

ENCICLOPEDIA DEL ARBITRAJE
PRIMERA PARTE

Volumen 47 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Enciclopedia del Arbitraje

Primera Parte

Director:

Jorge Luis Collantes González

Coordinadores académicos:

Domitille Baizeau (LALIVE, Ginebra)

Anne-Carole Cremades (Schellenberg Wittmer, Ginebra)

Marco de Benito Llopis-Llombart (IE Law School, Madrid)

Bárbara de la Vega Justribó (Universidad Carlos III de Madrid)

Jaime Gallego (LALIVE, Ginebra)

Jorge Mas Taladriz (Madrid)

Coordinación general y asistencia:

Anna Arnalte

Vanessa Ghahremani Thomsen

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ENCICLOPEDIA DEL ARBITRAJE
PRIMERA PARTE

- © 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

Primera edición, junio 2018
Tiraje: 500 ejemplares
Fecha de publicación: junio 2018

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 2017-16940

ISBN: 978-612-47449-5-2
Impreso en el Perú - Printed in Peru

*A la memoria de
Ramón Mullerat Balmaña,
Felipe Osterling Parodi
y Ulises Pittí;
agradeciendo sus contribuciones relativas
al arbitraje para esta Enciclopedia.*

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	25
Nota para el lector	27
 A	
Abstención del árbitro	29
1. Concepto e introducción general	
2. Normas aplicables de orden interno y de Derecho comparado	
Abuso de derecho (en el arbitraje)	31
1. Introducción y noción general	
2. Abuso de Derecho y arbitraje	
Acción de anulación	33
Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi	36
1. Aclaración del laudo	
2. Revisión del laudo	
3. Anulación del laudo	
Acta de misión	41
1. Origen y naturaleza	
2. Contenido y elaboración del acta de misión	
3. Funciones del acta de misión	
Acuerdo arbitral en contratos de organizaciones internacionales	43
Acuerdo de arbitraje (ver «Convenio arbitral»)	44
Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri)	44
Acumulación de pretensiones	45
Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones	47
1. Introducción	
2. Materias en las que interviene el MIGA	
Alegaciones	49

Allanamiento	52
<i>American Arbitration Association</i> («AAA»)	53
1. AAA: misión, áreas de expertise y servicios	
2. AAA University y AAA A. Leon Higginbotham Jr. Fellows Program	
<i>Amicus curiae</i>	58
Anulación parcial del laudo	59
1. Introducción y noción general	
2. Derecho español y jurisprudencia de desarrollo	
2.1. Derecho español	
2.2. Jurisprudencia española	
3. Derecho comparado	
4. Comentarios	
Arbitrabilidad	62
Arbitrabilidades condicionadas	63
Arbitraje	65
Arbitraje <i>ad hoc</i>	67
Arbitraje aéreo	68
1. Cuestiones generales	
2. El arbitraje aéreo en el Convenio de Montreal de 1999	
3. El contrato de transporte aéreo de mercancías: cláusula arbitral	
4. Valoración final	
Arbitraje ambiental	71
Arbitraje arrendaticio	72
Arbitraje comercial	77
Arbitraje comercial internacional	79
Arbitraje concursal internacional	82
Arbitraje con multiplicidad de partes o litisconsorcio y arbitraje multicontrato	85
1. Arbitraje multipartes o con multiplicidad de partes	
2. Arbitraje multicontrato	
Arbitraje consular	87
Arbitraje de consumidores y usuarios	88
Arbitraje de consumo colectivo	90
Arbitraje de consumo electrónico	91

	11
Arbitraje de contratos financieros con consumidores	92
Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados	93
1. Cuestión previa	
2. Arbitraje en la operativa entre miembros del mercado y clientes en los Estados Unidos de América	
3. Reglas de Arbitraje en Euronext	
Arbitraje de derecho	94
1. La elección del Derecho aplicable por las partes como regla general	
2. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros	
3. El contrato y los usos comerciales aplicables	
Arbitraje de equidad	96
Arbitraje de inversiones	98
Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa	98
1. Definición del término	
2. Legislación	
3. Comentarios	
Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)	102
Arbitraje deportivo	104
1. Noción de arbitraje deportivo	
2. Instituciones y reglamentos de arbitraje deportivo	
Arbitraje deslocalizado	106
Arbitraje en Acuerdos de Sede	108
Arbitraje en contratos de infraestructura del sector público	111
1. Definición y tipos de contratos del sector público	
2. Los contratos del sector público: ¿son arbitrables?	
Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones	113
1. Introducción	
2. Características de la industria	
3. El sistema de regulación para la competencia	
4. Una controversia de tipo estructural	
5. Clases de arbitraje en telecomunicaciones	
6. Arbitraje de consumo	
7. Diferencias entre la actividad desempeñada por el órgano regulador en orden a dirimir conflictos entre operadores y el arbitraje propiamente dicho	
8. Acceso al arbitraje	
9. Reconocimiento y ejecución de laudos externos. Control sobre laudos externos en arbitraje de telecomunicaciones	
10. Arbitraje de inversiones en materia de telecomunicaciones	
10.1. Caso Telenor	

11. La arbitrabilidad de la controversia. El tratamiento de las disposiciones imperativas
12. Conclusión general

Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba) 120

Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros

Arbitraje financiero (ver también «arbitraje de contratos financieros en mercados organizados») 121

1. Concepto
2. Productos objeto de contratación financiera
3. Ventajas del arbitraje de derecho en el ámbito financiero

Arbitraje financiero rabínico 123

Arbitraje inmobiliario 123

1. Introducción. Uso preciso del término
2. Características
3. Problemas que genera
4. A modo de conclusiones o recomendaciones

Arbitraje interestatal 126

Arbitraje internacional

1. Introducción
2. Otros criterios a tener en cuenta en la determinación del arbitraje internacional
3. Otros criterios a tener en cuenta en la determinación del arbitraje internacional
 - 3.1. Las partes que intervienen en el arbitraje
 - 3.1.1. Arbitraje entre personas físicas/jurídicas
 - 3.1.2. Arbitraje entre particulares y Estados
 - 3.1.3. Arbitraje entre Estados
 - 3.2. Órgano y procedimiento arbitral
 - 3.2.1. Arbitraje institucional
 - 3.2.2. Arbitraje *ad hoc*
 - 3.3. Método de resolución del litigio
 - 3.3.1. Arbitraje de derecho
 - 3.3.2. Arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*)
4. Fuentes del arbitraje internacional

Arbitraje *irrituale* 129

Arbitraje laboral 130

1. Los conflictos en materia laboral
2. El arbitraje en los conflictos colectivos económicos
3. El arbitraje en los conflictos jurídicos

Arbitraje marítimo internacional 132

Arbitraje mixto 135

Arbitraje nacional

	13
Arbitraje <i>on line</i>	137
Arbitraje pendular (<i>pendulum arbitration</i>)	141
1. Definición y naturaleza arbitral	
2. Origen	
3. Modalidades	
4. Ventajas e inconvenientes del arbitraje pendular	
Arbitraje postal	143
1. El arbitraje institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	
2. El arbitraje de consumo en la legislación postal	
Arbitraje sin vínculo contractual	144
Arbitraje sindical	146
Arbitraje societario	147
Arbitraje testamentario	149
1. Introducción	
2. Ámbito de aplicación del arbitraje testamentario	
1.1. ¿Quién puede ser árbitro testamentario?	
1.2. ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?	
3. El objeto del arbitraje testamentario	
4. Utilidad del arbitraje testamentario	
Arbitraje en el transporte terrestre internacional (Convenios CMR y Cotif)	152
1. El arbitraje en el Convenio CMR	
2. El arbitraje en el Convenio Cotif	
Arbitraje en las tasaciones periciales	155
Arbitraje tributario	156
Arbitraje unilateral (en el marco de inversiones)	157
Arbitraje y concurso interno	159
1. Introducción	
2. El arbitraje, mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos	
3. El arbitraje en la ley	
4. Conclusiones	
Arbitraje y Ley de Marcas	162
<i>Arbitrium boni viri</i>	165
Árbitro	167
Armonización arbitral	169

Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)	172
Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)	174
Asociación Europea de Arbitraje (Aeade)	175
1. Introducción	
2. Visión, misión y valores	
3. Estructura	
4. Comités de Expertos	
5. Comité de Garantías y Designaciones	
6. Aeade y América Latina	
7. Aeade y la Corte Hispano-Marroquí de Arbitraje	
8. La Secretaría de Aeade	
9. Los árbitros	
10. La cláusula arbitral	
Asociación Suiza de Arbitraje	177
Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)	178
Audiencias	180
Autonomía de la cláusula arbitral	182
Autonomía de la voluntad	184
1. Fundamentos de la autonomía de la voluntad	
2. El reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad	
3. Límites a la autonomía de la voluntad	
4. Arbitraje y autonomía de la voluntad	
Autorregulación	187
Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)	189

B

Bifurcación del proceso	
1. Introducción y definición	
2. Supuestos de bifurcación del proceso	
3. Reglamentos de arbitraje que prevén la bifurcación del proceso	
4. Ventajas	
5. Problemas y desventajas	
6. Consideraciones a tomar en cuenta en caso de bifurcación del proceso	
Buena fe (en el arbitraje)	191
1. Introducción	
2. Buena fe y Derecho transnacional	

C

Careo de peritos (o de testigos)	194
Cargas procesales (en el arbitraje)	195
Caución	196
1. Concepto	
2. El término caución en la Ley de Arbitraje	
3. Medidas cautelares y arbitraje	
4. Algunas consideraciones generales sobre el concepto «caución» desde la perspectiva de la justicia cautelar	
5. Régimen jurídico de la caución en el marco de las medidas cautelares adoptadas en sede arbitral	
5.1. Amplio margen de discrecionalidad para la configuración del procedimiento relativo a la caución	
5.2. Requerimiento de prestación de caución: ¿iniciativa arbitral o de parte?	
5.3. Procedencia de un trámite de audiencia de carácter contradictorio, previo a la decisión de los árbitros sobre la procedencia de exigir caución	
5.4. Momento y forma de resolver los árbitros sobre la prestación de caución	
5.5. Discrecionalidad del árbitro en cuanto a la decisión de requerir caución	
5.6. Elementos a considerar para concluir en la exigencia de que se preste caución	
5.7. Criterios para la determinación del <i>quantum</i> : acerca de la «suficiencia» de la caución	
5.8. Disconformidad con la decisión de los árbitros en relación con la caución	
5.9. Forma y plazo para la prestación de la caución	
5.10. Sobre la concesión de la caución en un momento posterior y en torno a la posibilidad de su modificación	
5.11. En caso de que haya lugar a la efectividad de la caución, ¿cómo debe procederse para la liquidación del importe de la indemnización por daños y perjuicios?	
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)	201
Cláusula arbitral abusiva	
1. Concepto general y regulación	
2. El control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas en sede de anulación del laudo arbitral	
3. El control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas en sede de ejecución del laudo arbitral	
4. Nuevas tendencias normativas para la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas	
4.1. La normativa española de contratación con consumidores y las cláusulas arbitrales	
4.2. La nueva Directiva Europea sobre los derechos de los consumidores	
Cláusula arbitral adhesiva	204
1. Concepto general y regulación	
2. La cláusula arbitral en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios	
3. La cláusula arbitral en los contratos de adhesión celebrados con consumidores	

Cláusula de fuerza mayor	206
Cláusulas de estabilización	209
1. Introducción y concepto	
2. Categorías	
3. Finalidad	
4. Valor jurídico	
Cláusula <i>hardship</i>	212
Cláusulas mixtas o <i>mix-and-match</i>	214
1. Concepto y características	
2. Momentos en que puede manifestarse la patología de las cláusulas mixtas	
2.1. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte de las instituciones designadas en la cláusula compromisoria	
2.2. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte del árbitro o del tribunal arbitral	
2.3. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte de un juez nacional	
3. Cura de la patología de las cláusulas mixtas	
Cláusula de la nación más favorecida (NMF)	217
Cláusula mariposa	219
Cláusula <i>multi-tier</i> o cláusulas escalonadas	
Cláusula de opción irrevocable	219
Cláusula paraguas	220
Cláusulas (arbitrales) patológicas	222
Club Español del Arbitraje	225
Códigos de ética arbitral	226
Colegio arbitral (Tribunal arbitral)	227
Comienzo del arbitraje	228
Comisión de Derecho contractual europeo	229
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral)	231
Compensación de deudas e intereses	234
Comités <i>ad hoc</i> en el sistema Ciadi	234
Competencia sobre la competencia (<i>Kompetenz-kompetenz</i>)	237
Comunicaciones <i>ex parte</i>	239

	17
Conciliación	241
Conciliación en el ámbito Ciadi	
Conferencia preliminar	243
Confidencialidad	245
<i>Conflict check</i>	
Conflicto de leyes	246
1. Definición	
2. Condiciones para que se presente un conflicto de leyes	
2.1. Conflictos de leyes entre sistemas jurídicos pertenecientes a Estados diferentes	
2.2. Conflicto de leyes entre sistemas jurídicos de un mismo Estado	
3. Los elementos relevantes en el conflicto de leyes	
4. Las modalidades de las normas de conflictos de leyes	
Consejo Superior de Cámaras de Comercio	248
1. Naturaleza jurídica y régimen legal	
2. Organización y funciones	
Consolidación (<i>consolidation</i>)	249
1. Consolidación consentida por las partes en el convenio arbitral	
2. Ausencia de consentimiento –expreso o implícito– a la consolidación del arbitraje	
Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona	252
Constitucionalidad del arbitraje	253
Contencioso arbitral en el marco de la OMC	254
Contestación de la demanda	257
<i>Contract Claims vs. Treaty Claims</i>	
Contratos públicos (noción en el Derecho interno) (ver también «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)»	260
Contrato de Estado	262
1. Definición y precisiones necesarias	
2. Las partes en el contrato de Estado	
3. Los mecanismos de solución de controversias	
4. El arbitraje en los contratos de Estado que a la vez constituyen una inversión	
Control del laudo en el arbitraje de inversiones	263
1. Descripción	
2. Rasgos del sistema	
3. Las razones del sistema	
4. El régimen de control	
5. La suspensión del laudo	

6. Los motivos de la anulación
7. Algunas consideraciones finales

Control judicial (del arbitraje)	268
Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)	269
Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales	271
1. Introducción	
2. Estructura	
2.1. Ámbito de aplicación	
2.2. Autonomía de la voluntad en la selección de la ley aplicable	
2.3. Ley aplicable en defecto de elección por las partes	
2.4. Aplicación de Derecho imperativo	
2.5. Reglas especiales	
3. Cuestiones relevantes para el arbitraje	
3.1. Relación con la autonomía de la voluntad	
3.2. Aplicabilidad de Derecho no nacional: Derecho uniforme, lex mercatoria, incorporación	
3.3. Selección de la ley aplicable en ausencia de elección: método	
3.4. Selección directa de la ley aplicable en ausencia de elección, sin intermediación de normas de conflicto, y aplicación de «usos de comercio»	
Convenio arbitral	279
Convenio arbitral asimétrico	281
Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)	283
Convenio de doble imposición	
1. Nociones generales	
2. Tipología de CDI	
3. Mecanismos de cooperación administrativa	
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)	286
Convención de las Naciones Unidas de Viena de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena, Cnuccim, o en inglés, CISG)	289
1. Introducción. Relevancia y aplicación	
2. Relación con el arbitraje	
3. Estructura	
3.1. Ámbito de aplicación y disposiciones generales	
3.1.1. Ámbito de aplicación	
3.1.2. Disposiciones generales	
3.2. Formación del contrato	
3.2.1. Requisitos de la oferta e indeterminación de los términos de la oferta y del contrato	
3.2.2. Aceptación por actos y silencio	
3.2.3. Condiciones generales: incorporación por referencia y batalla de los formularios	

- 3.3. Derechos y obligaciones de las partes
 - 3.3.1. Derechos primarios: entrega, conformidad y pago del precio
 - 3.3.2. Derechos secundarios: los remedios por incumplimiento

Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)	302
Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi)	306
Corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo	
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)	309
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia	312
Corte de Arbitraje de Madrid	313
Corte Española de Arbitraje	314
1. Naturaleza jurídica y funciones. Sede. Organización. Cláusula	
2. Análisis esencial del procedimiento ante la Corte Española de Arbitraje	
Corte Permanente de Arbitraje	315
Cosa juzgada	317
1. Concepto	
2. La cosa juzgada formal	
3. La cosa juzgada material	
3.1. Requisitos	
3.2. Límites temporales	
3.3. Tratamiento procesal	
3.4. Las particularidades que presenta la cosa juzgada material en otros órdenes jurisdiccionales	
4. La acción de cosa juzgada	
5. Perspectiva arbitral	
Cosa juzgada del laudo arbitral	319
1. Cosa juzgada formal	
2. Cosa juzgada material	
Costas del procedimiento arbitral	322
Costumbre internacional	323
1. Los elementos de la costumbre internacional	
2. Clases de costumbre internacional y prueba	
Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones)	325
1. Introducción	
2. Métodos de cuantificación de daños	
3. Costos hundidos	

4. Métodos híbridos o combinación de métodos
5. Conclusiones

Cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo	330
1. Introducción	
2. Régimen jurídico	
3. Naturaleza	
4. La legitimación activa para remitir las cuestiones prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados	
5. Las prerrogativas del juez a quo en relación con las cuestiones prejudiciales; en particular, el juicio de relevancia	
6. Las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia	
7. Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez y los recursos frente a su incumplimiento	
Cultura arbitral	334
1. El convenio arbitral como expresión de la cultura arbitral	
2. La constitución del tribunal arbitral como empoderamiento de una cultura arbitral	
3. El procedimiento arbitral, como expresión de la nueva cultura arbitral	
4. Los laudos arbitrales, como la expresión de una cultura y técnica arbitral	
D	
Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje)	337
1. Introducción	
2. Especialidades de la evaluación de daños y perjuicios en el arbitraje	
3. Fundamentos de la evaluación de los daños en el arbitraje	
4. Breve apunte sobre la importancia de la prueba y, en particular, de las periciales en la evaluación de los daños	
Daños y perjuicios por infracciones a las garantías de inversión	341
1. Tratados de inversión	
2. Acuerdos de inversión y leyes locales	
Deber de declaración (de los árbitros)	345
Declaraciones escritas	346
Declinatoria arbitral	347
Declinatoria de jurisdicción	348
Defensa y contradicción	348
Deliberaciones (del tribunal arbitral)	350
Demanda arbitral	351
<i>Dépeçage</i>	353

Derecho anglosajón**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional****Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones** 355**Derecho continental (Derecho de tradición jurídica romano-germánica)** 357**Derecho de la Unión Europea y arbitraje**

1. Introducción: la creación de la Unión Europea en el marco del proceso de integración europea
2. El ordenamiento jurídico de la Unión Europea
3. El arbitraje en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Derechos humanos (en el arbitraje) 364**Designación de los árbitros** 365**Designación de persona jurídica** 367**Desistimiento del proceso arbitral** 369

1. Desistimiento del arbitraje y desistimiento de la pretensión
2. Requisitos

Deslocalización del arbitraje internacional 371

1. A título preliminar: sobre la «territorialidad» del arbitraje internacional
2. Fundamentos básicos de la teoría de la «deslocalización» del arbitraje internacional
3. Las distintas implicaciones del concepto de «deslocalización» del arbitraje internacional

Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa 374**Disponibilidad (para ser árbitro)** 375**Disponibilidad del objeto**

1. Concepto e introducción general
2. Normativa aplicable a la disponibilidad del objeto y orden público
3. Comentarios y conclusiones

Dispute Boards 377**Doctrina del centro de gravedad** 379

1. Contexto y definición
2. Origen doctrinal y jurisprudencial
3. Reflejo en la legislación arbitral. Análisis comparado
 - 3.1. Legislación y reglamentación arbitral internacional
 - 3.2. Legislación y reglamentación arbitral interna
 - 3.3. Otros elementos de relevante influencia: El Reglamento n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)

- 3.4. Otros elementos de relevante influencia: la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías
4. Reflejo en la praxis arbitral internacional
5. Fórmula metodológica
 - 5.1. Facultad del árbitro para recurrir a la doctrina del centro de gravedad para la determinación de la *lex causae*
 - 5.2. Fórmula metodológica para la determinación de la *lex causae* con arreglo a la doctrina del centro de gravedad
 - 5.3. Centro de gravedad y límites en la elección de la norma aplicable: las previsiones contractuales, los usos del comercio y las normas imperativas
 - 5.4. Posibilidad de denegación de ejecución del laudo derivada de la infracción de la doctrina del centro de gravedad
 - 5.5. Principales dudas: el Derecho transnacional como centro de gravedad de la disputa

Dúplica	386
1. La ley o el reglamento arbitral aplicables	
2. El tipo de procedimiento	
3. La evolución del procedimiento	

Duplicidad de procedimientos	389

E

Efecto negativo del convenio arbitral	390
1. Concepto	
2. Tratamiento procesal	
3. Alcance de la cognición judicial sobre el convenio arbitral	

Efecto positivo del convenio arbitral	392

Efecto útil de los tratados	394

Efectos extraterritoriales de la expropiación	396

Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral	398
1. Concepto general de cosa juzgada	
2. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral y su regulación	
3. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional	

Eficacia ejecutiva del laudo arbitral	400
1. Concepto general, presupuestos y regulación	
2. La ejecutabilidad del laudo arbitral extranjero	

Ejecución de laudo	401

Ejecución de laudo nulo	403

Emplazamiento	404

Enmiendas a la demanda o a la contestación	405
1. Introducción	
2. Regulación contenida en los distintos reglamentos de arbitraje	
3. ¿Qué reclamaciones nuevas o modificadas resultan admisibles?	
Examen de testigos	409
1. Concepto e introducción general	
2. Normas aplicables de orden interno y derecho comparado	
3. Comentarios y conclusiones	
Excepciones preliminares	411
Exequátur	
Exhibición de hechos	413
Expropiación forzosa	414
Expropiaciones ilícitas	415
1. Consideraciones introductorias	
2. Condiciones de licitud	
2.1. Utilidad pública	
2.2. No discriminación	
2.3. Respeto de los procedimientos legales debidos	
2.4. Compensación	
3. Consecuencias derivadas de la ilicitud de la expropiación	
Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes	420
1. Subrogación de un tercero en la posición del firmante del convenio	
2. Pluralidad de contratos y de partes	
3. Grupo de empresas	
4. Convenio arbitral incluido en los estatutos sociales	
Extinción de la cláusula arbitral	422
1. Definición	
2. La extralimitación del laudo en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje	
3. La extralimitación del laudo tras la reforma operada en la Ley de Arbitraje por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración del Estado	
4. Procedimiento para la rectificación de la extralimitación del laudo en sede arbitral	
5. Comentario	
Extralimitación del laudo arbitral	

NOTA DEL EDITOR

A fines del año 2011 y comienzos del 2012 nuestro Estudio publicó el volumen 18 de la *Biblioteca de Arbitraje*, libro que llevó por título *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*.

