supra* n.º 2, párrafos 26-29.

⁶ Nota *supra* n.º 2, párrafo 32.

glesa (*High Court of London Sulamèrica Cia. Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A. (Sulamèrica)*).⁷

Conforme a la ley de Nueva York, el árbitro único determinó que las partes accedieron a someterse a arbitraje, a la vista del intercambio de borradores de contrato con la misma cláusula de sumisión a arbitraje, y la manifestación del demandante (demandado en el procedimiento arbitral) de su voluntad de firmar el sexto borrador del contrato de compraventa de acciones.⁸

La decisión del árbitro único fue recurrida ante la *High Court* de Singapur por el demandado en el procedimiento arbitral. El órgano judicial, a pesar de compartir el análisis que realizó el árbitro único, en cuanto a la ley aplicable al convenio arbitral (la ley de Nueva York que regía el borrador del contrato de compraventa de acciones), entendió, por el contrario, que las partes no habían acordado someterse a arbitraje.

Según la *High Court* de Singapur no existía ninguna evidencia objetiva de que las partes tuvieran la intención mutua de someterse a arbitraje en base a una cláusula arbitral inserta en un contrato no perfeccionado. El razonamiento de la *High Court* de Singapur partía de la premisa de que en tanto que el contrato no fuera firmado las partes estaban en su derecho de incluir y/o modificar la cláusula de sumisión.

2.2. La resolución del Tribunal Federal Suizo de 18 de febrero de 2016: «normalmente la cláusula no sería válida, pero excepcionalmente sí»

En un supuesto no muy distinto al del caso *BCY c/ BCZ*, el Tribunal Federal alcanzó una conclusión bien distinta.

⁷ *Sulamèrica Cia. Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A.* [2012] EWCA Civ 638 (*Sulamèrica*).

⁸ Nota *supra* n.º 2, párrafo 33.

En el marco de una negociación de un contrato de compraventa (esta vez de productos de acero), el vendedor solicitó al comprador que firmara un «contrato marco» que contenía una cláusula de sumisión a arbitraje bajo el reglamento suizo de arbitraje internacional (*Swiss Rules of International Arbitration*).

Las partes realizaron modificaciones al contrato marco incluida la cláusula arbitral y se intercambiaron varias versiones del mismo. En las últimas dos versiones intercambiadas por las partes no se aportaron modificaciones a la cláusula de sumisión a arbitraje. Finalmente, el contrato marco nunca se firmó.

El vendedor inició sobre la base de la última versión del contrato intercambiada, un procedimiento de arbitraje frente al comprador, quien no había realizado el pago anticipado al que supuestamente se habría comprometido.

El comprador rechazó la solicitud de arbitraje planteada por el vendedor y la competencia del árbitro único nombrado por la Cámara de Comercio del Cantón de Ticino, en el arbitraje iniciado por el vendedor.

Sin embargo, en un laudo sobre la competencia, el árbitro único estimó que, a pesar de que el contrato marco para la compraventa de productos de acero nunca fue firmado, las partes sí que aceptaron someterse a arbitraje.

A la vista del contenido del laudo, el comprador planteó recurso de anulación del laudo arbitral ante el Tribunal Federal Suizo.

El Tribunal Federal Suizo, en aplicación de la ley suiza (artículo 178.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado)⁹ entendió que, por regla general, «el intercambio de borradores de contrato, en el contexto

⁹ «*Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987*», disponible en <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

de negociaciones entre socios potenciales, no permitirá, normalmente, deducir, de acuerdo con el principio general de confianza, la voluntad legal de las partes de obligarse en relación a una cláusula del futuro contrato, antes incluso de que dicho contrato se concluya entre las partes».¹⁰

Sin embargo, en este caso concreto el Tribunal Federal entendió que en determinados supuestos podían existir circunstancias adicionales «cualificadas» que «podían permitir admitir lo contrario» y fundar la competencia del tribunal arbitral para conocer de una demanda basada en una «culpa *in contrahendo*» tras el intercambio de varios borradores de contrato.¹¹

Entre las circunstancias «cualificadas» que permitirían reconocer la validez de una cláusula arbitral integrada en sucesivos borradores de contrato, el Tribunal Federal Suizo citó las siguientes (i) las veces en las que las partes suscribieron diversos contratos en los que se contenía la cláusula de sumisión a arbitraje, (ii) el interés objetivamente entendible y reconocible de optar por el arbitraje, y (iii) el intercambio de borradores por el que se establece la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje (la cláusula arbitral permanece inalterada) con independencia del resultado de las negociaciones del contrato principal.