Se trató de una magnífica obra, pionera en el Derecho de habla hispana, pues es el único diccionario de arbitraje publicado. Este volumen, de 1148 páginas, fue dirigido por nuestro compatriota Jorge Luis Collantes González, quien también nos ha acompañado conduciendo a buen puerto otra media docena de libros de nuestra colección.

La obra fue brillantemente coordinada por los muy destacados juristas Domitille Baizeau, Anne-Carole Cremades, Bárbara de la Vega Justribó, Jaime Gallego, Jorge Mas Taladriz y Nicolás Zambrana Tévar, a la par que prologada por el ilustre profesor Manuel Olivencia.

Este libro, como la mayor parte de los que integran la *Biblioteca de Arbitraje*, se encuentra también en formato virtual y de acceso libre en la página web de nuestro Estudio de Abogados, lo que significa que el mundo jurídico accede cotidianamente a la consulta de una obra tan importante, con demanda cada vez más creciente, conforme lo acreditan nuestros reportes informáticos.

Visto el éxito que tuvo el *Diccionario*, a Jorge Luis Collantes González se le ocurrió la muy buena idea de que diéramos otro paso adelante y nos convirtiéramos también en pioneros en la elaboración y publicación de la primera enciclopedia del arbitraje de la que tuviésemos conocimiento.

De acuerdo a la Real Academia, *enciclopedia* es un «conjunto orgánico de todos los conocimientos»; además de «obra en que se recogen informaciones correspondientes a muy diversos campos del saber y de las actividades humanas»; y «diccionario enciclopédico».

No cabe duda de que esta última es la acepción que corresponde a la presente obra, ya que se trata no sólo de un diccionario, sino de uno que tiene pretensiones enciclopédicas en relación al arbitraje.

Así, quienes dirigieran y coordinaran este libro, tuvieron el propósito de que el mismo cubra prácticamente todos los conceptos importantes y usuales en la práctica y doctrina arbitral, lo que —estoy seguro— han conseguido.

La *Enciclopedia del Arbitraje* es una nueva obra, sin duda, basada en el *Diccionario* del 2011-2012, pero enriquecida con un mayor desarrollo de los vocablos y actualizada a la fecha de su edición.

Es así como desde hace más de cuatro años, un grupo enorme de notables académicos y abogados en ejercicio, todos ellos especialistas en arbitraje, emprendieron la difícil tarea de elaborar esta *Enciclopedia* que hoy presentamos al público, la misma ha sido escrita por profesionales americanos y europeos, los que, al igual que ocurrió con el *Diccionario*, centran sus orígenes mayoritariamente en España y Perú.

La *Enciclopedia* cuenta también con la dirección del infatigable académico Jorge Luis Collantes González y con la coordinación de Anne-Carole Cremades, y académica de Domitille Baizeau (LALIVE, Ginebra), Anne-Carole Cremades (Schellenberg Wittmer, Ginebra), Marco de Benito Llopis-Llombart (IE Law School, Madrid), Bárbara de la Vega Justribó (Universidad Carlos III de Madrid), Jaime Gallego (LALIVE, Ginebra). Jorge Mas Taladriz (DAC Beachcroft, Madrid), y en la coordinación general y asistencia, Anna Arnalte y Vanessa Ghahremani Thomsen en la coordinación general y asistencia.

Debemos subrayar que esta obra se culminó de escribir en diciembre del 2017, razón por la cual las normas a que aluden los autores siempre deberán ser leídas de modo referencial y, obviamente, están sujetas a futuros cambios legislativos.

Como director de la *Biblioteca de Arbitraje* debo dar fe de que éste es el libro de más extenso proceso de elaboración y edición, dada la evidente necesidad de coordinar y unificar los criterios formales de sus numerosos autores, a quienes nuestra *Biblioteca* agradece infinitamente por el valiosísimo aporte doctrinario que realizan.

Lima, diciembre del 2017
Mario Castillo Freyre*
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

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

NOTA PARA EL LECTOR

Esta *Enciclopedia* reúne vocablos escritos en el ejercicio de la libertad de expresión de cada autor, pretendiendo dar una orientación sobre la materia que cada vocablo desarrolla.

Al final de cada uno aparecen unas referencias bibliográficas y vocablos conexos que se ha considerado oportuno mencionar. Los vocablos conexos son voces que guardan relación con otros temas jurídicos y que, en su gran mayoría, han sido desarrollados como vocablos autónomos en esta *Enciclopedia*.

Asimismo, las referencias a normas en esta *Enciclopedia* deben ser leídas como una referencia temporal y orientativa hecha por autores procedentes de distintos lugares y en distintos momentos. Este aspecto y el cambio constante de legislación en las distintas ramas del Derecho, reclaman prudencia en ese sentido.

Ni esta *Enciclopedia* ni sus vocablos, tomados individualmente, constituyen fuente de asesoría legal alguna.

A

ABSTENCIÓN DEL ÁRBITRO

1. *Concepto e introducción general*

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

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

Del mismo modo, resulta contradictorio reconocerle la *auctoritas* a un árbitro que no goce de independencia e imparcialidad. Y recordemos que la figura del árbitro viene asociada a la idea del «hombre bueno», imparcial, neutral, independiente, de reconocido prestigio profesional, etc.; en caso contrario, de no reunirse estas condiciones, podríamos entender que se produce fraude hacia las partes que se han sometido libremente al proceso arbitral.

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

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

2. *Normas aplicables de orden interno y de Derecho comparado*

En España la normativa de referencia para establecer causas de abstención o recusación del árbitro por quedar afectada tanto su independencia como su imparcialidad se encuentra básicamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en la Ley de Arbitraje vigente desde 2003. En las anteriores leyes de arbitraje, existía una referencia o reenvío de las causas de abstención que afectaban a los jueces y magistrados y que aparecían tasadas en su ley orgánica. Se trata de dieciséis causas tasadas aunque, en general, son todas aquellas que limitan la independencia e imparcialidad del juzgador, ya sea por la existencia de relaciones o vínculos personales o profesionales; parentesco en consanguinidad o matrimonial o asimilable, intereses directos o indirectos en la resolución del pleito, haber estado sancionado, disponer de información privilegiada, es decir, todas aquellas cuestiones que afectan a la imparcialidad, neutralidad e independencia del tercero que debe resolver el proceso.

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

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

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

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

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

3. Comentarios y conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT, José (dir.). *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Madrid: Bosch. MERINO MERCHÁN, José F y José M.ª CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas. GONZÁLEZ MONTES, José F. (coord.). *Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave*. Madrid: La Ley. CAMPO VILLEGAS, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». *RJC*, 1998, n.º 2.

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

ABUSO DE DERECHO (EN EL ARBITRAJE)

1. Introducción y noción general

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

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

Enunciados tan anchos y generosos como el glosado han permitido que la doctrina, la legislación y los fallos judiciales hayan discurrido, según los países y corrientes, por distintos afluentes conceptuales, tanto para sostener la inutilidad de la figura del abuso de derecho –al grado de considerarla un absurdo en sí misma, porque el abuso supone exceso o extralimitación para ingresar en el ámbito de la inexistencia de aquello que se postula–, como para inscribirla en las más amplias categorías de ilicitud de comportamiento; distorsión, oposición o ejercicio contrario a la finalidad económica o social de la ley o de una institución jurídica; ejercicio inconforme a la moral y buenas costumbres, etc. Y, con otro enfoque o proyección, para el examen y en su caso represión del acto abusivo, se presentan exigencias que van desde la necesidad de comprobar un comportamiento deliberadamente malicioso y torticero, hasta la simple constatación de negligencia por uso exagerado del Derecho más allá de lo normal, regular y requerido según las circunstancias, pasando por quienes consideran que el ejercicio del Derecho es abusivo si se actúa de manera innecesaria o sin interés legítimo suficiente y ello produce un daño a otro, aunque no sea querido. A la postre, todas las corrientes, con más o menos énfasis en requisitos, conducen a lo mismo: a censurar la actuación activa u omisiva más allá de lo ordinario y requerido para el caso, al grado que el ejercicio del Derecho ya no es un derecho legítimo porque no está justificado por un interés que el ordenamiento deba tutelar o que es incompatible con el derecho que se invoca. El instituto, así, viene a cubrir aquellos vacíos que a la justicia corresponde llenar en defecto de otra regla legal que permita hacerlo.

Naturalmente, es la diversidad de ordenamientos legales la que consiente que en cada tiempo y lugar el abuso de derecho asuma diferentes notas, exigencias o perfiles. En el Perú, por ejemplo, su *corpus* civil contiene una regla específica (art. 11, Título Preliminar) que reprime el abuso de derecho, pero también posee normas particulares para la buena fe, para el ejercicio razonable de los derechos de propiedad, posesión y afines, para condenar los actos contrarios al orden público y buenas costumbres, sobre el ejercicio regular de derechos en los comportamientos extracontractuales y sobre aplicación de principios generales del Derecho por defecto o deficiencia de la ley. Y en el ámbito procesal civil, el código respectivo prohíbe las conductas temerarias o carentes de buena fe.

De esta manera, la recepción normativa del instituto de abuso de derecho podría ser contestada como innecesaria en algunos ordenamientos, en la medida que ya dispongan de herramientas igualmente eficientes para reprobear el uso exagerado o innecesario de un derecho subjetivo, de manera frívola o sin utilidad legítima para su titular.

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

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

2. *Abuso de derecho y arbitraje*

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

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

- a) *Abuso en el convenio arbitral.* El posible abuso en este caso debe ser examinado sustancialmente desde una perspectiva contractual, para dilucidar si una parte ha estado en manifiesta situación de desventaja tanto respecto al pacto arbitral propiamente dicho como a su contenido. Puede ocurrir, por ejemplo,

que se establezca un sistema inequitativo para la designación de los árbitros o restricciones para recusaciones, remisión a reglas o a instituciones arbitrales de difícil acceso, lugar o idioma del arbitraje, régimen de penalidades, etc. La casuística es inmensa y se impone examinar cada caso.

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

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

- c) *Abuso recursivo positivo y negativo*. Puede hablarse de él cuando una de las partes se comporta de manera obstructiva, bien sea con sobreabundancia o redundancia de sus solicitudes o presentaciones escritas, orales, requerimiento de actuaciones de medios probatorios inútiles, etc. Para estos casos, la habilidad de los árbitros permitirá frenar los excesos que pudieran presentar so pretexto del irrestricto ejercicio del derecho de defensa. La mayoría de los ordenamientos arbitrales y de las reglas de las más prestigiosas instituciones tienen disposiciones que facultan a los árbitros para impedir este tipo de conductas de uso abusivo de derechos procesales.
- d) *Abuso de derecho por los árbitros*. También para esta situación suelen tener previsiones los ordenamientos y reglas institucionales que hacen innecesario recurrir a la figura del abuso de derecho, que es netamente de carácter residual y que está llamada a operar en ausencia de mandamientos más específicos e idóneos. Los árbitros están requeridos para comportarse de manera imparcial e independiente; y, además, para hacerlo de manera pronta, diligente y cuidadosa, y así está contemplado en todas las normativas arbitrales.

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

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

ACCIÓN DE ANULACIÓN

La acción de anulación del laudo arbitral es aquella que las partes pueden ejercer cuando consideran que en el procedimiento arbitral, finalizado el laudo, no se han cumplido determinados estándares básicos y esenciales legalmente tasados. Es una acción de configuración autónoma y específica para el laudo. Ni es ni pretende ser un recurso cuyo objeto es obtener un nuevo laudo más favorable a los intereses del recurrente, sino que da inicio a un nuevo proceso, ante los tribunales, en el que se pretende la declaración de ineficacia, total o parcial, del laudo.

Así, mientras el recurso (ya sea de apelación o cualquier otro, sea o no devolutivo) implica una revisión y corrección –modificación– si es preciso, de la resolución recurrida, la acción de anulación, únicamente puede implicar o bien la convalidación del laudo o bien su ineficacia total o parcial.

La acción de anulación protege el respeto a determinados mínimos básicos y establece un control formal, que no es material (de fondo) sobre el laudo. En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia de 17 de enero de 2003), «el Tribunal puede controlar su regularidad, en un juicio externo, pero nunca inmiscuirse en su juicio valorativo». En sentido idéntico afirma la Audiencia Provincial de Baleares (sentencia de 22 de noviembre de 2012) que la acción de anulación «se configura como un remedio extraordinario, con motivos tasados de corte casacional y restringido a efectuar un juicio externo o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales, sin que abarque la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente ni la justicia intrínseca de su decisión».

En algunas jurisdicciones con una muy sólida trayectoria en arbitraje comercial, como la española, no es posible revisar el fondo del asunto sometido a arbitraje una vez ha dictado el laudo. Esta circunstancia debe entenderse teniendo en cuenta que el legislador quiere garantizar un absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (que deciden libremente y despojar a los tribunales de una jurisdicción que por defecto les correspondería) y también la necesaria celeridad en la resolución y finalización con resolución firme de disputas comerciales, que son las que principalmente se someten a arbitraje.

En otras jurisdicciones, sin embargo, la apelación contra el laudo es posible y cuenta con apoyo legal. Es el caso de Inglaterra, que otorga a sus tribunales la facultad de revisar aquello que los árbitros han laudado salvo acuerdo en contra de las partes (*«appeal on point of law»*, art. 69 de la Ley inglesa de Arbitraje). En este caso, para que proceda la revisión en sede de apelación, debe haberse producido una manifiesta infracción del Derecho inglés, que haya afectado negativamente a alguna de las partes. El tribunal deberá siempre realizar un juicio sobre la pertinencia de su revisión y la ausencia de mala fe y ánimo dilatorio por parte de la parte apelante. Del mismo modo, los arts. 1482 y 1486 del Código de Procedimiento Civil francés permiten la apelación, a la que las partes podrán renunciar en el convenio arbitral.

En cualquier caso, las causas de anulación más comúnmente reconocidas en las diversas leyes nacionales, son aquéllas que regula la Ley Modelo Uncitral, en su art. 34:

- a) Que alguna de las partes firmantes de la cláusula arbitral esté afectada por alguna incapacidad o que la cláusula arbitral no exista o no sea válida de conformidad con la ley a la que las partes la hubieran sometido o, en su defecto, con la ley del país en el que se haya dictado el laudo.
- b) Que alguna de las partes no haya sido notificada a tiempo del nombramiento de alguno de los árbitros o de la realización de cualquier otra actuación arbitral o que, de cualquier otro modo, no haya podido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral.
- c) Que los árbitros hayan decidido en su laudo sobre cuestiones que las partes no pactaron someter a arbitraje.
- d) Que el tribunal arbitral no haya sido constituido del modo en que lo pactaron las partes, salvo que dicho modo de constitución del tribunal fuera contrario a alguna norma imperativa, o que, a falta de acuerdo entre las partes, en la constitución del tribunal arbitral no se hayan observado las formalidades legales.
- e) Que, según la ley del Estado donde se ha dictado el laudo, la controversia sobre la que han decidido los árbitros no sea susceptible de arbitraje; o
- f) Que el laudo sea contrario al orden público del país donde se hubiera dictado el laudo.

Alguna jurisdicción reconoce más motivos de anulación. Es el caso de (i) la emisión del laudo una vez transcurrido el plazo pactado por las partes o establecido por la ley o reglamento aplicables (art. 829 del Código de Procedimiento Civil italiano; (ii) de la existencia de pronunciamientos contradictorios en el laudo (por ejemplo, el art. 1704.2 (j) del Código Judicial belga), o (iii) de la controvertida «manifiesta inobservancia de la ley» (*manifest disregard of the law*) ampliamente reconocido en los Estados Unidos de América para casos en que se haya producido una inaplicación evidente de la ley aplicable que ha provocado que la decisión contenida en el laudo sea distinta a la que se habría alcanzado con una correcta aplicación de la ley (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictadas en los casos *Hall Street Associates, L.L.C. vs. Mattel, Inc.* (n.º 06-989) y *Wilko vs. Swan*, 346, US 427 436-437, 1953).

El plazo para el ejercicio de la acción de anulación varía en las diversas leyes nacionales. De conformidad con el art. 34 de la Ley Modelo Uncitral, sólo podrá ser ejercitada dentro de los tres meses posteriores a la notificación del laudo. Sin embargo, el art. 70 (3) de la ley inglesa de Arbitraje establece un plazo de 28 días y el Código de Procedimiento Civil francés establece un plazo de un mes en su art. 1494. La ley china de arbitraje, por último, otorga un plazo más largo: hasta seis meses.

Los supuestos que permitirían el éxito de la acción de anulación, como hemos visto, son pocos, pero si la nulidad prospera, el laudo arbitral no podrá ser reconocido en ningún país firmante del Convenio de Nueva York de 1958 que, en su art. v. 1 e), establece que la nulidad de un laudo en el país en que, o conforme a cuya ley, éste se dictó, es un motivo válido de oposición a la ejecución del laudo.

Debemos mencionar también que, aunque la Ley Modelo Uncitral no ofrece una respuesta expresa acerca de si, tras la nulidad del laudo, la disputa puede volver a ser sometida a arbitraje, otras leyes nacionales sí se han pronunciado, tanto en el sentido de indicar que la disputa vuelva a ser sometida a un tribunal arbitral, como al contrario, esto es, que la jurisdicción exclusiva para conocer de la disputa es de los juzgados: el art. 40 (4) del Concordato Suizo establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el juzgado que conozca de la acción de nulidad decidirá también sobre el fondo del asunto. En sentido parecido se pronuncia el Código de Proceso Civil italiano, cuyo art. 830 (2) faculta a los tribunales a conocer del fondo del asunto. El art. 1059 de la Ley alemana de Arbitraje, por el contrario, prohíbe al juzgado decidir sobre el fondo del asunto y exige que la disputa vuelva a ser sometida a arbitraje.

El régimen de anulación de laudos español no es una excepción dentro del panorama internacional.

España es de aquellos países que no permite que se juzgue de nuevo, vía recurso, el fondo del laudo arbitral. Sólo reconoce dos vías para impugnar la eficacia del laudo. Por un lado, la acción de anulación como ahora analizaremos. Por otro, la revisión del laudo, que podrá tener lugar en los mismos casos que se prevén en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 para sentencias firmes y que tampoco implica un análisis del fondo del asunto.

No siempre ha sido así ni, de hecho, como se ha visto, es así en todas las jurisdicciones.

Históricamente, el régimen de revisión del laudo no ha sido uniforme. En Derecho romano, el laudo era inapelable. Esta situación se mantuvo con las *Partidas*, si bien se introdujo la excepción del «recurso de reducción a albedrío de buen varón» para casos de malicia o engaño observados en la tramitación del arbitraje. Esta excepcional vía de revisión podría considerarse el embrión de la actual regulación española e internacional. Sin embargo, la excepcionalidad fue desapareciendo para dar paso a un régimen de recurso de laudos que no acabó hasta finales del siglo xx.

Así, las Ordenanzas de Madrid de 1502 introdujeron la posibilidad de apelar, algo que se mantuvo tanto en la Nueva como en la Novísima Recopilación.

La Constitución española de 1812, si bien consagraba el laudo como irrecurrible, permitía que las partes se reservaran el derecho a apelar en el convenio arbitral. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas de Comercio de 24 de julio de 1830, permitió apelar laudos dictados en arbitraje de derecho (salvo renuncia expresa), aunque no en los de equidad. Más adelante, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 permitió la apelación e incluso la casación en arbitraje de derecho, aunque una vez más, no en arbitraje de equidad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 permitió la apelación de laudos dictados en arbitrajes de Derecho, pero, si sólo apelaba una de las partes, ésta debía abonar una sanción a la parte contraria. Para laudos dictados en arbitrajes de equidad, sólo cabía recurso de casación, extraordinario y ciertamente más limitado.

La primera Ley de Arbitraje de 1953, permitió el recurso de casación contra laudos dictados en arbitraje de derecho, como si de sentencia se tratara (por motivos ordinarios y con procedimiento común). En arbitrajes de equidad, sólo se permitía un recurso de nulidad extraordinario y sin control sobre el fondo.

La Ley de Arbitraje de 1988, predecesora de la actual, unificó el tratamiento de los laudos dictados en derecho y en equidad y estableció el recurso de anulación. Instituyó, para ambos tipos de laudo, el régimen que anteriormente sólo existía para el laudo dictado en equidad, es decir, un recurso de nulidad en el que el control sobre el fondo quedaba excluido. Definitivamente sólo se revisa el seguimiento del proceso arbitral y el respeto al orden público. Por lo demás, se apartó totalmente de recursos previstos para resoluciones judiciales y establece, por fin, un régimen específico para laudos.

La vigente Ley n.º 6/2003, de Arbitraje (en adelante, «LA»), supuso la adaptación a la Ley Modelo Uncitral, que propone la acción de anulación como única vía de atacar la eficacia del laudo. Sus arts. 40 a 43 regulan la acción de anulación del laudo.

Los motivos de anulación previstos en el art. 42 LA, son los siguientes:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

- b) 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.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) 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.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

Sólo los motivos c), e) y f) afectan al fondo del laudo, pero el tribunal que conozca de la anulación, nunca podrá modificar o corregir la decisión del árbitro. Precisamente, el mismo art. 42 LA ya establece que la función del tribunal que conozca de la anulación en el caso de los motivos c) y e) será declarar ineficaz el laudo en aquellos extremos viciados de nulidad, en la medida en que puedan ser separados del resto del laudo. Es decir, declarará ineficaz aquella parte del laudo en la que el árbitro se haya extralimitado, ya sea por haber decidido sobre cuestiones no sometidas al arbitraje, ya sea por haber decidido sobre cuestiones declaradas legalmente no arbitrables. En el caso del motivo f), su apreciación comportará la nulidad del laudo sin más. Vemos, pues, una clara diferencia con los recursos ordinarios y extraordinarios previstos para resoluciones judiciales en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los motivos b), e) y f) pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación e incluso por el Ministerio Fiscal. Éste hecho confirma la excepcionalidad de los motivos de anulación que, por afectar a aspectos de necesaria preservación, quedan, en algunos casos, fuera de la esfera de total disposición de las partes que habitualmente impregna los procesos civiles. Hablamos de aspectos como la indefensión, la arbitrabilidad de determinadas materias que, por sus especiales características, la ley reserva a los tribunales y, por supuesto, el inexcusable respeto al orden público.

La acción de anulación deberá ejercitarse, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Sala Civil y Penal de la Comunidad Autónoma en que el laudo haya sido dictado. Deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación del laudo o desde la notificación de la resolución sobre la corrección, aclaración o complemento de éste (o desde el transcurso del plazo para la adopción de esta última resolución).

(Autor: Alfonso Maristany Pintó. Abogado de Rousaud Costas Duran).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: VARONA S. y OTROS. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2011. REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. VIRGÓS SORIANO, M. y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ. *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional*. Navarra: Thomson Civitas, 2007. LEW J.D.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL, S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. London: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución de laudo nulo.

ACLARACIÓN, REVISIÓN Y ANULACIÓN DEL LAUDO EN EL ÁMBITO CIADI

La aclaración, revisión y anulación de un laudo Ciadi constituyen tres mecanismos fundamentalmente distintos entre sí en cuanto a su alcance, naturaleza jurídica, y consecuencias potenciales, pero con una nota común: a diferencia de los laudos fuera del ámbito Ciadi, solamente un tribunal o un comité Ciadi pueden conocer de los mismos, nunca un tribunal estatal.

Mientras que los mecanismos de aclaración y revisión han tenido escasa aplicación práctica, el mecanismo de la anulación es utilizado, cada vez más, por la parte que no ha visto reflejadas sus pretensiones en el laudo dictado por el tribunal.

Aclaración del laudo

A tenor del art. 50 del Convenio del Ciadi, cualquiera de las partes puede solicitar la aclaración del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General «si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o

alcance» del mismo. La aclaración del laudo no supone, sin embargo, una reconsideración sobre el fondo de la cuestión que fue decidida por el tribunal.

La «diferencia entre las partes» debe concernir el sentido o alcance del laudo, debe ser suficientemente concreta, susceptible de aclaración y no versar sobre puntos nuevos no contemplados en el laudo que se somete a aclaración. Sobre este último punto, el tribunal en *Wena c/ Egipto* denegó la solicitud de aclaración de una de las partes acerca de las responsabilidades potenciales de Wena con respecto a terceras partes, sobre la base de que ese tema no había sido decidido con fuerza vinculante por el tribunal arbitral. Además, como señaló el tribunal en *ATA Construction c/ Jordania*, la diferencia entre las partes debe tener cierta relevancia práctica en cuanto a la implementación del laudo.

El procedimiento para solicitar la aclaración del laudo se inicia, según indica el art. 50 de las Reglas de Arbitraje Ciadi, mediante una solicitud de aclaración presentada por escrito al Secretario General. El Convenio no establece ningún plazo durante el cual debe presentarse una solicitud de aclaración del laudo, por lo que debe entenderse que la misma (o las mismas, puesto que nada parece impedir que se presenten varias solicitudes en varios momentos) puede presentarse en todo momento. En *Wena c/ Egipto*; por ejemplo, la solicitud fue presentada tres años y medio después del laudo. Entretanto, se había oído (y denegado) una solicitud de anulación del laudo.

Una vez recibida la solicitud y el pago del derecho de registro, el Secretario General registrará la solicitud (siempre que la misma se refiera a un laudo y provenga de una de las partes del caso), notificará a las partes del acto de registro, y enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de cualquier documento que se haya acompañado. Además, el Secretario General enviará a cada miembro del tribunal original una copia de la notificación del acto de registro, junto con una copia de la solicitud y de cualquier documento que la acompañe, y requerirá a cada miembro del tribunal que le informe dentro de un plazo determinado si está dispuesto a participar en la consideración de la solicitud. Si todos los miembros del tribunal manifiestan su voluntad de participar en la consideración de la solicitud, el Secretario General así lo notificará a los miembros del tribunal y a las partes. En cuanto se envíen estas notificaciones, se considerará que se ha reconstituido el tribunal.

Sin embargo, si el tribunal no pudiere reconstituirse, el Secretario General lo notificará a las partes y las instará a proceder, en cuanto sea posible, a constituir un nuevo tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros y el mismo método según el cual fue constituido el tribunal original. Las partes pueden; sin embargo, rechazar la invitación del Secretario General de seguir la misma cantidad de árbitros y el mismo método de constitución del tribunal original (siempre que se cumpla el requisito de un número impar de árbitros) en favor, generalmente y lógicamente, de un tribunal más pequeño y un método más rápido de constitución. Puede también suceder en la práctica (y de hecho sucedió en *Wena c/ Egipto*) que algunos, pero no todos los miembros del tribunal original, participen en el tribunal reconstituido.

El tribunal podrá invitar a las partes a presentar escritos sobre la solicitud de aclaración e incluso podrá darse una audiencia oral, tal y como sucedió en *Wena c/ Egipto*.

A tenor del art. 54 de las Reglas de Arbitraje, las partes pueden pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. En los casos de aclaración del laudo –y contrariamente a los recursos de revisión y anulación– no se prevé la suspensión provisional del laudo mientras el tribunal se reconstituye o se constituye. Será, por tanto, el tribunal el que decida, una vez constituido o reconstituido, sobre el pedido de suspensión. Si lo acuerda, el tribunal podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión a pedido de cualquiera de las partes. La suspensión terminará automáticamente en la fecha en que se dicte una decisión final sobre la solicitud.

En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento de aclaración, durante los trabajos preparatorios del Convenio, se denegó una propuesta de que la aclaración del laudo formase parte del propio laudo. En la práctica, ello significa que la decisión sobre la aclaración no puede por sí misma ser suplementada o rectificada de acuerdo con el art. 49(2) del Convenio, ni aclarada de acuerdo con el art. 50 del Convenio, ni revisada de acuerdo con el art. 51 del Convenio, ni anulada de acuerdo con el art. 52 del Convenio. Sin embargo, a efectos de reconocimiento y ejecución, el laudo será vinculante tal y como fue aclarado de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2 del Convenio.

Revisión del laudo

A tenor del art. 51 del Convenio del Ciadi, cualquiera de las partes puede solicitar la revisión del laudo, en aquellos casos en que se haya descubierto algún hecho que por su naturaleza afecte decisivamente al mismo,

y que, cuando se dictó el laudo, no era de conocimiento del tribunal ni del solicitante. Además, la ignorancia del solicitante sobre dicho hecho no debe de haberse debido a su negligencia.

El procedimiento para solicitar la revisión del laudo es similar al procedimiento para solicitar la aclaración del laudo, aunque con algunas diferencias importantes. Como en el procedimiento de aclaración, el procedimiento de revisión se inicia mediante una solicitud presentada por escrito al Secretario General. Una vez recibida la solicitud y el pago del derecho de registro, el Secretario General registrará la solicitud, notificará a las partes del acto de registro, y enviará a la otra parte una copia de la solicitud y de cualquier documento que se haya acompañado. A diferencia del procedimiento de aclaración; sin embargo, el Secretario General denegará el registro de una solicitud de revisión si la misma no se hubiere presentado dentro de los noventa días después de que se tome conocimiento del nuevo hecho, y en cualquier caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiera dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior).

Como en una solicitud de aclaración, el Secretario General requerirá a cada miembro del tribunal original que le informe dentro de un plazo determinado, si está dispuesto a participar en la consideración de la solicitud. Si todos los miembros del tribunal manifiestan su voluntad de participar en la consideración de la solicitud, el Secretario General así lo notificará a los miembros del tribunal y a las partes. Sin embargo, si el tribunal no pudiere reconstituirse, el Secretario General lo notificará a las partes y las instará a proceder, en cuanto sea posible, a constituir un nuevo tribunal.

Como en un procedimiento de aclaración, las partes pueden pedir, en cualquier momento antes de que se decida finalmente sobre la solicitud, que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. A diferencia del procedimiento de aclaración; sin embargo, si la solicitud de revisión contiene un pedido de suspensión de su ejecución, el laudo se suspenderá provisionalmente. En cuanto se constituya, el tribunal decidirá dentro de treinta días si debe mantenerse dicha suspensión; a menos que decida que la suspensión debe mantenerse, la misma se levantará automáticamente. El tribunal podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión a pedido de cualquiera de las partes.

Hasta la fecha, se han realizado tres peticiones de revisión. En dos de ellas, *AMT c/ Zaire y Siemens c/ Argentina*, las partes llegaron a un acuerdo antes de que el tribunal tuviera que pronunciarse sobre la petición. En un tercer caso, *Víctor Pey c/ Chile*, los demandantes solicitaron la revisión del laudo, pidiendo que los daños concedidos fueran incrementados. Se basaban en un comunicado de prensa por una agencia gubernamental chilena acerca de una decisión judicial en un caso no relacionado, aunque también relativo a una expropiación ocurrida en los años setenta. El tribunal rechazó la petición, alegando que los hechos nuevos, incluso admitiendo que hubieran podido ser desconocidos por los demandantes antes de la emisión del laudo, no habrían tenido una influencia decisiva sobre el laudo.

Anulación del laudo

La anulación de un laudo constituye sin duda el recurso de mayor calado, tanto en lo que respecta a su alcance como a su aplicación práctica, del régimen Ciadi.

Como ha señalado el distinguido árbitro Hans Van Houtte, la anulación de un laudo es a la vez un remedio drástico y limitado.

Drástico, en tanto que la consecuencia de un recurso de anulación exitoso es la anulación parcial o total del laudo original por un comité *ad hoc* Ciadi distinto del tribunal Ciadi que lo dictó. El comité de anulación no puede sustituir con sus propios criterios a los del tribunal inicial, sino que, una vez que el laudo ha sido anulado por un comité, las partes deberán someter su disputa a un nuevo tribunal si desean que la misma sea dirimida.

Limitado, porque, de acuerdo con el art. 53 del Convenio Ciadi, el proceso de anulación es distinto de una apelación. La anulación no implica una revisión del fondo, ya sea de los hechos o el derecho, sino que por el contrario está limitada a las causales enumeradas en el art. 52(1) del Convenio Ciadi, a saber: (a) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (b) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; (c) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde; (d) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente; o (e) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal. Hasta la fecha, las causales más utilizadas han sido las tres primeras, utilizando las partes la mayoría de las veces varias causales de manera concurrente.

En cuanto a la primera causal, comités *ad hoc* han considerado que un tribunal incurre en la causal de extralimitación manifiesta de facultades cuando el mismo ejerce jurisdicción donde no la tiene o, por el contrario, donde no la ejerce en caso de tenerla. Además, según los comités en *Klockner c/ Camerún* y *CMS c/ Argentina*, un tribunal también se extralimita de manera manifiesta en sus facultades cuando no aplica el derecho apropiado al fondo de la disputa. Por el contrario, como señaló el comité en *MINE c/ Guinea*, si simplemente se aplica de manera incorrecta el derecho apropiado al fondo de la disputa, entonces, no se incurre en esta causal de anulación.

En lo referente a la segunda causal, la función de la causal de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento es la de garantizar a las partes el derecho al debido proceso. Para incurrir en esta causal, tiene que haberse producido un quebrantamiento «grave» de una norma de procedimiento; es decir, un quebrantamiento que, en palabras del comité en *MINE c/ Guinea*, «elimine el beneficio o protección que la regla estaba llamada a conferir a una parte» o que, según lo expresó el comité en *Wena c/ Egipto*, haya causado que un tribunal «llegue a un resultado sustancialmente diferente del que habría llegado si la norma en cuestión hubiera sido observada» (traducciones libres). Además, esa norma de procedimiento tiene que ser fundamental; es decir, tiene que poder afectar la integridad del procedimiento arbitral. Son, por ejemplo, normas fundamentales de procedimiento los principios de justicia, imparcialidad, igualdad de trato y respeto al derecho a ser oído.

En cuanto a la tercera causal, como explicó el comité *ad hoc* en *Vivendi c/ Argentina* 1, «el requisito de que un laudo esté motivado implica que éste debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en cuestiones de hecho y de derecho. Implica eso y solamente eso. Que el razonamiento sea adecuado no es un estándar apropiado de revisión bajo el párrafo 1(e), ya que esta consideración casi inevitablemente llevará al comité *ad hoc* a examinar la sustancia de la decisión del tribunal, pasando por alto la exclusión del recurso de apelación contenida en el art. 53 del Convenio». De acuerdo con *Vivendi c/ Argentina* 1, los motivos pueden estar expresados «de manera sucinta o amplia» y la anulación solamente puede ocurrir en un caso evidente; *i.e.*, cuando la falta de expresión de motivos torna «la decisión carente de fundamento expreso en un punto particular» y ese punto es «necesario para la decisión del tribunal». En *Wena c/ Egipto*, el comité *ad hoc* añadió, además, que los motivos pueden ser implícitos «siempre que éstos puedan ser razonablemente inferidos de los términos utilizados en la decisión». Más aún, si el laudo carece de motivos, «el remedio no necesariamente consiste en la anulación del laudo». Como explicó el comité en *Rumeli c/ Kazajistán*, los tribunales no están obligados a dar una respuesta explícita a todos los argumentos esgrimidos por las partes.

La cuarta causal —la incorrecta constitución del tribunal— está relacionada con las reglas sobre la constitución del tribunal contenidas en los artículos del Convenio y las Reglas de Arbitraje Ciadi. En términos del comité *Azurix c/ Argentina*, «la causal de anulación puede producirse conforme al art. 52(1)(a) si se efectuó una propuesta de recusación en virtud del art. 57 [del Convenio], pero nunca se emitió una decisión de conformidad con el art. 58 [del Convenio] antes de que se pronunciara el laudo, o si quien tomó la decisión sobre la propuesta de recusación fue una persona u órgano distinto a los enumerados en el art. 58 [del Convenio]. En cualquiera de estos casos, dado que estas disposiciones del Convenio Ciadi relacionadas con la constitución del Tribunal no se habrían cumplido adecuadamente, el Tribunal no se habría “constituido correctamente” dentro del significado del art. 52(1)(a) [del Convenio]».

Por último, hasta la fecha ningún comité Ciadi ha considerado la causal de corrupción por parte de uno de los miembros del tribunal que dictó el laudo.

Cuando se invoque una causal otra que la corrupción por parte de uno de los miembros del tribunal que dictó el laudo, la solicitud de anulación debe presentarse dentro de ciento veinte días después de la fecha en que se dictó el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior). Si se invoca la corrupción de parte de un miembro del tribunal, la solicitud debe presentarse dentro de los ciento veinte días siguientes a que se tome conocimiento de los hechos, y en todo caso dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hubiere dictado el laudo (o cualquier decisión o corrección posterior). La solicitud debe especificar las causales en las que se funda.

Al recibo de la petición, el Presidente del Consejo Administrativo procederá a la inmediata constitución de un comité *ad hoc* integrado por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros del comité podrá haber pertenecido al tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho tribunal; tampoco podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado al que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados, ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia.

Si el comité considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el comité dé su decisión respecto a tal petición.

Si el laudo fuera anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo tribunal, no al tribunal anterior que dictó el primer laudo.

En cuanto a la aplicación práctica que han hecho los comités *ad hoc* del recurso de anulación, la doctrina ha distinguido cuatro generaciones de decisiones, en función del enfoque dado por los comités *ad hoc*.

La primera generación estuvo constituida por las decisiones, en los años ochenta, de los comités *ad hoc* en *Klockner c/ Camerún I* y *Amco Asia c/ Indonesia I*. Ambos comités anularon los laudos en cuestión sobre la base de que los tribunales se habían extralimitado de manera manifiesta en sus facultades. Paradójicamente, las decisiones de estos comités *ad hoc* fueron el objeto de severas críticas por haberse ellos mismos extralimitado en sus funciones, llevando a cabo una revisión de fondo de los laudos más propia de un recurso de apelación que de la naturaleza limitada del recurso de anulación.

La llamada segunda generación, desde finales de los ochenta hasta principios de los noventa, se caracterizó por unas decisiones mucho más comedidas, como fueron las de los comités en *MINE c/ Guinea*, *Klockner c/ Camerún II* y *Amco Asia c/ Indonesia II*. En palabras del comité *CDC c/ las Seychelles*, «a partir de estas dos decisiones, *Klockner I* y *Amco Asia I*, los comités *ad hoc* han adoptado de manera consistente una perspectiva más limitada sobre el rol de los comités *ad hoc* y del proceso de anulación».

La llamada tercera generación, ya en el nuevo milenio, involucró en su mayoría casos bajo tratados de inversión (no bajo cláusulas contractuales de arbitraje Ciadi, como en los de segunda generación). En ellos, los comités *ad hoc* continuaron con el rol más limitado que ya habían adoptado en *MINE c/ Guinea*, *Klockner c/ Camerún II* y *Amco Asia c/ Indonesia II*. En palabras del comité en *MTD c/ Chile*, el comité «no puede sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la *res judicata*, pero sobre una cuestión de méritos, mas no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los comités sobre los méritos de las disputas, tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en Klöckner y AMCO». Como explicó el comité en *CMS c/ Argentina*, a pesar de considerar que el laudo en cuestión contenía «evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones», «sin embargo, el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el art. 52 del Convenio del Ciadi. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones».

En el verano del 2010, una serie de decisiones de comités *ad hoc* revolucionaron este panorama. En *Sempra c/ Argentina* y *Enron c/ Argentina*, los comités *ad hoc* anularon los laudos sobre la base de que los tribunales no habían aplicado correctamente la defensa del estado de necesidad esgrimida por Argentina. Estos comités *ad hoc* entendieron, por tanto, contrariamente a la posición expresada por comités de tercera generación como *CMS c/ Argentina*, que un error de derecho suficientemente serio sí conlleva una extralimitación manifiesta de facultades; y, por tanto, constituiría una causal de anulación. En *Helnan c/ Egipto*, el comité *ad hoc* consideró que el tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando decidió que el inversor no había cumplido con el requerimiento de agotar los recursos internos antes de comenzar el procedimiento Ciadi. En *Vivendi c/ Argentina II*, el comité no anuló el laudo, pero criticó muy seriamente a uno de los árbitros por su actuación durante el procedimiento arbitral.

Las críticas a estas decisiones han sido numerosas. Se argumenta que contribuyen a la tendencia actual de que la parte que ha perdido el laudo comience, de manera casi rutinaria, un recurso de anulación. Como resultado, paradójicamente, parece hoy por hoy más fácil obtener la anulación de un laudo Ciadi que la anulación de un laudo fuera del contexto Ciadi por un tribunal estatal. Se advierte, además, que si se siguen los criterios usados por estos comités, cualquier laudo en el que los miembros del comité *ad hoc* estén en simple desacuerdo con los miembros del tribunal que dictó el mismo, puede ser susceptible de anulación. Algunos autores han señalado también que, incluso en aquellos casos como *Vivendi c/ Argentina II*, en los que el laudo no es anulado, las críticas realizadas por el comité *ad hoc*, pueden perjudicar el cumplimiento del laudo.

Las propuestas de reforma no se han hecho esperar. Para algunos, habría que reemplazar los comités *ad hoc* por un tribunal permanente, cuya intervención permitiese asegurar una cierta consistencia en el desarrollo de la jurisprudencia Ciadi. Para otros, este objetivo se lograría mediante la adopción de un sistema de inter-

pretación previa, similar a lo que existe en el ámbito europeo, para que el tribunal pueda remitir la cuestión, en casos en los que se vea frente a una cuestión fundamental de aplicación del derecho de las inversiones, a una corte permanente que se pronuncie sobre el mismo. Para unos terceros, bastaría con asegurarse de que los comités *ad hoc* vuelvan a retomar su función original limitada. En cualquier caso, y a la vista de las recientes críticas e incluso denuncias del Convenio Ciadi, por parte de ciertos Estados, la reforma de cualquier aspecto del Convenio abriría una caja de pandora que parece, al día de hoy, políticamente inasumible.

(Autor: Carmen Martínez López. Socia de Three Crowns LLP. Londres).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, pp. 866-1095. PETROCHILLOS, G., S. NOURY y otros. *Icsid Convention, Chapter IV, Section 5, Article 50 [Interpretation]*. En MISTELIS L. *Concise International Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, pp. 126-128. REED, L., J. PAULSSON, N. BLACKABY. *Guide to Icsid Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 159-176. BISHOP, D., S. MARCHILI. *Annulment under the Icsid Convention*. Oxford: Oxford International Arbitration Series, 2012. SCHREUER, C. *From Icsid Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope*. 10 Law and Practice of International Courts and Tribunals 211, 2011. VERHOOSSEL, G. *Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To Icsid or Not to Icsid*. Icsid Review, FILJ 23, 2008, 119. NAIR, P. y C. LUDWIG. *Icsid Annulment Awards: The Fourth Generation?* Lexology, 2011. SCHREUER, C. «Three Generations of Icsid Annulment Proceedings». En Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (eds.). *Annulment of Icsid Awards*, 2004.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Wena Hotels Limited c/ República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/98/4, Decisión sobre Interpretación, 8 de diciembre de 2000. *ATA Construction, Industrial and Trading Company c/ Reino de Jordania*. Caso Ciadi n.º ARB/08/2, Decisión sobre Interpretación, 7 de marzo de 2011. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c/ República de Camerún*. Caso Ciadi n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985. *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/8, Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre de 2007. *Maritime International Nominees Establishment c/ República de Guinea*. Caso Ciadi n.º ARB/84/4, Decisión sobre Anulación, 22 de diciembre de 1989. *Wena Hotels Limited c/ República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/98/4, Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002. *Azurix Corp. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/12, Decisión sobre Anulación, 1 de septiembre de 2009. *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS vs. Kazajistán*. Caso Ciadi n.º ARB/05/16, Decisión sobre Anulación, 25 de marzo de 2010. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c/ República de Camerún*. Caso Ciadi n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 17 de mayo de 1990. *Amco Asia Corporation y otros c/ República de Indonesia*. Caso Ciadi n.º ARB/81/1, Decisión sobre Anulación, 3 de diciembre de 1992. *CDC Group Plc. c/ República de las Seychelles*. Caso Ciadi n.º ARB/02/14, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005. *Amco Asia Corporation y otros c/ República de Indonesia*. Caso Ciadi n.º ARB/81/1, Decisión sobre Anulación, 18 de octubre de 1990. *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c/ República de Chile*. Caso Ciadi n.º ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007. *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/8, Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre de 2007. *Sempra Energy International c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/02/16, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2010. *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets L.P. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/3, Decisión sobre Anulación, 30 de julio de 2010. *Helnan Int'l Hotels A/S c/ República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/05/19, Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 10 de agosto de 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Recursos contra el laudo arbitral Ciadi. Anulación parcial del laudo. Corrección, aclaración y complemento del laudo. Revisión del laudo.