2.3. La resolución del tribunal arbitral con sede en Finlandia: «la cláusula arbitral es absolutamente válida y vinculante»

A una conclusión completamente opuesta llegó un tribunal arbitral en un reciente laudo dictado bajo los auspicios del Instituto de Arbitraje de Finlandia («FAI» por sus siglas en inglés).

La compañía irlandesa «A» entró en negociaciones con la compañía finlandesa «B» para la firma de un contrato comercial. Durante las

¹⁰ Tribunal Federal suizo, Decisión n.º 4^a-84/2015 del 18 de febrero de 2016, párrafo 3.2.1 (traducción libre al español).

¹¹ *Idem* nota *supra* n.º 10.

negociaciones, las partes intercambiaron varios borradores de contrato. Todos ellos contenían una cláusula arbitral, mediante la cual las partes sometían cualquier «disputa, controversia o demanda relativa al contrato, el incumplimiento del contrato, la terminación del contrato o su validez» a arbitraje bajo las reglas del FAI.

Cuando las negociaciones desembocaron en un primer desacuerdo, la compañía «A» inició un procedimiento de arbitraje ante la FAI. Automáticamente la compañía «B» contestó a la solicitud de arbitraje presentada por la compañía «A», rechazando la sumisión a arbitraje de la disputa al no existir una cláusula arbitral válida y obligatoria. Según la compañía «B», las partes nunca habrían aceptado ni firmado el contrato en el que la supuesta cláusula arbitral referida en la solicitud de arbitraje de la compañía «A» estaría inserta.

Tras una revisión *prima facie* de la cláusula arbitral discutida y conforme al artículo 14 del reglamento FAI, el Instituto de Arbitraje de Finlandia dio trámite a la solicitud de arbitraje presentada por la compañía «A». Se constituyó así un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. La compañía «B» de nuevo rechazó la existencia de cláusula arbitral, esta vez frente al tribunal arbitral. Como consecuencia de ello, el tribunal arbitral emitió una decisión separada declarando la cláusula arbitral válida y ejecutable y declarándose competente para conocer de la disputa.

El tribunal arbitral alcanzó dicha conclusión según el siguiente razonamiento.

En primer lugar, el tribunal arbitral recordó que la validez y exigibilidad de una cláusula arbitral no depende de la validez y exigibilidad del contrato subyacente al que habría de aplicarse dicha cláusula. Por otro lado, razonó que el artículo 3 de la ley de arbitraje finlandesa (*Finnish Arbitration Act* n.º 967/1992) reconoce la validez y existencia de una cláusula arbitral, aun a falta de contrato firmado entre las partes. Basta para la sumisión a arbitraje con que exista un acuerdo por escrito que puede for-

marse por correspondencia, intercambio de telegramas, mensajes u otros documentos. Así pues, la mera referencia a un documento contenedor de una cláusula arbitral, bastaría para constituir un acuerdo arbitral válido.

El tribunal arbitral hizo, igualmente, referencia a la actuación de la compañía «B» que, a pesar de no firmar el contrato objeto de controversia, actuó de acuerdo con el mismo y nunca realizó ninguna objeción respecto de la cláusula arbitral. Es más, una de las representantes de la compañía «B» remitió a otros representantes de la compañía «B» y de la compañía «A» una propuesta de cláusula arbitral que debía incluirse dentro del borrador de contrato entre las partes. El borrador de contrato intercambiado entre las partes incluyó dicha cláusula arbitral.