ACTA DE MISIÓN

1. Origen y naturaleza

El acta de misión, término al que se hace referencia también comúnmente en su traducción inglesa –*terms of reference*–, es un documento exigido en los procedimientos arbitrales auspiciados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, «CCI»). El art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012 establece la obligación del tribunal arbitral de elaborar un documento en el que queden fijados determinados extremos relativos al procedimiento arbitral en curso. Esta actividad se caracteriza por ser la primera que realiza el tribunal arbitral una vez constituido, tras la remisión del expediente por parte de la Secretaría de la Corte Arbitral a cada árbitro.

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

El requisito del acta de misión se incluyó en el ámbito de los arbitrajes CCI en el año 1923, con el primer conjunto normativo promulgado por la CCI bajo la denominación «formulario de envío de infor-

mación» (*form of submission*), cuya elaboración se atribuía a la Secretaría. La razón de ser de la creación de dicha figura se debe a que en aquellos tiempos, algunos Estados de tradición jurídica romano-germánica no otorgaban efecto vinculante a un acuerdo de sumisión a arbitraje suscrito entre dos partes con carácter previo a la existencia de una disputa. En dichos Estados era necesario requerir a las partes a que prestaran consentimiento expreso para someter la controversia a la decisión de un tribunal arbitral, una vez había aparecido dicha controversia. El acta de misión venía a recoger ese consentimiento, a fin de que la decisión del tribunal arbitral fuera válida y pudiera ejecutarse ante la jurisdicción ordinaria. Actualmente, sin embargo, el principio de autonomía de voluntad en la formación de los contratos ha desvirtuado esta función del acta de misión, al reconocerse plena validez a las cláusulas arbitrales suscritas por las partes antes de materializarse la disputa.

En 1955 se modificó su denominación por la que actualmente conocemos («*terms of reference*» o «acta de misión»), asignándose su elaboración al tribunal arbitral. Posteriormente, y con el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, tuvieron lugar varias modificaciones que han otorgado mayor discreción y flexibilidad a los árbitros en cuanto al contenido del acta de misión. En la actualidad, es el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CCI aprobado en el año 2012 (en adelante referido como «Reglamento de Arbitraje de la CCI») el que recoge la regulación del acta de misión empleado en los procedimientos arbitrales que tienen lugar ante la CCI.

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

2. Contenido y elaboración del acta de misión

El art. 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI recoge un listado de extremos que el acta de misión ha de contener:

- a) Nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes y de toda persona que las represente en el arbitraje;
- b) Dirección donde se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje;
- c) Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de toda otra demanda;
- d) A menos que el tribunal arbitral lo considere inadecuado, una lista de los puntos litigiosos por resolver;
- e) Nombres completos, dirección y otra información de contacto de cada uno de los árbitros;
- f) Sede del arbitraje; y
- g) Precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono*.

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

Una vez elaborada el acta de misión, el apartado 2 del art. 23 del Reglamento de Arbitraje la CCI especifica que ha de ser firmado por las partes y por el tribunal arbitral en un plazo de dos meses a contar desde la fecha en la que se le haya entregado el expediente al tribunal arbitral. Este último será quien esté obligado a remitir el acta de misión firmada a la Corte en dicho plazo, salvo que, por solicitud motivada por las partes o de oficio, el tribunal arbitral decida prorrogar dicho plazo. Cabe destacar que la firma del acta de misión no implica acuerdo o aceptación alguna de lo mencionado en la exposición sumaria o resumen de la posición de las partes. Así, si una de las partes rehúsa participar en la redacción o firmarla, el acta de misión deberá someterse a la Corte Arbitral para su aprobación (art. 23.3 del Reglamento de Arbitraje la CCI).

La firma del acta de misión por las partes y el tribunal arbitral o, en su defecto, la aprobación de la misma por parte de la Corte, es un requisito necesario para dar continuidad al procedimiento arbitral ante la institución arbitral de la CCI.

3. *Funciones del acta de misión*

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

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

Es por ello que, una vez firmada el acta de misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella. En caso de que alguna de las partes deseara formular nuevas demandas, el tribunal deberá prestar su autorización, ponderando su decisión en función de la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que estime pertinentes (art. 23.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

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

(Autora: Lucilla Talamazzi. Abogada in-house en Pronovias).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International, 2003; MILLS, Karen. «*Terms of reference*». ICC Conference Singapore, 2005, <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/2310102628223.pdf>.

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

ACTOS *IURE GESTIONIS* (VER «INMUNIDAD DEL ESTADO» E *IURE GESTIONIS*)

ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Las organizaciones internacionales no sólo poseen el *ius tractandi*, esto es, el derecho de celebrar tratados internacionales con otros sujetos de Derecho internacional, sino que también tienen la capacidad de suscribir contratos con entidades públicas o privadas, para efectos de alcanzar sus propósitos y fines.

En efecto, normalmente en el tratado constitutivo de la organización internacional se contempla de manera expresa esta potestad, e incluso, en aquellos casos en que se omite tal competencia, ésta se presume vía competencias implícitas. Como se sabe, estas últimas permiten a la organización internacional ir más allá de lo expresamente previsto en el tratado fundacional, habilitándola a que presuma la titularidad de las competencias necesarias que ésta requiere para el cumplimiento de sus propósitos y fines (NGUYEN QUIOC, p. 580). En consecuencia, sea una competencia explícita o implícita, las organizaciones poseen capacidad contractual.

Los contratos que normalmente requiere celebrar la organización internacional son de muy variado tipo, y van desde contratos para la compra y venta de bienes, alquiler de equipos, compra de pasajes, contratación de hoteles, hasta contratos de servicios y de personal.

Para la celebración de estos contratos, la organización internacional suele contar con un órgano administrativo (conocido comúnmente como Secretaría General, Dirección General o Presidencia), encargado de las funciones de representación de la misma (ARBUET VIGNALI, p. 59; NOVAK, p. 27).

De otro lado, en los contratos celebrados por la organización internacional siempre suele insertarse una cláusula de solución de controversias, destinada a resolver cualquier divergencia que pudiera surgir en materia

de interpretación o aplicación del contrato. Estas cláusulas suelen ser de naturaleza mixta; esto es, combinan mecanismos de solución de controversias de carácter diplomático, como la negociación directa, con mecanismos de carácter jurídico, como el arbitraje.

En efecto, la negociación normalmente es empleada como primer mecanismo de solución de las diferencias surgidas respecto de la aplicación o interpretación de los contratos celebrados entre la organización internacional y otras entidades, como es el caso, por ejemplo, del artículo 7 del contrato celebrado el 18 de julio de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Hotel Radisson de Guatemala, del artículo 7 del Acuerdo Bilateral suscrito el 5 de marzo de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias o, de los contratos celebrados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con algunas entidades privadas. En muy pocos casos, la negociación directa es complementada con la conciliación, para efectos de resolver la diferencia.

De otro lado, en los casos en que la negociación directa (o la conciliación) no logra resolver la diferencia, en este tipo de contratos se suele pactar el arbitraje como mecanismo definitivo de solución, lo que queda evidenciado en los contratos citados en el párrafo anterior. Asimismo, en cuanto a la estructura del órgano arbitral, es muy frecuente que se pacte un árbitro único dada la naturaleza y la menor complejidad de las controversias derivadas de este tipo de contratos (éste es el caso del artículo 5 del contrato y el addendum al mismo suscrito el 12 de septiembre de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Hotel Bay Gardens Beach Resort de Santa Lucía, del artículo 7 del contrato celebrado el 18 de julio de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Hotel Radisson de Guatemala, y del artículo 7 del Acuerdo Bilateral suscrito el 5 de marzo de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias), aunque ello no excluye la incorporación en algunos acuerdos de tribunales arbitrales (éste es el caso de los contratos celebrados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con algunas entidades privadas).

De igual forma, en cuanto al procedimiento arbitral, es muy frecuente que las partes intervinientes se remitan a las reglas establecidas por alguna entidad internacional, como puede ser la *American Arbitration Association* (véase, por ejemplo, el artículo 5 del contrato y el *addendum* al mismo suscrito el 12 de septiembre de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el *Hotel Bay Gardens Beach Resort* de Santa Lucía), la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional –Cnudmi– (aquí se pueden señalar como ejemplos el artículo 7 del contrato celebrado el 18 de julio de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Hotel Radisson de Guatemala, el artículo 7 del Acuerdo Bilateral suscrito el 5 de marzo de 2014 entre la Secretaría General de la OEA y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias o, de los contratos celebrados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con algunas entidades privadas), entre otras.

Finalmente, en lo que toca a la ley aplicable la práctica es muy variada, pues mientras en algunos contratos se suele pactar una ley interna (véanse, por ejemplo, los contratos señalados en el presente texto, celebrados por la OEA y entidades privadas, donde se acuerda como ley aplicable, la ley del Distrito de Columbia, Estados Unidos de América), en otros más bien se remiten a los principios generales del Derecho mercantil internacional (éste es el caso de los contratos celebrados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con algunas entidades privadas). Incluso, algunos suelen facultar al árbitro a resolver como amigable componedor o *ex aequo et bono*.

(Autores: Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano. Profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARBUET VIGNALI, Heber. «Las organizaciones internacionales». En JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, tomo v. NGUYEN QUIOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. «Derecho internacional público». *Sujetos de Derecho internacional. Instituto de Estudios Internacionales*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2002, vol. 2, tomo II.

ACUERDO DE ARBITRAJE (VER «CONVENIO ARBITRAL»)

ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES (APPRI)

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CREMADES, B. y D.J. A. CAIRNS. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». *Revista Internacional de Arbitraje* 2004, afl. 1, pp. 65-103. DREYZIN DE KIOR, A. *Inversiones extranjeras*. Zavalia, 2005. IRURETAGOIEÑA AGIRREZABALAGA, I. «Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los Appri». *Anuario Español de Derecho internacional privado* 2002, pp. 151-182. CHECA MARTÍNEZ, M. «Régimen de transacciones exteriores e inversiones extranjeras en España». En AA.VV. *Garantías mobiliarias: in memoriam Inocencio García Velasco*, 2007. DUTREY GUANTES, Y. «La regulación jurídica de las inversiones internacionales: aspectos controvertidos». *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, vol. 268, abril-junio pp. 657-677. PASCUAL VIVES, F.J. «El arbitraje de inversiones en los recientes Appri españoles». *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2009, n.º 18. DOLZER, R. C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Foundations of Public International Law. Oxford, 2008. McLACHLAN, C. L. SHORE y M. WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford International Arbitration, 2008. MUCHLINSKI, P., C. SCHREUER. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. REINISCH, A., C. KNAHR. *International Investment Law in Context*. Utrecht, 2008. BISHOP, R.D. y J. CRAWFORD. *Foreign Investment Disputes*. La Haya-Londres: Kluwer Law, 2005. *ISA Alemania-Pakistán*. En http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Weltwirtschaft/Aktuelles/100728-IF-V_navCtx=22066.html. *Investment Instruments online*, <http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779>.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable al arbitraje de inversiones.

ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

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

En el arbitraje, la acumulación de pretensiones en un mismo procedimiento es posible tanto al inicio del proceso, como cuando en la demanda arbitral (o en la contestación a la misma) el demandante o el demandado interponen varias pretensiones simultáneamente que presentan conexión entre ellas, en tanto y en cuanto pertenecen a una misma relación jurídica que se contempla en el convenio arbitral, como una vez pendiente el mismo, cuando las partes deciden completar el contenido del convenio arbitral. No existe en el arbitraje razón para negar esta posibilidad porque si se da, se justifica en el principio dispositivo y en la autonomía de la voluntad de las partes que rige el proceso arbitral.

Podemos encontrarnos ante una acumulación exclusivamente objetiva; es decir, en una única demanda arbitral, un demandante interpone varias pretensiones contra un mismo demandado; ante una acumulación objetivo-subjetiva, cuando un demandante ejercita varias pretensiones contra varios demandados (acumulación activa) o varios demandantes interponen varias pretensiones frente a un solo demandado (acumulación

pasiva) o, por último, ante una acumulación mixta en la que varios demandantes ejercitan distintas pretensiones frente a varios demandados.

El objetivo de la acumulación reside, principalmente, en que sea un único laudo arbitral el que se pronuncie sobre todas las pretensiones del proceso arbitral por razones de economía procesal, pues, a título de ejemplo, resultaría antieconómico que un demandante que decide plantear diversas pretensiones contra una misma persona, hubiera de presentar tantas demandas cuantas pretensiones deseara interponer, lo que conllevaría un aumento de gastos y de tiempo invertido considerable. Asimismo, resulta sumamente aconsejable la acumulación de pretensiones, siempre y cuando las circunstancias lo permitan, para evitar laudos arbitrales con pronunciamientos contradictorios.

En nuestra opinión, no debe prohibirse la acumulación de pretensiones arbitrales en el supuesto en el que todas las partes del proceso estuvieran de acuerdo y así lo plasmaran en el convenio arbitral. Sin embargo, no será posible esta acumulación si las partes pactaron previamente que, una vez presentada la demanda, su objeto no podrá sufrir alteraciones.

A los efectos de establecer si nos encontramos o no ante una acumulación de pretensiones y si ésta resulta viable, debemos analizar detenidamente qué se solicita o pide en la demanda y verificar lo expuesto en las líneas siguientes:

- a) En primer lugar, debe observarse si en la pretensión se contienen o no una pluralidad de peticiones, independientemente de que éstas se fundamenten en diversos hechos, resultando determinante que el *petitum* de la pretensión prevea dos o más peticiones, siendo imprescindible que se respete que la materia objeto de la acumulación, sea arbitrable; y, por supuesto, se refiera o se encuentre estrechamente ligada a la relación jurídica contenida en el convenio arbitral.
- b) En todo caso, debe existir una compatibilidad entre las diferentes pretensiones, pues no resultará procedente la acumulación cuando las peticiones sean inconciliables entre sí al excluirse mutuamente o ser contrarias entre ellas, de tal manera que la elección de una, impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras.
- c) Además, debe existir una identidad entre las partes; es decir, el demandante y el demandado deben ser los mismos en las distintas pretensiones.

El control de la acumulación de las pretensiones arbitrales corresponde al árbitro o tribunal arbitral, quien no deberá excederse de sus competencias en aras de evitar la posible anulación parcial del laudo que, posteriormente, se dicte; lo que podría suceder en el supuesto en el que el mismo se pronunciase o decidiera sobre materias no susceptibles de arbitraje que han sido acumuladas a otras que sí lo son.

La acumulación de pretensiones puede ser simple, alternativa o eventual. Es simple cuando en un mismo *petitum* se deducen distintas peticiones estrechamente ligadas entre sí, para que sean estimadas todas y cada una de ellas; se trata de la acumulación más común en la práctica. La acumulación es alternativa, como su propio nombre indica, cuando lo que se pretende es exigir el cumplimiento de obligaciones alternativas; es decir, se solicita la estimación por el árbitro de una de las dos o más pretensiones interpuestas, sin establecer preferencias entre ellas. Por último, la acumulación eventual, a su vez se subdivide en: a) acumulación eventual propia o subsidiaria, cuando el demandante interpone diversas pretensiones, solicitando únicamente la estimación de una de ellas, no de todas, pero conforme a un orden de preferencia por él establecido y b) acumulación eventual impropia o accesorio: en aquellos supuestos en los que el demandante interpone una pretensión principal junto a otras, pero de modo complementario, en el sentido de que únicamente serán estimadas si la primera así lo ha sido.

Cuestión distinta que podemos plantearnos, es la posibilidad de acumular diferentes procesos arbitrales en un solo procedimiento. Nos estamos refiriendo al supuesto en el que existen dos o más procesos arbitrales que han nacido de manera independiente cada uno de ellos con su procedimiento respectivo, y se pretenden reunir en un procedimiento único para que se resuelvan en un único laudo.

Si bien existe una indudable relación entre la acumulación de acciones y la acumulación de procesos, pues pertenecen al mismo género («de las acumulaciones»), y ambas suponen un aumento del objeto del proceso, debemos pronunciarnos con mayor cautela en este segundo supuesto que, aunque aconsejable, resulta más difícil de aceptar, al no haber sido contemplada esta opción en la mayoría de leyes arbitrales —entre las que incluimos la ley arbitral española o el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la

Cámara de Comercio de París—. En todo caso, no debemos confundirnos, pues estamos ante un supuesto en el que se acumulan distintos procesos con dos o más pretensiones y no ante el planteamiento de una misma pretensión ante dos órganos arbitrales diferentes, en cuyo caso, no existe acumulación sino que lo que se debe alegar será la excepción de litispendencia.

Para poder permitir este tipo de acumulación en sede judicial resulta imprescindible que concurra el requisito de la conexión, en virtud del cual, la sentencia que se dicte en el primero de los procesos bien pueda producir efectos prejudiciales en los otros procesos, o bien, atendidos los objetos de los procesos, pudieran dictarse sentencias contradictorias incompatibles o mutuamente excluyentes si se pronunciasen en procedimientos distintos. Sin embargo, en sede arbitral, en donde reina la autonomía de la voluntad de las partes, la exigencia básica para que se puedan acumular dos procesos arbitrales, será que las partes de ambos procesos se pongan de acuerdo en proceder a ello y así lo plasmen en un convenio. Serán, además, las partes quienes decidan qué árbitro o tribunal arbitral va a conocer de la acumulación de procesos, y si éstas no se pronuncian al respecto, lo más común y aplicando analógicamente lo que sucede generalmente en sede judicial, será que lo haga el tribunal arbitral que conozca del proceso más antiguo al que se acumularán los más modernos; antigüedad que se determina por la fecha de la presentación de la demanda. Una vez que ha sido acordada la acumulación, se suspenderá el curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal. Asimismo, también podemos contemplar la opción de que se acumulen varios procesos pendientes ante un mismo árbitro.

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

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho procesal, Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: RAMOS MÉNDEZ, F. *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*. Barcelona: Atelier, 2005. ARMENTA DEU, T. *La acumulación de autos*. Madrid: Montecorvo, 1997. PÉREZ CEBADERA, M.^a A. «La admisión y acumulación de acciones en el proceso civil». *Práctica de Tribunales*, año VII, n.º 72, junio 2010, pp. 5-16. GIMENO SENDRA, V. *Diccionario de Derecho procesal civil*. Iustel, 2007. MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional II. Procesal Civil* (junto a GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y MONTÓN REDONDO). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

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

AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTÍAS PARA LAS INVERSIONES

1. Introducción

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

Para solucionar los problemas que pueden surgir en el marco de las inversiones, el MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, en español, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones) ha establecido un sistema para resolver los litigios potenciales entre las partes, todo ello para crear mayor seguridad en las inversiones y en la confianza de los inversores e incentivar el flujo de inversiones directas en el extranjero.

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

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

2. Materias en las que interviene el MIGA

a) Lucha contra la corrupción

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

Esto puede implicar:

- Controles de las partes involucradas.
- La evaluación de la actuación del cliente para hacer frente al fraude y la corrupción, y
- Una revisión de los acuerdos contractuales subyacentes.

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

b) Infraestructura

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

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

c) Petróleo, gas, minería y productos químicos

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

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

d) Sector financiero

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

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

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

e) *La resolución de conflictos en el MIGA*

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

a) *Conflictos por la implantación en un Estado extranjero*

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

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

En el caso de que las partes no estén de acuerdo con la solución, el MIGA se compromete a analizar los hechos y a hacer una propuesta formal, de tal manera que si el inversor tiene la razón, el MIGA pagará la compensación, dado que el inversor está cubierto por la garantía de esta Agencia.

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

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

b) *La mediación como instrumento de resolución de conflictos*

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

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

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

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

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Abat Oliba de Barcelona).

ALEGACIONES

Son los fundamentos o razones en los que las partes amparan la defensa de su causa e impugnan la del contrario.

Las alegaciones constituyen, por tanto, la exposición de razonamientos que hacen en un proceso las partes que en él actúan y el medio a través del cual las mismas aportan al tribunal encargado de su resolución datos o valoraciones, de carácter fáctico o jurídico, para la consideración de éste.

Interesa destacar el carácter procesal de las alegaciones, en el sentido de que sólo podrán considerarse tales aquéllas vertidas en el seno de un procedimiento arbitral, sujetas, por tanto, a las normas que regulan el mismo.

Cualquier otro tipo de argumentación o razonamiento no integrado en el seno del procedimiento arbitral por medio de las alegaciones habrá de quedar excluido de su catalogación como tal y, con ello, de la valoración por parte del tribunal en la resolución de la disputa.

Las alegaciones acotan, por tanto, los problemas litigiosos y habrán de ser fijadas, fundamentalmente, en los escritos de alegaciones, que actúan de esta forma como directores del proceso. Con sujeción a los principios rectores del procedimiento, las partes podrán, en su caso, además, introducir de forma oral alegaciones no efectuadas en sus respectivos escritos.

De esta forma, las alegaciones podrán revestir tanto forma oral como escrita.

Los documentos de alegaciones escritas —o, con cierta habitualidad, *memorials*— constituyen el medio principal a través del cual cada una de las partes participa en las diferentes etapas de la tramitación del mismo, influyendo en el proceso de formación de la voluntad del tribunal arbitral.

Como regla general, el acta de misión o la primera orden procesal dictada por el tribunal, recogerán las normas generales que habrán de regir el trámite de alegaciones escritas, tanto en lo referente a sus plazos de presentación como a cuestiones formales que habrán de observar —en este sentido, la Uncitral recomienda en sus notas sobre la organización del proceso arbitral, que el tribunal establezca plazos para la presentación de los escritos de alegaciones—.

En el caso de que las alegaciones se realicen de forma escrita, las mismas habrán de contenerse, en el caso del demandante, y como regla general, en su escrito de demanda y, en su caso, de réplica. Igualmente, como regla general, en los procedimientos arbitrales administrados, los reglamentos de las diferentes instituciones contemplan el inicio del procedimiento mediante un sucinto escrito generalmente denominado de solicitud de arbitraje, en el que se enuncian las pretensiones.

El demandado, por su parte, habrá de hacer lo propio por medio de sus escritos de contestación a la denominada solicitud de arbitraje, contestación a la demanda y, en su caso, dúplica. Las alegaciones contenidas en estos escritos han de tener por objeto rebatir las inicialmente planteadas por el demandante.

Los escritos de demanda y de contestación constituyen, de esta forma, los principales documentos en los que se recogen las alegaciones escritas de las partes.

Por su parte, los escritos de réplica y dúplica constituyen trámites de alegaciones «sobre las alegaciones» de los escritos precedentes, sin que, en principio, en los mismos hayan de tener cabida nuevas alegaciones que pudieran haberse presentado en los trámites de demanda y contestación.

Como norma general, el demandado habrá de formular reconvención, en su caso, junto con su escrito inicial de contestación a la demanda, si bien suelen admitirse demandas complementarias hasta la firma del acta de misión.

Las alegaciones podrán ser, igualmente, tanto de hecho como de derecho.

En el ámbito del arbitraje es habitual la exposición conjunta o indistinta de unas y otras. Ello supone una diferencia relevante con la forma en la que se exponen las alegaciones en el seno de un procedimiento judicial, en el que la separación expresa entre ellas constituye rasgo fundamental.

Los hechos conforman el elemento fáctico de la pretensión de las partes, y constituyen el acacimiento del que las mismas pretenden deducir las consecuencias jurídicas de su petición. Los hechos, por tanto, han de tener relevancia jurídica, con el objeto de permitir orientar la posición de las partes hacia los efectos jurídicos pretendidos; y, finalmente, hacia la consecución del fallo solicitado al tribunal.

Cada una de las alegaciones de hecho habrá de resultar acreditada por medio de prueba, permitiendo de esta forma al juzgador, valorar la misma y disponer de una base fáctica a la cual aplicar su interpretación jurídica.

Las alegaciones de derecho han de encontrar su fundamento en las de hecho, de manera que la calificación jurídica de los hechos ha de mostrar coherencia con los hechos mismos, configurando, de esta forma, conjuntamente, la causa de pedir.

Características comunes o, al menos, deseables en todo tipo de alegaciones son su (i) coherencia, (ii) oportunidad y (iii) su carácter completo.

En relación con su coherencia, el sentido de las alegaciones de las partes queda vinculado por las actuaciones y comunicaciones previas entre ellas.

No constituyendo estas últimas en sí mismas «alegaciones», sí marcan y orientan el devenir futuro de las mismas; y, con ello, del propio procedimiento, al determinar con carácter previo a su inicio, el sentido del mismo.

El brocardo *venire contra factum proprium*, expresa la regla de que no es admisible otorgar efectos jurídicos a las alegaciones de una parte que se plantean en contradicción flagrante con un comportamiento previo de la misma, del cual pudiera deducirse por la contraparte, un determinado efecto jurídico distinto al que se pretende hacer valer por medio de la alegación presente.

De esta forma, el éxito de las alegaciones queda de inicio sujeto a la coherencia de la parte que las vierte en el procedimiento, con sus actos previos al mismo.

Las alegaciones han de estar orientadas, igualmente, por el principio de oportunidad. Este principio, inspirado en la buena fe procesal, hace necesario que las partes en el procedimiento expongan todas aquellas alegaciones que entiendan pertinentes para la defensa de sus intereses en el primer momento en el que tengan ocasión para ello; ello debería impedir juegos de estrategia que, al amparo de una reserva, busquen una posición de ventaja frente a la contraparte, rompiendo con ello la necesaria igualdad procesal entre las partes en el procedimiento.

No obstante, la flexibilidad del arbitraje y su general ausencia de formalismos permiten que con carácter general, y siempre que se asegure el mejor respeto al principio de igualdad de armas entre las partes, y el consecuente principio de contradicción, las partes puedan ampliar, rectificar o modificar sus alegaciones con mayor facilidad que en el seno de un procedimiento civil.

Las alegaciones, finalmente, han de ser completas, en el sentido de que el carácter fundamentalmente rogado y no inquisitivo de un procedimiento arbitral, obliga a las partes a aportar al tribunal todos los elementos necesarios para que el mismo resuelva la controversia, cuyo conocimiento se le ha atribuido.

Ello habrá de predicarse tanto de las cuestiones fácticas como de las jurídicas. De esta forma, el conocimiento privado que el tribunal pudiera tener de hechos relacionados con la disputa, no habrá de ser considerado por el mismo si las partes en el procedimiento no los han alegado.

Igualmente, las partes han de proporcionar al tribunal arbitral todos aquellos elementos o consecuencias jurídicas que entienden se derivan de su petición.

De nuevo, diferencia significativa con un proceso civil es que en este último resulta de aplicación el principio *iura novit curia*, el cual supone que el juzgador ha de conocer y de aplicar el derecho correspondiente con el objeto de resolver la disputa entre las partes. Ello, sin embargo, no es predicable de un procedimiento arbitral, en el que el tribunal habrá de limitarse, deseablemente, a aplicar el derecho invocado por las partes.

Finalmente, es conveniente hacer una referencia en este sentido al suplico incluido en cada uno de los escritos de alegaciones y a su relación con éstas.

Interesa destacar, en este sentido, la extraordinaria relevancia que el suplico adquiere en el seno del procedimiento. En efecto, sin constituir una alegación, es determinante al objeto de que las vertidas en el curso del procedimiento, puedan alcanzar buen puerto y producir el efecto deseado.

El suplico constituye el marco en el que habrá de moverse el tribunal, limitando en la práctica el ámbito de actuación del mismo. Por ello, el efecto pretendido para las alegaciones debe encontrar perfecto reflejo en el suplico de los escritos en las que se contienen, permitiendo el desenvolvimiento de las mismas para desembocar en el fallo pretendido, por lo que habrá de evitarse que un suplico defectuoso impida el despliegue de los efectos pretendidos para las alegaciones.

(Autor: Fernando Lanzon, Clifford Chance, Madrid).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión. Demanda arbitral.

ALLANAMIENTO

El allanamiento es una de las posibles actitudes que puede adoptar el demandado en un proceso arbitral. Tiene su razón de ser en el principio dispositivo y consiste en la situación procesal que se produce cuando el demandado (o, en su caso, el actor reconvenido), se aviene o muestra su conformidad, en su totalidad o en parte, con la pretensión interpuesta por el demandante. Dicha actuación la puede realizar tanto al inicio de las actuaciones arbitrales en su contestación a la demanda arbitral, como en cualquier otro momento posterior del proceso arbitral, pero antes de que el árbitro emita el laudo. Se trata, en todo caso, de una postura activa del demandado.

Por tanto, aunque la forma normal de terminación de un proceso arbitral sea el laudo arbitral contradictorio, también podemos encontrarnos con otras formas de terminación «anormal» del proceso, sin contradicción, debido a razones meramente procesales, como puede ser el desistimiento de la parte actora o el sobreseimiento por existencia de determinados impedimentos que no permiten la continuación del proceso, quedando imprejuzgada la pretensión, así como por razones materiales, tal y como ocurre en los supuestos de satisfacción extraprocesal, concurrencia de transacciones entre ambas partes o allanamiento de la parte demandada; a este último vamos a dedicar las líneas siguientes.

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

En este sentido, el allanamiento, como manifestación del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, tiene ciertas similitudes con otras figuras afines. Básicamente, no debe confundirse con la «admisión de los hechos», que se refiere únicamente a los hechos y no al conjunto de la pretensión, siendo el allanamiento un acto exclusivo del demandado, mientras que la admisión de los hechos puede llevarse a cabo tanto por el demandante como por el demandado sin condicionar —a diferencia del allanamiento— el contenido del laudo, sino que, simplemente, delimita en sentido negativo los hechos que no son controvertidos. La única consecuencia que comporta la admisión de hechos alegados por la parte demandada, aunque se refiera a todos los hechos alegados por el actor, será la de hacer innecesaria la prueba de esos hechos, pues recordamos que los hechos que no son controvertidos, no son necesitados de prueba, pero esto no conduce necesariamente a una sentencia estimatoria.

La gran mayoría de leyes arbitrales de los diferentes ordenamientos jurídicos no regulan expresamente el allanamiento, lo que no significa que esta actitud del demandado no sea posible. Entre otras, la ley arbitral española (Ley n.º 60/2003) se refiere al mismo de una manera indirecta, al indicar en su art. 31 b) que cuando el demandado no presente su contestación en plazo, dicha omisión no debe considerarse como allanamiento. Con ello, parece ser que el legislador español nos pone de manifiesto que esta actitud del demandado es posible en el arbitraje, pero que la falta de presentación de la contestación no puede entenderse como tal. Ahora bien, también nos permite sostener la necesidad de que el allanamiento en el arbitraje sea expreso (ya sea oral o escrito). Tampoco se refieren de manera expresa a esta figura ni el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París ni la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En todo caso, debemos tener en cuenta que, al igual que ocurre con la renuncia de la parte demandante, la decisión de una de las partes sobre el fondo, no se considera en el arbitraje sustento suficiente para la finalización del mismo de manera anormal, a excepción de que el allanamiento sea implícitamente la exteriorización formal de un posible acuerdo o transacción entre las partes. Como ha señalado la doctrina, de lo que

se trata es de otorgar eficacia al acto de disposición del demandado del objeto del proceso, pero con la fuerza de las dos voluntades de las partes, en cuanto fueron ellas quienes convinieron el nacimiento del arbitraje; y, por tanto, las dos deben ponerle fin; de manera que se diferencia de los actos de disposición que permiten el abandono del proceso, pero dejan imprejuzgada la cuestión.

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

En definitiva, la finalización anormal del proceso arbitral sólo se producirá cuando nos encontremos ante un allanamiento total, cuyo efecto principal es la terminación del proceso arbitral por conformidad con las pretensiones de la parte actora, pero además, debemos tener en cuenta que el contenido del laudo se va a encontrar determinado, por lo que se debe condenar al demandado de acuerdo a lo solicitado por el demandante, o dicho de otro modo, el árbitro que dicte el laudo tendrá que hacerlo conforme a aquello que el actor pidió en su demanda y a lo que se allana el demandado, salvo en los supuestos en los que el allanamiento contraría el interés o el orden público o resulte perjudicial para un tercero, caso en el que el árbitro debe rechazarlo y continuar el proceso. Consecuentemente, esta conformidad con la pretensión del actor exime de cualquier actividad probatoria al demandante y, como ya hemos mencionado, de acuerdo con el principio de congruencia, vincula la actividad decisoria del tribunal arbitral en el sentido de otorgar, ante la falta de resistencia del demandado, lo solicitado por el actor. El laudo que emita el árbitro entra a conocer el fondo del asunto, a pesar de su no contrariedad, por lo que produce efectos de cosa juzgada.

En todo caso, desde un punto de vista subjetivo y en el supuesto de existir una pluralidad de partes, el allanamiento únicamente afectará a las partes principales que lo realizaron, sin extenderse a las demás partes que no procedieron en tal sentido. En este sentido, si existen otras partes en la misma posición procesal del que se allana, el allanamiento no concluye el proceso para ellas, pues no puede perjudicarlas ni prejuzgar el fallo en cuanto a ellas.

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

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho Procesal. Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, S. «Comentario al artículo 38». En *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. AA.VV. BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson Civitas, 2011, p. 1281. SILVOSA TALLÓN, J.M. «El allanamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2008, n.º 22. DOIG DÍAZ, Y. *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*. Madrid: La Ley, 2008. CUCARELLA GALIANA, L. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 164 y 165. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M. *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*. Granada: Comares, 1991, pp. 127-129.

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

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION («AAA»)

1. AAA: misión, áreas de expertise y servicios

American Arbitration Association es una institución privada, sin ánimo de lucro, que fue fundada en 1926 con la finalidad de estudiar, promocionar y organizar la resolución privada de disputas, a través de la mediación, el arbitraje y otros procedimientos de solución alternativa de diferencias («*Alternative Dispute Resolution*, ADR»).

En la actualidad, la AAA ocupa un *lugar destacado* en el ámbito de los servicios de ADR; habiendo administrado, conforme a los datos publicados en su nota de prensa de 10 de junio de 2013, aproximadamente, 3,9 millones de casos ADR, desde su fundación.

La AAA, con sede en Nueva York (120 Broadway; Lower Manhattan), tiene como *misión* el desarrollo y la extensión a nivel global de métodos de resolución privada de controversias, que destaquen tanto por su carácter rápido, como efectivo y económico. A tal efecto, la AAA proporciona profesionales imparciales («*neutrals*»), una administración impecable de los casos, personal entregado, educación avanzada y formación, con el objeto de satisfacer las necesidades de sus clientes, tanto presentes como futuras.

En particular, las «áreas de *expertise*» de la AAA son: comercial; construcción/medio ambiente; internacional; laboral/empleo/elecciones; y estatal/consumidores. Acorde con las mismas, los *servicios* proporcionados por la AAA son los siguientes: arbitraje (AAA *Arbitration*), mediación (AAA *Mediation*), educación (AAA *Education Services*), elecciones (AAA *Election Services*), búsqueda independiente de hechos (AAA *Independent Fact-Finding*), mediación y arbitraje (AAA *Med-Arb.*), transacción judicial (AAA *Judicial Settlement Conference*), negociación y facilitación de reuniones (AAA *Negotiation and Meeting Facilitation*), alianzas (AAA *Partnering*), publicaciones (AAA *Publications*) y servicios online (ADRWorld.com).

En concreto, el rol de la AAA en el procedimiento de resolución de disputas, es la administración y gestión de los casos desde su inicio hasta su finalización.

La AAA proporciona sus servicios dentro del territorio estadounidense y a nivel internacional, a través del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*International Centre for Dispute Resolution, ICDR*). Los servicios administrativos de la AAA y el ICDR incluyen la asistencia en el nombramiento de los árbitros y mediadores, la organización de las audiencias y la información específica acerca de los diversos métodos de resolución. Asimismo, los servicios de la AAA incluyen el diseño y desarrollo de sistemas de medios alternativos de disputas para corporaciones, agencias gubernamentales, despachos de abogados y tribunales.

Por último, se ha de reseñar que la AAA también proporciona servicios relativos a la administración de elecciones, así como servicios educativos, formativos (ofrece programas de formación para las personas implicadas en la solución de controversias, en tanto que terceros neutrales o consejeros de las partes) y publicaciones (*Dispute Resolution Journal* y el *ADR Currents*).

Tras estas notas introductorias, seguidamente se procederá a analizar el procedimiento arbitral ante la AAA (2), así como el ICDR, la división internacional de la AAA (3), para concluir brevemente incidiendo en la actividad de la AAA en el ámbito de la educación (4).

2. El procedimiento arbitral ante la AAA

A continuación, se sintetizan brevemente las diversas *fases del procedimiento* arbitral del AAA, de conformidad con el Reglamento de dicha institución, en su versión en vigencia con fecha de 1 de junio de 2009.

La administración de la AAA comienza con la presentación por la demandante de dos copias de la solicitud de arbitraje y del acuerdo de arbitraje ante la AAA, firmado por las partes, así como el pago de la correspondiente tasa.

Y, recibido dicho escrito, la AAA llevará a cabo la notificación correspondiente al demandado, fijando un plazo de quince días para la contestación/reconvenición.

Al respecto, cabe reseñar que la AAA ofrece una plataforma online, bajo el *software prism*, que permite tanto la presentación de una solicitud de arbitraje online, como la realización de los pagos correspondientes, así como la gestión de todo el procedimiento (<https://apps.adr.org/webfile/>).

Tras la contestación del demandado, la AAA asistirá a las partes para llevar a cabo la designación de los árbitros.

En este sentido, cabe destacar que la lista de árbitros de la AAA está formada por más de 7,000 profesionales, que ofrecen sus servicios a escala global y que se guían conforme al Código Ético para los Árbitros en las Disputas Comerciales de dicha institución (*Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, en vigencia desde el 1 de marzo de 2004, adoptado por la AAA y la *American Bar Association*).

Una vez alcanzado un acuerdo acerca de la designación de los árbitros, se celebrará una audiencia preliminar, que constituye la primera oportunidad para que las partes y los árbitros discutan directamente las cuestiones de fondo del caso, así como las cuestiones procesales relativas al intercambio de información y documentación, lista de testigos, etc.

Establecido el calendario procesal correspondiente («*Scheduling Order*») y tras una fase de intercambio de la documentación e información correspondiente entre las partes, procederá a celebrarse la audiencia, en la que las partes llevan a cabo la presentación ante los árbitros de sus argumentos y pruebas, respectivamente.

Tras la audiencia, las partes tendrán la oportunidad de aportar documentación adicional, si los árbitros así lo decidieran; estableciéndose, por lo general, un trámite de intercambio de escritos finales («*post-hearing briefs*») en un plazo de treinta días desde la finalización de la audiencia.

Finalmente, los árbitros dictarán el laudo final, decidiendo acerca de la resolución de la controversia planteada de forma razonada y motivada.

En último término, cabe reseñar que la AAA pone a disposición de las partes un documento titulado «*AAA Arbitration Roadmap*», no sólo a efectos de guiar a las partes sobre cada uno de los pasos del procedimiento arbitral, sino también para permitir su gestión de la forma más eficiente y económica posible.

En particular, en dicho documento, junto con las útiles recomendaciones de la AAA dirigidas a procurar optimizar el costo del procedimiento, tanto en términos de recursos económicos como de tiempo, cabe destacar que se incluye también una tabla estadística con el número de días de los procedimientos arbitrales administrados por la AAA, clasificados en función de su cuantía. A efectos ilustrativos, cabe reseñar que el número mínimo de días en que tardó en resolverse una disputa de cuantía inferior a US\$75.000 —la cuantía mínima en el estudio— fue de 126 días, y el máximo de días en que tardó en resolverse una disputa de cuantía superior a US\$10.000.000 —la cuantía máxima considerada en el estudio— fue de 596 días.

En fin, conviene resaltar que, además de administrar los arbitrajes conforme a sus propias reglas, la AAA también administra arbitrajes que se rigen bajo las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial («Iacac») y también proporciona servicios respecto a arbitrajes que se rigen por las reglas de Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral), tanto si estos arbitrajes tienen lugar en los Estados Unidos de América, como a nivel internacional.

3. *ICDR: la división internacional de la AAA*

La AAA se encuentra organizada, de conformidad con las áreas de *expertise* que apuntamos al inicio, en torno a cinco divisiones: Comercial; Construcción/Medio Ambiente; Internacional; Laboral/Empleo/Elecciones; Estatal/Consumidores y la recientemente creada —en concreto, con fecha de 4 de abril de 2013— Mediation. org. En este sentido, cada división agrupa el conocimiento específico en su sector, de modo que cada cliente pueda acceder a la información precisa acorde a su ámbito de actividad.

Por lo que se refiere a la presente reseña, a continuación incidiremos brevemente en el análisis de la división internacional de la AAA: el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*International Centre for Dispute Resolution*; en adelante «ICDR»), que tiene encomendado, en exclusiva, la administración de la totalidad de los asuntos internacionales de la AAA.

El ICDR fue creado en 1996 con el objeto de proporcionar los mismos servicios alternativos de solución de disputas, hasta entonces sólo ofrecidos en los Estados Unidos de América, a nivel mundial. Desde entonces, el ICDR ha establecido acuerdos de cooperación con sesentidós instituciones arbitrales en cuarenta y tres Estados distintos, administrando un número creciente de arbitrajes y mediaciones a escala global.

Al respecto, se ha de resaltar que conforme al Informe Anual de la AAA de 2012 (*vid.* p. 7), el ICDR recibió un total de 996 de solicitudes arbitrajes, de los cuales, aproximadamente, un 10% fueron mediaciones. En particular, dicha cifra merece ser destacada en la medida en que constituye el número más elevado de solicitudes recibidas por una institución arbitral internacional.

Asimismo, se ha de indicar que el Centro cuenta con una lista de más de 650 árbitros independientes y mediadores en la resolución de conflictos y, aparte de la sede en Nueva York, tiene sucursales en México, Singapur y Bahrein, así como las más de sesenta oficinas a través de su red global de cooperación de los centros de resolución de disputas.

Los Reglamentos Internacionales de Mediación y Arbitraje del ICDR, modificados y en vigor desde el 1 de junio de 2010, regulan en detalle cada una de las fases de los procedimientos de mediación y arbitraje, conforme a las pautas de las respectivas Leyes Modelo de la Cnudmi en relación con la mediación y arbitraje internacional.

Veamos, muy brevemente, el contenido de ambos Reglamentos a continuación.

De entrada, las partes pueden considerar someter su controversia a una mediación internacional antes de acudir al arbitraje. A tal efecto, el Reglamento de Mediación Internacional prevé que, si las partes desean adoptar la mediación como parte del procedimiento establecido para la resolución de disputas contractuales, pueden incorporar al contrato, junto con una cláusula modelo de arbitraje, la siguiente cláusula de mediación: «si surge una controversia que se derive de este contrato (o que guarde relación con él o con su incumplimiento) y que no pueda resolverse mediante negociación, las partes, antes de recurrir al arbitraje, a un pleito o a otro procedimiento de resolución de controversias, intentarán de buena fe alcanzar un acuerdo a través de una mediación que se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas».

Y, si las partes desean que un mediador intervenga para resolver una controversia ya existente, pueden celebrar el siguiente acuerdo de mediación: «las partes someten la siguiente controversia a una mediación administrada por el Centro Internacional de Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. (La cláusula también podrá establecer las características del (de los) mediador(es), método de pago, lugar de las reuniones y cualquier otro asunto de interés para las partes)».

El ICDR proporciona servicios de administración de mediaciones a escala global y, en este sentido, como vimos, posee una lista de mediadores internacionales especializados.

Designado el mediador, éste habrá de conducir la mediación basándose en el principio de la auto-determinación de las partes y estará facultado para mantener reuniones separadas o sin presencia de la otra parte y otras comunicaciones con las partes o sus representantes antes, durante y después de la conferencia de mediación (*vid.* art. 7 del Reglamento de Mediación Internacional).

En fin, la mediación concluirá: mediante la celebración de una transacción entre las partes; o, (ii) mediante una declaración escrita u oral del mediador de que la continuación de los esfuerzos en la mediación no contribuirá a resolver la controversia de las partes; o (iii) mediante una declaración escrita u oral de las partes de que el procedimiento de mediación ha concluido; o (iv) cuando no haya habido ninguna comunicación entre el mediador y cualquiera de las partes o de los representantes de las partes en los veintiún días siguientes a la conclusión de la conferencia de mediación (*vid.* art. 7 del Reglamento de Mediación Internacional).