En base a lo anterior, el tribunal arbitral entendió que, a la vista de la documental aportada por las partes, y en aplicación del artículo 3 de la Ley de Arbitraje finlandesa, la cláusula de arbitraje contenida en el borrador de contrato intercambiado entre las partes, era una cláusula válida y exigible.

La aplicación de la ley de la sede del arbitraje (ley finlandesa) fue determinante en este caso para apreciar la validez de la cláusula.

3. COMENTARIO

En los tres casos comentados, el razonamiento de los tribunales (arbitrales o judiciales), parte del análisis del contenido de la ley aplicable a la cláusula arbitral.

Una ley que impusiera que la cláusula de sumisión a arbitraje estuviera firmada para considerarla como válida, difícilmente permitiría declarar válida y vinculante a una cláusula de arbitraje inserta en un borrador de contrato.

En cambio, una ley como la de arbitraje finlandesa que, únicamente requiera el intercambio mediante alguna forma de correspondencia; y, por escrito, de dicha cláusula de sumisión por las partes para entender que se ha perfeccionado el convenio arbitral sería más propensa a permitir que se acepte la validez de una cláusula arbitral inserta en un borrador de contrato.

En base a lo anterior parece fácil y previsible anticipar cuándo una cláusula arbitral inserta en un contrato es válida y vinculante: cuando así lo permite la ley aplicable a la cláusula de sumisión a arbitraje.

Sin embargo, lo que parecía sencillo no lo es tanto. Todavía hoy existe discusión acerca de si a la hora de determinar la validez de la cláusula arbitral debe aplicarse la ley de la sede del arbitraje o la ley del contrato.

El paradigma de esta discusión se refleja en las sentencias inglesas *Sulamérica y FirstLink Investments Corp. Ltd. vs. GT Payment Pte Ltd.*¹² («Firstlink»). Mientras que la primera sentencia establece que la ley aplicable a la cláusula arbitral será la ley aplicable al contrato, la sentencia Firstlink entiende que cuando compitan la ley del contrato y la ley de la sede deberá aplicarse la ley de la sede para interpretar la cláusula arbitral.

La validez y efecto vinculante de la cláusula arbitral podría así quedar al albur de la determinación de la ley aplicable para interpretar la cláusula arbitral que decida el tribunal en cuestión. Para evitarlo, las partes deberían aclarar en las cláusulas de sumisión a arbitraje insertas en los borradores de contrato cuál es la ley aplicable a la cláusula de sumisión en cuestión a los efectos de determinar su validez y su efecto vinculante.

¹² *FirstLink Investments Corp. Ltd. vs. GT Payment Pte Ltd.* [2014] SGHCR 12.

Ahora bien, en ocasiones, aunque el tribunal aplique para la interpretación de la cláusula arbitral una ley «poco formalista» puede que no sea suficiente para asegurar la validez de la cláusula arbitral.

En este sentido, basta con examinar la sentencia de la *High Court* de Singapur respecto del caso *BCY c/ BCZ* (comentado con anterioridad). En dicha sentencia, el tribunal de Singapur validó la interpretación del tribunal arbitral cuando decidió que debía aplicarse la ley del borrador del contrato para la interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje (ley de Nueva York). Dicha ley no exigía que la cláusula arbitral inserta en un contrato fuera firmada para declarar su validez.

A pesar de ello, la *High Court* de Singapur concluyó, en contra de lo resuelto por el tribunal arbitral que, hasta la firma del contrato, las partes podían aportar modificaciones a la cláusula arbitral. No podía, por tanto, darse por válida la cláusula de sumisión a arbitraje por el mero hecho de haber sido incluida y no modificada en los borradores de contrato intercambiados.

Aunque la *High Court* estuvo de acuerdo con el tribunal arbitral, es decir, con la ley que debía servir para interpretar la cláusula arbitral inserta en el borrador del contrato, no lo estuvo con las condiciones que, conforme a dicha ley, debían darse para estimar la validez y eficacia de la sumisión.