De otro lado, en relación con el Reglamento de Arbitraje Internacional, cabe destacar que propone como cláusulas modelo las siguientes: «cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento será resuelta mediante arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional» o, «cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento será resuelta mediante arbitraje administrado por la Asociación Americana de Arbitraje de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional».

Y, en relación con el procedimiento arbitral, se ha de reseñar que regula con particular detalle cada una de las fases –alegaciones escritas; práctica de la prueba; audiencia y dictado del laudo–; pudiendo destacar el art. 34, que prevé expresamente la confidencialidad del arbitraje y el art. 37, que prevé la posibilidad de medidas urgentes de protección.

Como último apunte respecto a ambos Reglamentos estudiados, debe resaltarse que las partes que promuevan un caso de mediación o arbitraje internacional ante el ICDR pueden hacerlo mediante el sistema online al que ya nos referimos al analizar el procedimiento ante la AAA, a través de AAAWebFile®, que se encuentra disponible en www.adr.org.

Finalmente, merece destacar los siguientes documentos publicados por el ICDR:

a) Las Directrices para árbitros emitidas por el ICDR sobre intercambio de información, en vigencia desde el 31 de mayo de 2008, cuyo propósito es «dejar claro que los árbitros tienen la autoridad, la responsabi-

lidad y, en ciertas jurisdicciones, el deber legal de conducir el arbitraje de modo que se logre un proceso simple, menos costoso y más rápido».

Y, a tal efecto, partiendo en el art. 1.a. de que «el Tribunal supervisará el intercambio de información entre las partes previo a las audiencias para que éste se lleve a cabo de manera eficiente y económica», y de que «el Tribunal y las partes velarán para que, de un lado, se eviten retrasos innecesarios y gastos y, de otro, se eviten sorpresas, se promueva la igualdad de trato y se salvaguarde la posibilidad de que cada parte presente sus reclamaciones y defensas de manera adecuada»; las directrices inciden en cada uno de los elementos de prueba (documentos en los que las partes funden sus pretensiones; documentos en posesión de la otra parte; documentos electrónicos e inspecciones) proponiendo distintas medidas para agilizar y facilitar la práctica de la prueba.

Pudiendo reseñar, además, en particular, los siguientes arts.: el 6.b, que prevé que «las deposiciones (*depositions*), interrogatorios (*interrogatories*) y solicitudes de admisión de hechos (*requests to admit*), que han sido desarrollados en los procedimientos judiciales estadounidenses no son, como regla general, mecanismos apropiados para obtener información en el arbitraje internacional»; el 7, que indica que «cuando las partes, sus abogados o sus documentos estén sujetos a normas distintas de acuerdo con el derecho aplicable, el Tribunal deberá, en la medida de lo posible, aplicar las mismas reglas a ambas partes, dando preferencia a las reglas que otorguen el mayor nivel de protección» y el 8.b, que dispone que «en el caso de que una de las partes no cumpla con una orden para el intercambio de información, el Tribunal podrá inferir conclusiones adversas para esa parte y tomar ese incumplimiento en cuenta cuando adjudique las costas».

b) La «Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas» del ICDR, en la cual se incluyen varias cláusulas «modelo» de solución de disputas, acompañadas de un breve comentario, con la intención de ayudar a las partes contratantes en la redacción de cláusulas de solución alternativa de disputas y, advirtiendo, en todo caso, de la mala praxis con las *midnight clauses*, en los siguientes términos «muy frecuentemente, la discusión sobre la incorporación de una cláusula de solución alternativa de disputas en el contrato es postergada hasta el cierre de la negociación. Lo más recomendable es considerar el tema de solución de disputas desde las etapas tempranas de la negociación, de esta manera se promueve un ambiente positivo para las negociaciones y se evitan las presiones generadas por una fecha límite de cierre».

En concreto, las cláusulas «modelo» incluidas en dicha Guía son las siguientes: forma abreviada de cláusula de arbitraje; cláusulas escalonadas (cláusulas de negociación-arbitraje, mediación-arbitraje, y negociación-mediación-arbitraje); cláusula de arbitraje y mediación concurrente; cláusula de mediación independiente; cláusula de nombramiento del tribunal arbitral/árbitro por las partes; textos modelo para establecer limitaciones a los plazos establecidos en el Reglamento; cláusula modelo de confidencialidad; y, por último, cláusulas modelo para procedimientos bajo el Reglamento de la Cnudmi y administrados por el CIRDR.

Y, al respecto, por último, cabe resaltar que desde el 4 de diciembre de 2012 la AAA ofrece una plataforma online para asistir a las partes en la redacción de las cláusulas de arbitraje y de mediación, a través de *American Arbitration Association's® ClauseBuilder Tool*, que se encuentra disponible en www.clausebuilder.org.

4. AAA University y AAA A. Leon Higginbotham Jr. Fellows Program

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

Los programas ofrecidos abarcan muy diversas materias, desde el ejercicio del arbitraje y mediación, incluyendo técnicas básicas y avanzadas de resolución de conflictos, a la negociación colectiva (*collective bargaining*) y la gestión de quejas (*grievance handling*).

Asimismo, se ha de reseñar la existencia del *AAA A. Leon Higginbotham Jr. Fellows Program*, creado en el 2009 con el fin de proporcionar, a lo largo de un año, una formación intensiva y oportunidades de *networking* y *mentoring* para futuros profesionales de la carrera en la resolución alternativa de disputas.

(Autor: Elisa Vicente Maravall. J&A Garrigues, SLP. Madrid).

Comparative International Commercial Arbitration. Londres: Kluwer Law International, 2003, para. 3-28, 11-5, 11-11, 11-50. LEW, Julian D.M. and Loukas A. MISTELIS. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2006, para. 6-8, 7-2. KERR, John J., Conrad K. HARPER, Peter C. THOMAS, Robert H. SMIT. *Comparison of International Arbitration Rules*. Nueva York: Juris Publishing, 2002, pp. 83-125. MARTÍNEZ, L.M. and T. VENTRONE. *The ICDR Mediation Practice*. Contemporary Issues. International Arbitration and Mediation, International Centre for Dispute Resolutions Publication, 2009, pp. 485-496; MEADE, R.E. «Arbitration Overview: The AAA's Role in Domestic and International Arbitration». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1984, vol. 1, issue n.º 3, pp. 263-272. REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY and Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 62.

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

AMICUS CURIAE

El *amicus curiae*, o amigo de la corte, no es una de las partes procesales de la disputa, sino que se trata de un tercero que presenta un interés en la controversia. Los orígenes de esta institución se remontan a la época romana y actualmente es una figura con especial arraigo en los sistemas judiciales del *common law*. En el ámbito internacional de los derechos humanos, se admiten intervenciones de *amici curiae* en instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito comercial internacional, el art. 10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio proclama que se tomarán plenamente en cuenta los intereses de «todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial».

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

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

En relación con el tratamiento que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) viene dando a la figura del *amicus curiae*, varias organizaciones presentaron sin éxito en el año 2002 un escrito al tribunal arbitral encargado del Caso *Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia*, solicitando ser admitidos como partes en la controversia y, en su defecto, poder intervenir como *amici curiae*, asistir a las audiencias y tener acceso a documentos relevantes del caso. Sin embargo, cuatro años más tarde, Ciadi reformó su Reglamento de Arbitraje. La actual regla 37.2 de este texto, que entró en vigor el 10 de abril de 2006, autoriza a que, tras haber consultado a las partes, el tribunal arbitral permita que «una persona o entidad que no sea parte en la diferencia efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia».

Adicionalmente, la regla 32 del Reglamento admite la posibilidad de que, contando con el consenso de las partes, el tribunal permita «que otras personas, además de las partes [...] asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen». En el Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, el tribunal arbitral Ciadi emitió, el 12 de febrero de 2007, una importante resolución en materia de *amicus curiae*. En diciembre del 2006, cinco ONGs habían solicitado autorización para realizar una presentación en calidad de amigos de la corte. En ella, el tribunal hace referencia a las nuevas reglas de arbitraje de Ciadi –aunque no las considera directamente aplicables por cuestiones cronológicas– e indica

que su esencia coincide con la de las pautas dictadas por el mismo órgano en la Resolución de 17 de marzo de 2006. En este caso, Suez, el tribunal estima que «los peticionarios han demostrado su idoneidad para hacer presentaciones en calidad de *amicus* en este caso». Por ello, el tribunal autoriza a estas cinco organizaciones a presentar un escrito común, de no más de treinta folios, cuyo contenido podrá ser ampliado a petición del tribunal, y que se transmitirá a las partes, permitiéndoles presentar alegaciones al respecto. Resoluciones similares a ésta han sido adoptadas, posteriormente, por los árbitros encargados de los casos *Ciadi Biwater vs. Tanzania*; *Piero Foresti, Laura de Carli and others vs. Republic of South Africa* y el muy reciente *Pac Rim Cayman LLC vs. Republic of El Salvador*. En este último, el tribunal arbitral invoca el art. 10.20.3 del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos de América-República Dominicana (DR-Cafta-US-Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement) para autorizar a los interesados la presentación de *amicus briefs* y el art. 10. 21.2 del mismo texto para permitir que la audiencia oral del 31 de mayo y 1 de junio de 2010 fuesen seguidas *on line*. El reconocimiento de la figura de los amigos de la corte en recientes tratados multilaterales y bilaterales de inversión (véase, por ejemplo, el art. 29 del 2004 U.S. Model BIT) hace pensar que el recurso a esta figura va a ser más habitual en el futuro del arbitraje internacional de inversiones.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, N. «Public interest and Investment Treaty Arbitration». *Transnational Dispute Management*, February 2004. HOLLIS, D.B. «Private Actors in Public International Law: *Amicus Curiae* and the Case of the Retention of State Sovereignty». Boston: Boston College International and Comparative Law Review, Spring 2002. DE LOTBINIERE McDUGALL, A. y A.A. SANTENS. «Icsid Tribunals Apply New Rules on *Amicus Curiae*». *Mealey's International Arbitration Report*, vol 22, n.º 2, febrero 2007. «European Commission seeks to intervene as *amicus curiae* in Icsid arbitrations to argue that long-term power purchase agreements between Hungary and foreign investors are contrary to European Community Law». *Investment Treaty News*, 17 September 2008. «Icsid tribunal will permit European Commission to file legal brief in Energy Charter Treaty arbitration». *Investment Treaty News*, 11 December 2008. LEVINE, E. «*Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation», 2010, <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/workingpaper2010.html>. Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement by the OECD Investment Committee, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>. BLACKABY, N. y C. RICHARDS. «*Amicus Curiae*: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?». En *AA.VV. The Backlash Against Investment Arbitration*, 2010. BJORKLUND, A.K. «The Participation of *Amici Curiae* in Nafta Chapter Eleven Cases». <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/participate.aspx?lang=en>. FRIEDLAND, P. «El papel de los escritos "*amicus curiae*" en el arbitraje internacional». *Revista Internacional de Arbitraje*, 2006, n.º 4. FERNÁNDEZ MASÍ, E. «¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2007, vol. 19, n.º 1, pp. 1-14. VIÑUALES, J.E. «Human Rights and Investment Arbitration: The Role of *Amici Curiae*». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2006, n.º 8, pp. 231-274. SABATER, A. «Towards Transparency in Arbitration (A Cautious Approach)». *BJIL & The Publicist*, 2010, vol. 5, p. 47. FACH GÓMEZ, K. «Rethinking the role of *Amicus Curiae* in Investment Arbitration». *Fordham International Law Journal*, vol. 35, 2012, pp. 510-564.

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

AMIGABLE COMPOSICIÓN (VER «ARBITRAJE DE EQUITAD (TAMBIÉN LLAMADO AMIGABLE COMPOSICIÓN)»)

ANTI-SUIT INJUNCTION (VER «MEDIDA ANTIPROCESO»)

ANULACIÓN PARCIAL DEL LAUDO

1. Introducción y noción general

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

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

La anulación parcial se basa en el *principio de conservación del laudo* y, como es obvio, sólo puede darse cuando el laudo impugnado contenga diferentes pronunciamientos; asimismo, como luego veremos, es

requisito imprescindible para que se pueda anular parcialmente un laudo, dejando subsistentes otras partes del mismo, que dicho laudo impugnado permita deslindar claramente los pronunciamientos anulados de aquéllos que deben conservarse.

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

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

2. *Derecho español y jurisprudencia de desarrollo*

2.1. *Derecho español*

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

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

[...]

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

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

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

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

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

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

2.2. *Jurisprudencia española*

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

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

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

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

3. *Derecho comparado*

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

- iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas.

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

4. *Comentarios*

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

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

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

En la práctica, la principal dificultad que plantea la anulación parcial de un laudo, es decidir cuándo unos pronunciamientos viciados de nulidad pueden ser cercenados del resto del laudo sin afectar al sentido del resto del laudo cuya validez se mantiene y cuándo, por el contrario, la nulidad de unos pronunciamientos debe acarrear la declaración de nulidad de la totalidad del laudo. Esta labor supone una difícil tarea a ser llevada a cabo por el tribunal, el cual debe tratar de respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, por ende, la parte de la decisión arbitral que no esté viciada y que sea separable por tener sustantividad propia del resto del laudo, pero al mismo tiempo debe velar para que el laudo resultante sea congruente, sin remisiones a los pronunciamientos anulados. Para ello, el tribunal deberá analizar pormenorizadamente el convenio arbitral, las

pretensiones de las partes, las actuaciones arbitrales, así como la actitud pasiva o activa de las partes durante el proceso; de igual modo, dada la flexibilidad que preside el proceso arbitral, en el que la controversia se puede ir delimitando a lo largo del proceso, la ampliación o modificación de las pretensiones, cobrarán especial importancia.

(Autor: Ernesto Díaz-Bastián López. Abogado. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SENÉS MOTILLA, Carmen. *La intervención judicial en el arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2007. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje, una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «El recurso de anulación contra laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)». *Revista de Derecho Privado*, 1991. GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

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

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (VER «RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS»)

ARBITRABILIDAD

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

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

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

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

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

La Convención de Nueva York y el Convenio Europeo de Ginebra establecen (en sus arts. v.2.a) y vi.2, respectivamente) que a efectos de la denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, es aplicable la *lex fori*; es decir, que serán las normas sobre arbitraje del país sede del tribunal al que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo, las que decidirán si la materia sobre la que se dictó el laudo, es susceptible de ser sometida a arbitraje.

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MISTELIS, Loukas A. y STAVTOS L. BREKOUKAKIS. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*.

Londres: Kluwer Law International, 2009. «Arbitration in 50 jurisdictions worldwide». *Global Arbitration Review*, 2010. LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2003.

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

ARBITRABILIDADES CONDICIONADAS

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

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

Así pues, la arbitrabilidad condicionada conlleva la existencia de un arbitraje condicionado por motivos de orden público. Se permite la arbitrabilidad de las controversias que afecten a determinados ámbitos materiales especialmente intervenidos por el orden público o la normativa imperativa (por ejemplo, el derecho de la competencia) con una condición: que el árbitro o tribunal arbitral que decide sobre el supuesto concreto, aplique dicha normativa imperativa y de orden público que se impone en la materia del mismo modo e igual manera que lo haría un juez estatal. El carácter de orden público de estas materias limita la libertad de las partes y de los árbitros en relación con las mismas. La interconexión entre el derecho aplicable al fondo y el derecho aplicable a la arbitrabilidad se acrecienta hasta el punto de que el árbitro debe, incluso, descender a la fase arbitral como requisito previo para apreciar la arbitrabilidad y su propia competencia. Así, el arbitraje condicionado en materias de orden público, implica que la ley que gobierna el fondo deba ser también la ley que gobierna la arbitrabilidad.

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

Superada su clásica acepción negativa, el orden público ha pasado de ser considerado el gran enemigo del arbitraje, a constituir la principal garantía frente al exceso del poder privado en un mundo globalizado, dominado por las transacciones comerciales internacionales de mercado. En su papel de límite-garantía, el orden público ha posibilitado la evolución progresiva del arbitraje gracias a que ha favorecido, verificado y consolidado la confianza que en el mismo han depositado los Estados. De manera que los distintos ordenamientos internos han dejado de encontrar en él su mejor prerrogativa como límite fácilmente moldeable para frenar los intentos

de extensión del arbitraje, bien en la primera fase, al impedir la arbitrabilidad en materias de orden público; o bien, en su acepción más corriente, en la fase postarbitral, al ser entendido en sentido amplio como una cláusula de estilo que era utilizada por los Estados, de manera arbitraria y difícil de prever, según cambiasen los intereses nacionales, para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos internacionales.

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

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

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

En cada una de las fuentes de legitimidad señaladas, el campo de intervención de la actuación del arbitraje se encuentra restringido. Los árbitros son libres de organizar el procedimiento arbitral como consideren conveniente, pero deben atenerse a una dualidad de límites. Por un lado, el límite que impone el respeto a la voluntad de las partes en el convenio arbitral, por el otro, el árbitro, como juez que es, ha de respetar, también, las garantías fundamentales de la justicia, dentro de su componente jurisdiccional. De manera que los dos fundamentos tratan, en el fondo, de los límites que conlleva implícita la propia naturaleza del arbitraje, jurisdiccional y contractual.

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

Si el árbitro se extralimitase en sus funciones correría el riesgo de que las partes, en la etapa final de control, la fase postarbitral, se opongan a su decisión mediante la petición del no reconocimiento y la denegación de la ejecución del laudo por haber sido dictado *ultrapetita*. Posibilidad que, como es sabido, está recogida

en el art. v 1 c) del Convenio de Nueva York. El principal problema se plantea cuando, en aquellos ámbitos marcados por el orden público y la normativa imperativa, las dos fuentes del poder del árbitro se enfrentan. Las partes intentan esquivar la aplicación de determinadas disposiciones imperativas y el medio que pretenden utilizar para ello, es la institución de arbitraje. La difícil decisión del árbitro comporta la opción entre sus dos progenitores. Ha de decantarse entre su lealtad a las partes, por un lado, y su deber de aplicar el orden público o de declinar su competencia por inarbitrabilidad de la controversia en determinadas materias que le han sido confiadas por el Estado, por el otro lado.

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

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

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. GONZALO QUIROGA, M. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la Competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo*. Granada: Alhulia, 2003, pp. 87-129. PICÓ I JUNOY, J. «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales». *La Ley*, viernes 25 de febrero de 2005, n.º 6198, versión electrónica en www.laley.net. MEREMINSKAYA, E. «La relación entre arbitrabilidad y orden público en la jurisprudencia comparada». *Iuris Dictio*, Legis Editores, 2007. LOAUZA ZAPATA, A.I. *La arbitrabilidad en el nuevo estatuto de arbitraje internacional en Colombia*. Eafit, *Journal of International Law*, vol. 8/021, July-December, 2012. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje*, 2012.

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

ARBITRAJE

El arbitraje constituye un método de resolución extrajudicial de conflictos cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de una controversia jurídica, surgida o que pueda surgir en el futuro, a la decisión de uno o más árbitros elegidos directa o indirectamente por ellas mismas, excluyendo que los tribunales conozcan de la misma. El arbitraje, como proceso que es, se basa en el derecho de defensa de las partes y en el principio de igualdad. Las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales ordinarios. Las sentencias del Tribunal Constitucional español n.ºs 43/1988, 15/1989 y 62/1991 otorgaron al arbitraje la consideración de «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado; es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada o mediante el cual «las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil» (STC n.º 174/1995).

Existe un debate doctrinal en torno a la naturaleza del arbitraje, que ha dado lugar al surgimiento de diferentes teorías: a) las denominadas contractualistas o privatistas, que ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad, equiparable

a lo que sucede en cualquier contrato; b) las jurisdiccionalistas o procesalistas que asimilan las funciones de los árbitros a las del órgano judicial, sobre todo basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales; las intermedias o sincréticas, que mezclan las dos anteriores.

España se ha mostrado siempre receptiva a la necesidad de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en especial, del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y defender la unidad de criterios en su aplicación, a sabiendas de que ello podría, a su vez, colaborar para que el arbitraje se convirtiera en un medio más eficaz de solución de controversias. La Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, es una buena muestra de esta vocación, que ya antes estuvo presente en el Real Decreto n.º 1094/1981 de 22 de mayo de 1981, el cual serviría para animar al arbitraje comercial internacional. La Ley española n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la Cnudmi/Uncitral), recomendada por la Asamblea General en su Resolución n.º 40/72 de 11 de diciembre de 1985. Ello se debe a que la ley española sigue el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje, en general.

La Ley n.º 60/2003 de Arbitraje sufrió algunas modificaciones por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011. Entre otras modificaciones sustanciales operadas por ella, el art. 43 resalta que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Por el contrario, el art. 2 se mantiene intacto, referido éste a las materias objeto de arbitraje: «1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. 2. 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». Se pretende con esto último que el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

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

Entre los textos más importantes relativos al arbitraje se encuentran los siguientes: Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958; Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961; Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) de 1976; Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1982; Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de Cnudmi/Uncitral). Revisión de artículos concretos el 7 de julio de 2006; Notas de la Cnudmi sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996; Ley española n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. (BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109); Modificaciones operadas por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003; Recomendación relativa a la interpretación del art. II (2) y del art. VII (1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) de 2006; Versión revisada del Reglamento de arbitraje de la Cnudmi de 2010.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. GONZÁLEZ SORIA (COORD.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956. HINOJOSA SEGOVIA, R. *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006. LORCA NAVARRETE, A.M. *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. OPPETIT, B. *Teoría del Arbitraje*; traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores, 2006. HERMIDA DEL LLANO, C. «El arbitraje y Derecho comunitario europeo (a propósito de la solución extrajudicial de conflictos en el marco de ordenamientos supranacionales en mercados únicos)», Capítulo 21 del libro

colectivo *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palstra Editores, 2007, segunda parte, pp. 317-319.

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

ARBITRAJE *AD HOC*

El arbitraje, desde el punto de vista organizativo, puede ser *ad hoc* o institucional.

Es *ad hoc* aquél que las partes diseñan de forma específica, de modo que las propias partes y el árbitro regulan y administran u organizan el arbitraje. Normalmente en el arbitraje *ad hoc*, las propias partes designan al árbitro, pero también puede encomendarse su designación a un tercero, incluida una institución arbitral, o no hacerse referencia alguna al nombramiento del árbitro, haciéndose el mismo a través del mecanismo legal supletorio, que suele llevarse a cabo a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en sede judicial.

El arbitraje no deja de ser *ad hoc* por la sola intervención de una institución arbitral que lleve a cabo el «mandato» de designar al árbitro, como sucede en los supuestos en los que ello se encomienda al decano o presidente de una corporación o institución pública o privada. Tan sólo dejaría de ser *ad hoc* el arbitraje, si además de la designación del árbitro, se le encomienda a la institución que lo administre.

En efecto, al pactar la sumisión de controversias a arbitraje, las partes pueden convenir que el mismo sea administrado por una institución arbitral de conformidad con su reglamento o por el contrario, que de forma específica se regule por las normas que convengan las partes o bien por lo dispuesto, en defecto de pacto, en la legislación arbitral aplicable. En este segundo caso nos hallamos ante un arbitraje *ad hoc*, que se administra por las propias partes y por el árbitro. En el arbitraje *ad hoc* no existe una institución interpuesta entre ellos que lleve a cabo las tareas organizativas propias de la administración del arbitraje. Del mismo modo, son las propias partes quienes eligen las reglas que van a regir el arbitraje.

En cambio, el arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de un centro arbitral neutral e independiente de las partes, normalmente dotado de potestad normativa para regular conforme a su reglamento el inicio, desarrollo y conclusión del arbitraje, que lo administra y, en su caso, designa a los árbitros. Lo que configura al arbitraje como institucional no es la forma de designar al árbitro, sino la administración del arbitraje por parte de la institución arbitral designada por las partes a estos efectos, si bien lo más frecuente y uno de los fines esenciales perseguidos cuando se opta por el arbitraje institucional, es encargar, además, la designación del árbitro a la institución que lo administrará.

En el arbitraje institucional, a diferencia del arbitraje *ad hoc*, toda referencia a la voluntad de las partes se entiende implícita a las previsiones que sobre cada extremo prevea el reglamento de la institución arbitral, por lo que a menudo habrá que estar en primer lugar a lo que disponga el reglamento de la institución arbitral. El arbitraje *ad hoc* se adecúa mejor a la voluntad de las partes, porque el inicio, desarrollo y conclusión del arbitraje se rige, en general, por la voluntad de las partes.

Aunque en primer lugar hay que acudir a su regulación en la ley arbitral aplicable, ésta, en general, acostumbra a regularlo con carácter dispositivo. En este sentido, en los arbitrajes *ad hoc* hay que distinguir entre el inicio y constitución del arbitraje, el nombramiento del árbitro, el desarrollo del procedimiento arbitral y los actos posteriores a su finalización:

- a. Los actos iniciales del arbitraje (solicitud inicial y la integración del pacto arbitral) se regirán, en defecto de pacto, por la ley arbitral aplicable, habitualmente en forma de requerimiento entre las propias partes en lo que atañe a la solicitud inicial. La integración de los elementos potestativos del convenio arbitral no estipuladas por las partes, habrá que integrarlas en cada caso según lo previsto, con carácter supletorio, en la ley sobre el número de árbitros, tipo de arbitraje (derecho o equidad), el idioma y lugar del arbitraje, etc.
- b. El nombramiento del árbitro también se regirá, en defecto de pacto, por la ley arbitral aplicable, que remite a las partes al antes mencionado expediente o procedimiento de nombramiento de árbitro, nor-

malmente en sede judicial como expediente de jurisdicción voluntaria. Es decir, que en primer lugar, habrá que estarse a lo que las partes hayan pactado en cuanto al nombre del árbitro o a la forma de designarlo; y, en su defecto, deberá acudir al sistema legal supletorio de nombramiento de árbitros.

- c. La constitución del arbitraje, con la aceptación del árbitro o árbitros, su comunicación a las partes, se regirá, asimismo, en defecto de pacto, por la ley arbitral aplicable que habitualmente establece una presunción de rechazo del encargo arbitral deferido, si en un plazo determinado, no se comunica la aceptación. Aceptación que, a su vez, obliga a los árbitros a llevar a cabo de forma diligente y responsable el arbitraje encomendado.
- d. El diseño y desarrollo del procedimiento arbitral, aunque también se regirá, en defecto de pacto, por la ley arbitral aplicable, la mayor parte de las cuestiones de procedimiento se diferirán a la decisión del árbitro, en defecto de pacto entre las partes.
- e. Los actos posteriores a la finalización del procedimiento arbitral, constituyen, en su mayoría, actuaciones procesales de *ius cogens* (ejecución, acción de anulación, revisión) que se rigen por el ordenamiento jurídico aplicable en cada caso, sin perjuicio de los actos de mera administración (depósito del expediente, desglose de documentos, certificación de actos de notificación o del laudo, etc.) que en lo no previsto en la ley arbitral aplicable, habrá que estar a lo que decida el árbitro o árbitros sobre cada particular.

*Frederic Munné Catarina (Socio de Dret Privat Abogados.
Profesor de Derecho procesal en Èsade).*

ARBITRAJE AÉREO

1. Cuestiones generales

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

En el ámbito del arbitraje institucional, en primer lugar, destaca el arbitraje de la IATA (en inglés, *International Air Transport Association*; y en español, Asociación del Transporte Aéreo Internacional), fundada en 1945 y que integra, en la actualidad, a más de 250 compañías aéreas, que ha desarrollado como parte de su objeto social las denominadas *IATA Arbitration Rules*, cuya última versión es la adoptada en la 169.^a *Board of Governors*, en Río de Janeiro, el 30 de mayo de 1999. Dichas normas tienen como finalidad servir de marco predeterminado a aquellas partes que quieran someter sus disputas de Derecho aeronáutico al arbitraje. Conforme a tales normas, el procedimiento arbitral se inicia mediante solicitud cursada por el reclamante al Director General de IATA, que la remite a los reclamados para su contestación. El árbitro o árbitros designados libremente por las partes, cuentan con un plazo de seis meses para emitir el laudo; plazo que puede prorrogarse por tres meses, aunque no por el tribunal arbitral, sino por el Director General de la IATA.

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

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

La importancia del contrato de transporte aéreo internacional justifica el examen del arbitraje consagrado en el art. 34 del Convenio de Montreal de 1999 (en adelante, CM). Conviene tener en cuenta que el antecedente inmediato del citado precepto se encuentra en el último inciso del art. 32 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional; si bien,

al igual que el CM, el recurso al arbitraje se contempla sólo como excepción a la jurisdicción ordinaria, en los supuestos relativos al contrato de transporte de mercancías. En consecuencia, el arbitraje en el ámbito del transporte de personas y equipajes queda excluido al amparo del Convenio de Varsovia.

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

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

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

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

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

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

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

En primer lugar, se dispone como requisito necesario la forma escrita del acuerdo de sometimiento a arbitraje, lo que no implica que se exija la firma expresa de dicho convenio arbitral. No obstante, parece que la contestación a una reclamación arbitral, sin negar la existencia del pacto arbitral, debe vincular a las partes

y declarar válida la competencia de los árbitros frente a los cuales al reclamante le hubiere interesado la tutela arbitral para resolver la controversia.

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

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

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

Común al arbitraje derivado de los contratos de transporte, se suscita el problema de la oponibilidad de los efectos de la cláusula de arbitraje a sujetos que no son las partes originarias del contrato de transporte de mercancías; es decir, al expedidor y al transportista. La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral se refiere al destinatario de las mercancías y a las compañías aseguradoras del expedidor y del destinatario. En lo que respecta al destinatario, debe señalarse que, al contrario de lo que sucede con los conocimientos de embarque marítimos, las cartas de porte aéreo carecen de la naturaleza jurídica de título-valor. El CM no contempla la posibilidad de emitir cartas de porte aéreo negociables, a diferencia de lo previsto en el Convenio de Varsovia. En consecuencia, los derechos del destinatario de la mercancía en el transporte aéreo internacional no se amparan en la carta de porte aéreo sino en el propio CM, por lo que es discutible que se pueda oponer un pacto compromisorio contenido en una carta de porte, al destinatario de las mercancías. Por lo que a los aseguradores se refiere, se subrogan en la posición contractual de sus asegurados (art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro), quedando vinculados por la cláusula de arbitraje que pudiese haberse establecido en la carta de porte aéreo, siempre que tal vinculación fuere predicable respecto a sus asegurados.

4. Valoración final

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

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó.
Prof.^a de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE PAZ MARTÍN, J. *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*. Barcelona: Marcial Pons, 2006. GUERRERO LEBRÓN, M.J. *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. y J. LÓPEZ QUIROGA. «La resolución arbitral de conflictos en el contrato de transporte aéreo regulado en el Convenio de Montreal de 1999». *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, 2009, pp. 56-60. RUEDA VALDIVIA, R. «Responsabilidad del transportista aéreo internacional y arbitraje». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional.

ARBITRAJE AMBIENTAL

Se denomina arbitraje ambiental al método de resolver las controversias que suscita la protección del medio ambiente y el desarrollo económico y social a través de fórmulas no jurisdiccionales ordinarias. Apenas los Estados Unidos de América cuentan con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) de 1996), a través de técnicas que prevén expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de disputas en estas materias, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por la Agencia de Protección norteamericana en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.

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

Por otro lado, es frecuente que las legislaciones sobre procedimiento administrativo de los distintos Estados, permitan el sometimiento a arbitraje de los sujetos públicos territoriales en términos tan *sui generis* como limitados: cuando una ley específica y sectorial así lo justifique, y siempre que dicho eventual arbitraje se sustancie ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas; y, en cualquier caso, con respeto a los principios, garantías y plazos que esta ley de procedimiento general reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo expediente administrativo. En consecuencia, el marco del arbitraje de derecho público queda habitualmente limitado a la función sustitutiva de los métodos de impugnación administrativa ordinarios, siempre que una ley así lo prevea. Se contempla al arbitraje, en fin, como un sistema alternativo a la solución de conflictos ya constituidos formalmente, y no de evitación *ab initio* de los mismos desde su mismo origen.

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

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

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

En efecto, las normas de los distintos Estados suelen establecer la posibilidad de que sus administraciones públicas puedan concertar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos. E incluso prevén más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendadas esas propias administraciones, entre ellas, la protección del medio ambiente y el desarrollo económico de sus sociedades.

Por consiguiente, cualesquiera procedimientos administrativos ambientales pueden ser, *a priori*, resueltos en sede pública por medio de una terminación convencional, si bien ello se supedita a que las propias administraciones así lo deseen, toda vez que tienen dicho algunos tribunales constitucionales, como el espa-

ñol, que no cabe en dicho ordenamiento el arbitraje forzoso que impida o dificulte la función jurisdiccional (Ss.T.C. n.º 119/1993, o n.º 18/1994, entre otras).

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

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

(Autor: Javier Junceda, Profesor Titular de Derecho administrativo, Abogado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BUSTILLO BOLADO, R. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Navarra: Aranzadi, 2001. FERRET I JACAS, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35. JUNCEDA MORENO, J. «Arbitraje y Derecho del medio ambiente». En AA.VV. *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, Primera Parte, vol. 3, 2007, pp. 183-198. JUNCEDA MORENO, J. «Arbitraje ambiental: avances y desafíos». *Revista Peruana de Análisis, prevención y gestión de conflictos*. Lima, 2009, n.º 2, pp. 88-945. LÓPEZ MENUDO, F. «Arbitraje y Derecho público». *Justicia Administrativa*, 1999, n.º 2. ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. «El arbitraje de Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En SÁNCHEZ MORÓN, M., J.M. TRAYTER JIMÉNEZ y A. SÁNCHEZ BLANCO. *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. «El arbitraje de Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143. TORNOS MAS, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 1995, n.º 136. AA.VV. *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Terminación convencional de los procedimientos administrativos. Constitucionalidad del arbitraje. Arbitraje. Arbitrabilidad. Arbitraje de consumidores y usuarios. Jurisprudencia arbitral.

ARBITRAJE ARRENDATICIO

Como se deduce del propio nombre, el arbitraje arrendaticio es un tipo específico o especial de arbitraje (véase «arbitraje»): aquél resultante de relaciones contractuales arrendaticias, sean éstas urbanas o rústicas. Aplicando la definición general de arbitraje a este concreto ámbito, podemos decir que el arbitraje arrendaticio es aquel medio extrajudicial de resolución de conflictos que, teniendo su origen en el correspondiente convenio arbitral (véase «convenio arbitral»), trata de resolver disputas derivadas de relaciones arrendaticias, urbanas o rústicas, que se resuelven a través de una resolución denominada laudo (véase «laudo»), que puede ser dictado en derecho o en equidad (véanse «arbitraje de derecho» y «arbitraje de equidad»). En definitiva, con la expresión «arbitraje arrendaticio» se hace referencia al arbitraje que resuelve las disputas surgidas con ocasión de relaciones contractuales arrendaticias, cuya resolución suele encomendarse a instituciones o asociaciones privadas (véase, por ejemplo, «Asociación Europea de Arbitraje [“Acade”]»). Por tanto, cabe distinguir un arbitraje en arrendamientos rústicos y otro en arrendamientos urbanos, según sea la naturaleza de la relación contractual de la que derive el conflicto.

Centrándonos en el ordenamiento jurídico español, la Ley española n.º 49/2003 de 26 de noviembre de 2003, define los arrendamientos rústicos como aquéllos que se constituyen mediante un contrato por el que una parte cede a la otra de forma temporal una o varias fincas rústicas o parte de ellas para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta (art. 1). Pues bien, no cabe duda de que dicho ordenamiento admite el arbitraje en arrendamientos rústicos, pues el art. 34 de la mencionada ley así lo permite expresamente, bajo los términos «las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior (esto

es, sin perjuicio de que “el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley corresponderán a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil”), podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia».

Mayores problemas se presentan en sede de arrendamientos urbanos en lo que se refiere a la arbitrabilidad (véase «arbitrabilidad») o no de ciertas materias o conflictos surgidos en esta materia (a saber, los desahucios), como ahora explicaremos más detenidamente. Según la ley española que los regula actualmente, la Ley n.º 29/1994 de 24 de noviembre de 1994 (en adelante, LAU), «aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda» (art. 1), los primeros se definen como «aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (art. 2.1) y los segundos como «aquel arrendamiento que recayendo sobre una edificación tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior» (art. 3.1).

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

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

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

1. En primer lugar, por la declaración expresa del art. 39.5 LAU, según la cual las partes podían pactar el sometimiento de los litigios (sobre contratos suscritos bajo tal LAU) a los tribunales arbitrales, de acuerdo con lo establecido en la entonces vigente ley arbitral española (Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988). Dicho precepto fue suprimido o derogado por la posterior LEC.
2. En segundo lugar, por la modificación que dicha LAU (en concreto, por la Disposición Adicional Séptima) realiza del art. 30 de la entonces vigente ley arbitral española (la citada Ley n.º 36/1988), añadiendo un tercer apartado, a cuyo tenor literal «en los procedimientos arbitrales que traigan causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a falta de pacto expreso de las partes, los árbitros deberán dictar el laudo en el término de tres meses, contado como se dispone en el número 1 de este artículo». La vigente LA ya no ha hecho distinción alguna en cuanto al tiempo para laudar, siendo, en principio, el de seis meses para resolver los conflictos derivados de toda materia, sea o no arrendaticia urbana.
3. Y, por último, la propia Exposición de Motivos de la LAU pergeña que hay que «recordar la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral». Fíjese que se habla de «recordar», término que por propio significado implica la afirmación de que previamente también cabía la posibilidad de someter a arbitraje la materia arrendaticia, que nunca debió «contaminarse» con los planteamientos de *ius cogens* del adjetivismo jurisdiccionalista (LORCA NAVARRETE), de forma que durante la vigencia de la anterior Ley española de Arrendamientos Urbanos de 1964 y del art. 1561 (párrafo 1) de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1881 (cuyo

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

Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia, inclusive entrada en vigor la actual LEC de 2000, han mostrado posturas contrarias o contradictorias al respecto (que –insistimos– parten incluso de un concepto diferente de desahucio, del que posee en sentido estricto) desde muy distintos puntos de vista, es decir, justificando la arbitrabilidad o no de las materias arrendaticias urbanas con argumentos bien diferentes. Así, por ejemplo, algunos autores han defendido su arbitrabilidad equiparando el arbitraje a una institución plenamente jurisdiccional, mientras otros defienden que cabe el arbitraje por ser toda la materia arrendaticia urbana disponible, salvo algunas excepciones en que existen normas imperativas, lo que no es óbice para dicha arbitrabilidad, condicionada a su aplicación por los árbitros (véase «arbitrabilidades condicionadas»).

Pero, también es cierto que la tendencia generalizada de la doctrina y jurisprudencia parece decantarse por la arbitrabilidad de las materias arrendaticias «plenarias», aunque –reiteramos–, lamentablemente, no existe unanimidad. Y ello a pesar de que la vigente LAU fue clara al respecto, como se ha expuesto *supra*, y nada parece impedirlo en la vigente LEC de 2000 y con su entrada en vigor: al derogar ésta los arts. 38 a 40 de la LAU, simplemente quiso eliminar los trámites procesales especiales contenidos en las mismas para los procesos en materia arrendaticia, sin que ello deba suponer que hubo un cambio de criterio sobre la posibilidad de que la materia arrendaticia pudiera ser sometida a arbitraje. Como ha indicado y reiterado la propia jurisprudencia, «la finalidad de la disposición derogatoria única de la L.E.C.1/2000 era eliminar la maraña de procesos especiales diseminada por todo el ordenamiento jurídico, pero no suprimir la posibilidad del arbitraje arrendaticio convirtiendo en indisponible una materia que lo es esencialmente» (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid –Sección 14.ª– n.º 258/2010 de 17 noviembre de 2010 [JUR 2011, 36516]).

Por citar algunas de las resoluciones de la jurisprudencia menor más recientes, cabe destacar, en sede de ejecución del laudo arbitral, el precitado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) n.º 258/2010 de 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 36516), que admite, sin lugar a dudas, el arbitraje en litigios de arrendamientos urbanos, correctamente haciendo especial hincapié en que la regulación del contrato de arrendamiento, mediante normas imperativas, no significa la existencia de un derecho indisponible que impida el arbitraje: las partes sólo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable ni a sus normas imperativas, «de modo que el árbitro será el que deba aplicar las mismas» (Auto n.º 146/2010 de 10 de junio de 2010 de la Sección 14.ª de la AP de Madrid [AC 2010, 1247], Razonamiento Jurídico Tercero). Otras resoluciones que pueden verse en igual sentido son el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) n.º 344/2010 de 15 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 78213); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) n.º 209/2010 de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 37143); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) n.º 250/2010 de 11 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 36045); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) n.º 270/2010 de 27 de octubre de 2010 (AC 2010, 2056); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) n.º 272/2010 de 20 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36164); y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) n.º 240/2010 de 20 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36493).

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

Sin embargo, desde una posición contraria o adversa, algunos juzgados y tribunales se niegan a ejecutar los laudos contra los arrendatarios inquilinos o bien anulan laudos tras haberse ejercitado la correspondiente acción de anulación por el arrendatario inquilino argumentándolo o considerando (así puede resumirse), por

un lado, que la materia arrendaticia comporta derechos indisponibles para las partes (por derivar de normas imperativas y ser irrenunciables –arts. 4.1 y 6 LAU–); y, por tanto, inarbitrables conforme al art. 2.1 LA (a cuyo tenor «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»); derechos indisponibles que, por otro lado y en íntima relación, son susceptibles de vulnerarse en los casos de resolución del conflicto mediante arbitraje de equidad; y, por último, que existen normas procesales –ya no las mencionadas materiales– sobre arrendamientos que poseen carácter imperativo, como las relativas a la determinación del órgano judicial territorialmente competente para conocer de los juicios sobre arrendamiento de inmuebles y los de desahucio (art. 52.1.7º LEC) o la posible enervación del desahucio (art. 22.4 LEC).

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

Nos resulta difícil entender la reticencia y poca confianza que algunos tribunales manifiestan respecto de la arbitralidad de esta materia arrendaticia, sobre todo cuando existe una clara tendencia doctrinal y jurisprudencial y una sentada postura, incluso del propio Tribunal Supremo, aunque en relación con la admisión del arbitraje en materia de Derecho societario (*vid.*, por ejemplo, las sentencias de 21 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1193], de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1118], de 30 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9855] y de 26 de julio de 2003 [RJ 2003, 5861], así como, citando a estas dos últimas, el reciente Auto de la AP de Zaragoza [Sección 15.ª] n.º 63 de 12 de febrero de 2010 [AC 2010, 1098]), también «impregnado» de numerosas normas necesarias o de *ius cogens*, en virtud de la cual la existencia de normas imperativas no es obstáculo para someter el asunto regulado por las mismas a arbitraje (no hay que confundir imperatividad con indisponibilidad). En este sentido, no habría por qué impedir un arbitraje para solucionar un problema arrendaticio urbano, sea en derecho o en equidad, siempre y cuando –claro está– si en el concreto conflicto hay normas imperativas en juego, éstas sean aplicadas por el árbitro. De no ser así, cabría pretender la anulación del laudo *ex art.* 41.1.f) LA (por vulneración del orden público) cuando el órgano competente para conocer de esta acción de anulación, estimase que dicha inaplicación es de tal entidad que constituye un atentado contra dicho orden.

Y no sólo eso. No cabe duda de que el mecanismo procesal de la enervación es una garantía para el arrendador de la que puede hacer uso y valerse el arrendatario; pero precisamente por eso –porque es una posibilidad– no cabe afirmar que estamos ante normas imperativas ni mucho menos aplicables al arbitraje (téngase en cuenta que partimos de la naturaleza procesal de la enervación; pero, si la consideráramos sustantiva, habría que concluir que «deberá siempre concederse la posibilidad al arrendatario de poder detener el procedimiento arbitral poniendo a disposición del arrendador las cantidades adeudadas» –Santos Martínez–). Si bien el arbitraje es también un proceso como el judicial –aunque mucho más flexible–, regido por los mismos principios de audiencia, contradicción e igualdad, lo cierto es que nos movemos ante planos diferentes: jurisdicción y arbitraje, de forma que los órganos arbitrales no son órganos jurisdiccionales, pese a su reconocida equivalencia reiterada por el Tribunal Constitucional (derivada, fundamentalmente, por la eficacia de los laudos equiparable a la de las sentencias: ambos son títulos ejecutivos). Por ello, ya es hora de dejar de lado ese empeño de pretender trasladar y aplicar al arbitraje normas pensadas única y exclusivamente para el proceso judicial y que sólo en esta sede tienen su sentido; y, en su caso (como la competencia territorial para conocer de los procesos de arrendamiento de inmuebles y desahucios, no así la posible enervación), carácter imperativo.