La apreciación sobre la validez y efecto vinculante de una cláusula arbitral inserta en un borrador de contrato no depende, pues, únicamente, del contenido de la ley aplicable a la cláusula arbitral, sino de la interpretación que de ella realice el tribunal arbitral o el juez competente.

Como muestra un botón. Como se ha dicho, el Tribunal Federal Suizo, en un supuesto similar al revisado por la *High Court* de Singapur, entendió que «excepcionalmente» se debía aceptar la sumisión a arbi-

traje incluida en un «contrato marco» como válida y vinculante; y ello, atendiendo a determinadas circunstancias concretas del caso. Exactamente lo contrario a lo resuelto por la *High Court* de Singapur.

De esta forma, a los efectos de anticipar la sumisión a arbitraje en el marco de la negociación de un contrato, no basta con asegurar que la cláusula arbitral se someta a una determinada ley (estableciéndose si la cláusula arbitral se rige por la ley del foro o la ley aplicable al borrador de contrato). Las partes tendrán que precisar, en el marco de su negociación, que hasta que no suscriban el contrato negociado, no quedarán vinculadas por la cláusula arbitral inserta en el borrador de contrato.

En este sentido, la mayoría de las leyes permiten que la autonomía de la voluntad de las partes establezca requisitos más estrictos o mayores formalidades que las contempladas en la ley de aplicación para que pueda apreciarse la validez y el efecto vinculante de la cláusula arbitral.

A la luz de este razonamiento, con independencia de lo que establezca la ley aplicable a una cláusula inserta en un borrador de contrato, las partes pueden indicar por anticipado y en el marco de sus negociaciones (siempre que dicha ley lo permita) que la cláusula de sumisión a arbitraje no se considerará eficaz hasta que el contrato no sea suscrito por las partes. Precisar que la validez y el efecto vinculante de la cláusula arbitral, se suspende a la firma del contrato es por tanto perfectamente válido.

4. CONCLUSIÓN

Del análisis de los tres casos comentados se infiere que los tribunales arbitrales y judiciales efectúan un análisis pormenorizado «caso por caso» para establecer si una cláusula de sumisión a arbitraje inserta en un borrador de contrato, es válida y vinculante.

En el marco de dicho análisis se tiene en cuenta, en primer lugar, la ley aplicable a la cláusula arbitral que es la que va a determinar si —de entrada— una cláusula de sumisión a arbitraje no firmada es válida y vinculante. Como se ha expuesto, no siempre es sencillo determinar cuál será dicha ley aplicable.

Salvado el primer escollo de la ley aplicable, los tribunales arbitrales y judiciales analizan si, conforme a dicha ley y las circunstancias de aplicación al caso se puede entender que las partes han acordado someterse a arbitraje.

En el análisis que se efectúa caso por caso los tribunales arbitrales y judiciales tendrán en cuenta, entre otras cosas, si las partes han modificado la cláusula de arbitraje tras repetidos intercambios del borrador del contrato, si han acordado en otras ocasiones y/o en otros contratos someter sus disputas a arbitraje o si han realizado manifestaciones que permitan deducir que existe una voluntad común de acudir a arbitraje.

Estas circunstancias fácticas no dejan, sin embargo, de ser indicios para tratar de determinar la voluntad de las partes y serán los tribunales quienes, en última instancia, determinarán si ha habido sumisión a arbitraje o no por las partes.

Para tratar de evitar la incertidumbre que ello conlleva, nada impide que las partes en aplicación de su autonomía de la voluntad, establezcan que la sumisión a arbitraje no se entenderá válida ni vinculante hasta la firma del contrato, o bien, todo lo contrario, que con independencia del resultado de las negociaciones las partes acuerdan someterse a arbitraje para toda controversia ligada a la negociación y firma del contrato.

La autonomía de la voluntad de las partes, de nuevo, resulta clave para anticipar el método de resolución de controversias que se aplicará a una disputa, incluso cuando dicha disputa derive de un borrador de contrato.

EL CONVENIO ARBITRAL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ENERO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA,
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