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

En cualquier caso, no compartimos la postura de aquellos abogados que atribuyen la «culpa» de dicha situación desconcertante a la falta de información proporcionada por las instituciones arbitrales. Así, si estamos ante cualquiera de los laudos dictados, por ejemplo, por la Corte Vasca de Arbitraje en la materia que está

siendo estudiada, puede observarse cómo se proporcionan argumentos jurídicos más que suficientes (dado que existen) para sostener la arbitralidad de la controversia. El problema reside en la reticencia o enorme desconfianza de los tribunales en el arbitraje y en su incorrecta interpretación de las leyes.

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

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

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

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

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

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

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

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORTÉS FRESCO, J.M. «Arbitraje en arrendamientos urbanos». En *Togas.biz*, n.º 73, 25 de octubre de 2007, edición electrónica (EDB 2007/376631): online.elderecho.com, consultada por última vez en marzo del 2011. LORCA NAVARRETE, A.M.^a *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. *Idem*, «La admisión del desahucio arbitral por la jurisprudencia». En *diariojuridico.com*, publicado el 14.10.2010 y consultado por última vez en marzo del 2011. MARCOS FRANCISCO, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, especialmente, pp. 82-93. MARCOS FRANCISCO, D. «La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios». En *Diario La Ley*, n.º 7624, «Sección Doctrina», 6 de mayo de 2011, pp. 1-12. MARTÍN BERNAL, J.M. «El poder de disposición en el arbitraje y en concreto en materia arrendaticia (i) y (ii)». En *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, n.º 57, mayo 2009, edición electrónica (EDB 2009/25385 y EDB 2009/42405, respectivamente): online.elderecho.com. MATEU, C. *Los riesgos del arbitraje en arrendamientos urbanos*, disponible en http://www.urbanoticias.com/noticias/hemeroteca/14713_los-riesgos-del-arbitraje-en-arrendamientos.shtml, publicada el 15 de octubre de 2010 y consultada en marzo del 2011. MONTERO AROCA, J. *Comentario al art. 2. Materias objeto de arbitraje*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson-Civitas, 2011, esp. pp. 153-157. MUÑOZ GONZÁLEZ, L. «El desahucio arbitral». En *Actualidad Civil*, n.º 3, 1997, pp. 169-182. SANTOS MARTÍNEZ, A.M. «La evolución del juicio de desahucio: de la partida 5.ª a la aplicación de la técnica del monitorio y uso de los ADR». En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 1, 2013, pp. 55-86.

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

ARBITRAJE COMERCIAL

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

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

1. En primer lugar, que en el ámbito comercial lo normal es acudir a una institución a la que se atribuya el encargo de administrar el arbitraje. Es decir, lo habitual es que los arbitrajes comerciales sean gestionados por instituciones existentes al efecto, ya sea para resolver asuntos de ámbito nacional, esto es, arbitrajes comerciales internos o domésticos o, si se prefiere, nacionales (véase «arbitraje nacional»), vinculados exclusivamente con un único país, o de ámbito internacional (véase «arbitraje comercial internacional») para resolver arbitrajes comerciales de este otro tipo (piénsese, por ejemplo, en el arbitraje institucional, tanto nacional como internacional, ofrecido en España por las Cortes de Arbitraje de las distintas Cámaras de Comercio, Industria y Navegación o por la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación o, fuera de España, en el arbitraje ofrecido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París). En resumen, aunque cabe la posibilidad de acudir a un arbitraje *ad hoc* (véase «arbitraje *ad hoc*») en el ámbito comercial, esto es, de que existan arbitrajes comerciales *ad hoc*, esto es algo excepcional, siendo lo normal la existencia de arbitrajes comerciales institucionales (véase «arbitraje institucional»). Y todo ello sin perjuicio de que existen arbitrajes comerciales de carácter institucional para resolver los conflictos surgidos en determinados sectores de la actividad empresarial (véase, por ejemplo, «arbitraje aeronáutico»).
2. En segundo lugar, circunscribiéndonos a los arbitrajes internos, que la expresión de «relaciones comerciales o mercantiles» y el término o concepto de «empresario» conviene interpretarse en el ordenamiento jurídico español en un sentido amplio, esto es, abarcando «a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (art. 4 del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por

el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007); concepto que viene a acoger el propio de la normativa comunitaria.

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

Expliquemos esto más detenidamente. Frente a la regla de la equidad del art. 4 de la anterior ley arbitral española de 1988, el art. 34.1 de la vigente ley arbitral (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003 –en adelante, LA–) postula expresamente que los árbitros «sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello». La Exposición de Motivos de dicha LA (apartado VII) justificaba tal cambio en dos razones; a saber, la adaptación de nuestro ordenamiento a «la orientación más generalizada en el panorama comparado» y a las dudas de que la verdadera voluntad de las partes que se someten a arbitraje sin especificar la modalidad (en derecho o equidad) sea la de optar por la segunda. Estas razones, siguiendo a ESPLUGUES MOTA, ya eran susceptibles de ser cuestionadas. Por un lado, dicha orientación no es tan manifiesta como parece en el estricto plano nacional; por otro, quizá lo más sorprendente, el legislador, al regular dicha ley arbitral, cerraba los ojos a la práctica tan generalizada del uso del arbitraje de equidad (dadas sus ventajas) incluso desde la arcaica Ley española de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que contenía una regla similar a la actual; y, por otro lado, cabe preguntarse desde cuándo un legislador debe apoyarse en argumentos puramente subjetivos que no hacen sino mostrar su desconfianza por la equidad. Parecieron los legisladores olvidar que equidad no es arbitrariedad, sino resolución según el leal saber y entender de los árbitros. Y parece el legislador olvidar las ventajas de la equidad, como la de permitir a los árbitros decidir la controversia conforme a criterios flexibles y adecuados a las circunstancias del caso concreto; solución que parece la más coherente con un proceso (el arbitral) donde no es preceptiva la postulación procesal y el formalismo y rigurosidad propios del proceso judicial, quedan en el olvido.

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

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

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. *Diccionario jurídico*. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (coord.). Pamplona: Aranzadi, 2012. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson-Civitas, 2011. AA.VV. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. Doctrina, jurisprudencia, formularios, legislación*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.). Barcelona: Bosch, 2004, tomos I y II. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. AA.VV. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. MATEO SANZ, J.B. (coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.) Navarra: Aranzadi, 2004. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. LORCA NAVARRETE, A.M.^a *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. ARIAS LOZANO, D. (coord.). Navarra: Aranzadi, 2005. CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. MARTÍN MUÑOZ, A. y S. HIERRO ANIBARRO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. AA.VV. *La nueva Ley de Arbitraje*. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (dir.). Lima: Editorial CGPJ, 2006, 1.ª ed. LORCA NAVARRETE, A.M.^a «Se aprueba el proyecto de ley que reformará la vigente Ley de Arbitraje». En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, n.º 3, pp. 625-627.

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

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

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

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

En este sentido, necesariamente hay que traer a colación la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 («Ley Modelo Uncitral»), importantísimo texto de *soft law* seguido por un gran número de Estados que, precisamente, restringe o circunscribe su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales de carácter comercial (quedando fuera, por tanto, otros arbitrajes como, por ejemplo, los arbitrajes de consumo o de consumidores y usuarios internacionales). Igualmente, resulta de obligada referencia el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (véase «Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra)»), así como el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (véase Convenio de Nueva York de 1958 [Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras]), aunque este último no circunscrito al arbitraje comercial internacional.

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

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

- 1.1. Si nos ceñimos al Convenio de Nueva York, su ámbito de aplicación aparece recogido en su art. I.1, a cuyo tenor literal:

La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o

jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

1.2. Por su parte, el Convenio de Ginebra regula su ámbito de aplicación en su art. 1.1.a) y b), diciendo que se aplica a:

- a. A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes;
- b. A los procedimientos y laudos arbitrales basados en los acuerdos o compromisos a que se alude más arriba en el párrafo 3.a) de este artículo. A pesar de que esta Convención nada dice sobre el concepto de «operaciones de comercio internacional», se ha aceptado unánimemente que las mismas tienen lugar cuando exista un movimiento transfronterizo de bienes, servicios y capitales.

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

Un arbitraje es internacional si:

- a. las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b. uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i. el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - iii. las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

[...]

4. A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

- a. si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
- b. si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

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

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

de su Código de Procedimiento Civil), incluyen expresamente en este término los «servicios profesionales». Centrándonos en la reciente Ley n.º 8937 de 27 de abril de 2011 –Ley de la República de Costa Rica sobre Arbitraje Comercial Internacional–, basada en la Ley Modelo, la misma incorpora literalmente el significado de las expresiones «internacional» (art. 1.3) y «comercial» (art. 2.g) contemplado por esta ley.

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

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

Una prueba del mencionado éxito del arbitraje comercial internacional son las estadísticas que anualmente publican las instituciones especializadas en su administración (téngase en cuenta que, al igual que ocurre con el arbitraje comercial de carácter interno, lo normal es que los de carácter internacional se gestionen por instituciones al efecto, y no que sean arbitrajes *ad hoc*), que manifiestan un aumento de los arbitrajes gestionados y resueltos. Así, por ejemplo, en el año 2008 la Corte de la Cámara de Comercio Internacional recibió 663 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos; en el 2009, tal Corte recibió 407 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos; en el año 2010, dicha Corte recibió 793 demandas de arbitraje y se dictaron 478 laudos; en el año 2011, la Corte recibió 796 demandas de arbitraje, de las cuales derivaron 508 laudos; y, en el año 2012, la repetida Corte recibió 759 solicitudes de arbitraje y se dictaron 491 laudos (*vid.* <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>).

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

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. *Comentarios a la ley de arbitraje* (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003). BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson-Civitas, 2011. AA.VV. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. Doctrina, jurisprudencia, formularios, legislación*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.). Barcelona: Bosch, 2004, tomos I y II. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. AA.VV. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. MATEO SANZ, J.B. (coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.). Navarra: Aranzadi, 2004. AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. ARIAS LOZANO, D. (coord.). Navarra: Aranzadi, 2005. AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. MARTÍN MUÑOZ, A. y S. HIERRO ANIBARRO. (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. AA.VV. *La nueva Ley de Arbitraje*. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.). Madrid: Editorial CGPJ, 2006, 1.ª ed. AA.VV. CONEJERO ROOS, C., A. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, MACCHIA, V. y C. SOTO COAGUILA. (coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. La Ley, 2012. BINDER, P. *International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions*. Madrid: Thomson Reuters, 2010. ARIAS LOZANO, D. «El arbitraje internacional». En AA.VV. *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*. SÁEZ HIDALGO, I. y A. DORREGO DE CARLOS. (dir.). Madrid: Thomson Reuters, 2013, pp. 213-226. CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. CRAIG, W.L. W. PARK y J. PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana, 2000, 3.ª ed., pp. 550-551. GÓMEZ JENE, M. *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*. Majadahonda: Colex, 2007. LORCA NAVARRETE, A. M.ª *Comenta-*

rios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. MARTÍNEZ-FRAGA, P.J. *The American influence on international commercial arbitration. Doctrinal developments and discovery methods*. Cambridge, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Arbitraje. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje comercial. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Arbitraje institucional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Cámara de Comercio Internacional (CCI). Control judicial (del arbitraje). Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra). Exequátur. Laudo. Ley Modelo Uncitral. Sistema monista *versus* sistema dualista.

ARBITRAJE CONCURSAL INTERNACIONAL

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

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

Sobre la base de la normativa comunitaria, el concurso internacional se regula también en el ordenamiento jurídico español interno, en concreto en los arts. 10, 11 y 199 a 230 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal. Esta norma recoge fielmente el modelo seguido en el Reglamento Comunitario, que se caracteriza por dejar prácticamente sin efecto, la *vis attractiva concursus* que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de concurso nacional, queda muy suavizada, respetándose así la mayoría de reglas generales ordinarias o extraconcursoales de competencia.

Además, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal española hace referencia a la perspectiva internacional, mencionando no sólo el Reglamento Comunitario, sino también la Ley Modelo Uncitral sobre Insolvencia Transfronteriza recomendada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución n.º 52/158 de 15 de diciembre de 1997.

Para conocer si nos encontramos ante un convenio arbitral internacional, habrá que comprobar si concurre alguno de los requisitos del art. 3 de la Ley española de Arbitraje que permiten calificar el arbitraje como internacional.

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

Si se entiende que prevalece la naturaleza contractual, a estos convenios arbitrales celebrados antes de la declaración de concurso, se les aplicará lo dispuesto en la *lex fori concursus*. Así, si el procedimiento concursal internacional se abriera en España, se aplicaría lo dispuesto en el art. 52.1 de la Ley Concursal.

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

Hasta el 1 de junio de 2011, el art. 52.1 de la Ley Concursal establecía que el convenio arbitral perdería su validez y eficacia durante la tramitación del concurso. Sin embargo, a raíz de las modificaciones introducidas por la Ley n.º 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje, el art. 52.1 de la Ley Concursal también se ha visto afectado y, actualmente, la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Esta modificación del art. 52.1 de la Ley Concursal resultaba necesaria, ya que antes de la reforma, su tenor resultaba contradictorio con el sentido de la normativa concursal internacional.

En todo caso, tanto en su redacción anterior como en la vigente, el art. 52.1 de la Ley Concursal deja a salvo lo dispuesto en los tratados internacionales. Esta remisión a los tratados internacionales ha de entenderse efectuada a los convenios de arbitraje ratificados por España, como son el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1962.

La doctrina española considera que la remisión a los tratados internacionales es innecesaria, por cuanto la supremacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento interno español, se desprende del art. 96.1 de la Constitución española y porque, además, actualmente no existe ningún texto convencional en vigor que regule el tratamiento concursal del convenio arbitral.

Tanto el Reglamento Europeo de Insolvencia (aplicable a los concursos intracomunitarios) como las normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal (para el resto de supuestos internacionales), dejan, prácticamente, sin efecto el principio de *vis attractiva concursus* y mantienen la vigencia de las reglas competenciales ordinarias para el conocimiento de las acciones civiles con transcendencia patrimonial para el concursado.

Asimismo, el propio art. 11 de la Ley Concursal limita significativamente la jurisdicción del juez del concurso en el ámbito internacional, que comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.

En todo caso, lo importante es tener en cuenta que el art. 52.1 de la Ley Concursal sólo se aplicará a concursos internos o nacionales, mientras que cuando nos encontremos ante un concurso transfronterizo o internacional, por aplicación del art. 10 de la Ley Concursal, habrá que acudir al Reglamento Comunitario o, en su caso, a los convenios internacionales suscritos por España y, de forma subsidiaria, a las normas de Derecho internacional privado recogidas en los arts. 199 y siguientes de la propia Ley Concursal.

Las reglas sobre concurso internacional rechazan la *vis attractiva concursus* y no modifican las reglas de competencia extraconcursales o arbitrales. A través del convenio arbitral las partes fijan el marco competencial en el que desean resolver las eventuales controversias que pudieran surgir entre ellas y el sistema concursal internacional obliga a respetar esa decisión. El hecho de que el marco competencial seleccionado por las partes atribuya la competencia a unos árbitros en lugar de a jueces estatales, carece de relevancia a efectos concursales.

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

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

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

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

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

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

La regulación de los efectos que produce la declaración de concurso sobre un convenio arbitral suscrito por el deudor, no es uniforme en Derecho comparado, si bien se puede afirmar que existe una tendencia mayoritaria favorable al mantenimiento de la validez y eficacia de los convenios arbitrales en los que sea parte un concursado, como consecuencia del rechazo casi absoluto de la *vis attractiva concursus* internacional.

Quedan excluidas de esta tendencia aquellas cuestiones puramente concursales, relativas a la propia tramitación del procedimiento concursal que, evidentemente, no podrán ser sometidas a arbitraje. En cambio, respecto de aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial para el concursado que se hubiesen planteado con independencia de la declaración de concurso, la mayoría de los ordenamientos jurídicos defienden el mantenimiento de las reglas competenciales ordinarias; y, por tanto, la posibilidad de que se inicien arbitrajes para resolver estas disputas a pesar de la declaración de concurso de una de las partes.

Por ejemplo, Suiza y Alemania son los países en los que la *vis attractiva concursus* tiene menor trascendencia, sin perjuicio de que determinados aspectos procesales de la tramitación del procedimiento arbitral se puedan ver alterados como consecuencia de la declaración de concurso de una de las partes. En estos dos ordenamientos se admite, incluso, la arbitrabilidad de aquellas controversias de naturaleza mixta, que combinan rasgos concursales y extraconcursales.

En Holanda y Francia la declaración de concurso no afecta a la validez del convenio arbitral, que mantiene su eficacia siempre que la materia de la disputa fuera arbitrable, incluyendo, por ejemplo, las acciones civiles que afecten al patrimonio del concursado. Sin embargo, las cuestiones mixtas que incluyen aspectos concursales y extraconcursales quedarán excluidas del arbitraje.

Por otro lado, en los Estados Unidos de América e Inglaterra se admite la validez del convenio arbitral, mientras que no resulte perjudicial para la masa del concurso, y tanto las acciones que tienen su fundamento en la legislación concursal como aquéllas que sólo pueden ser suscitadas en el marco de un concurso, tendrán vetado el acceso al arbitraje.

También en Italia la doctrina y jurisprudencia tienden a respetar la validez del convenio arbitral, incluyendo las acciones declarativas de créditos frente a la masa, aunque no existe regulación específica sobre la materia.

Por tanto, la regulación internacional resulta acorde con el sentido de la redacción actual del art. 52.1 de la Ley Concursal y se caracteriza por no contemplar la pérdida de eficacia de los convenios arbitrales en caso de declaración de concurso y restringir la *vis attractiva* concursal.

De hecho, en nuestro entorno, sólo el ordenamiento polaco mantiene una regla tan estricta como la que existía con el antiguo art. 52.1 de la Ley Concursal. El art. 142 de la Ley Concursal polaca, en lugar de declarar la suspensión de los efectos de los convenios arbitrales concluidos por el deudor con anterioridad a la declaración de apertura, impone directamente su nulidad e ineficacia.

Por su parte, la práctica que vienen consolidando los tribunales arbitrales cuando se encuentran con supuestos de concursos de acreedores internacionales es la de continuar con el procedimiento arbitral hasta que sea dictado el laudo, y ello porque se considera que los árbitros carecen de *lex fori*; y, por tanto, no están vinculados por las normas de un determinado Estado.

En concreto, cuando la sede del arbitraje está en un país distinto que el del concurso, los tribunales arbitrales no tienen en consideración las limitaciones que puedan venir impuestas por la legislación concursal. En cambio, si la sede del arbitraje coincide con el lugar donde se ha abierto el concurso, los árbitros suelen respetar las limitaciones que les vengan impuestas por la legislación concursal nacional, ya que de lo contrario el laudo podría ser anulable por contravenir normas de orden público internacional, lo cual impediría su ejecución.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HEREDIA CERVANTES, I. *Arbitraje y concurso internacional*. Cuadernos Civitas, 2008. HEREDIA CERVANTES, I. En *Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del art. 52.1 de la Ley Concursal*. Diario *La Ley* n.º 7576 de 24 de febrero de 2011. AA. VV. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011. PÉREZ-CRUZ, Martín A. «El arbitraje y el concurso de acreedores». En *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 246. GONZÁLEZ MONTES, J. «Arbitraje y concurso de acreedores». En *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*. GONZÁLEZ MONTES, J. (coord.). La Ley, 2008, p. 375. BELTRÁN, E. y J. GARCÍA CRUCES. *Enciclopedia de Derecho concursal*. Navarra: Aranzadi, 2012, tomo I, p. 325. ALONSO PUIG, J.M. y V. BONNIN REYNÉS. «Arbitraje y concurso». En *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*. DE FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. y M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 899. GARCÍA BARTOLOMÉ, D. «Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley n.º 11/2011». En *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*. DAMIÁN MORENO, J. (dir.). La Ley, 2011, p. 211.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje concursal nacional. Convenio arbitral. Competencia sobre la competencia.

ARBITRAJE CON MULTIPLICIDAD DE PARTES O LITISCONSORCIAL Y ARBITRAJE MULTICONTRATO

1. *Arbitraje multipartes o con multiplicidad de partes*

El «arbitraje con multiplicidad de partes» o «multipartes» (si se opta una traducción más literal de la expresión inglesa «*multiparty arbitration*») ha sido definido como el procedimiento arbitral en el que se ven involucradas más de dos partes. No coincide, por tanto, con la configuración de un procedimiento arbitral considerado «normal», en cuya virtud sólo media un único sujeto del lado de la parte demandante y un único sujeto del lado de la parte demandada.

Aunque esta definición sea generalmente aceptada, son diversos los interrogantes derivados, principalmente, con motivo de las diferentes concepciones presentes en los sistemas jurídicos en torno al término «parte».

De hecho, si, por ejemplo, se considera como «parte» todo sujeto con personalidad jurídica distinta, que actúa en un procedimiento arbitral, estaremos ante un arbitraje multipartes, toda vez que dos sujetos jurídicamente independientes proponen conjuntamente una demanda de arbitraje con *causa petendi* y *petitum* idénticos (en este caso, tendremos dos partes demandantes). Igualmente, tendremos un arbitraje multipartes cada vez que se verifique un litisconsorcio necesario (por lo menos, en los supuestos de litisconsorcio necesario activo). Sobre la noción de «Litisconsorcio» *vid.* su correspondiente voz.

Mas si se atiende a la noción de «parte» desde un punto de vista procesal, se podría entender que dos sujetos jurídicamente distintos que actúan en el arbitraje conjuntamente (con una representación legal única, nombrando conjuntamente al árbitro de parte y sin realización de tramitaciones procesales distintas) con identidad de *causa petendi* y *petitum* y, sin que medie una posición, actual o potencial, de conflicto entre ellas, merecerán la calificación de una única parte; y, en definitiva, no se estará ante un arbitraje con multiplicidad de partes.

La existencia o no de una multiplicidad de partes en el procedimiento arbitral, y las consecuencias que deriven de esta cualificación, dependerá, caso por caso, de las disposiciones legales aplicables (*lex loci arbitri*, *lex fori*, *lex contractus*, etc.) así como de las reglas convencionalmente elegidas por las partes (las disposiciones del reglamento de la institución arbitral o las disposiciones *ad hoc* sobre el procedimiento arbitral fijadas en el convenio arbitral, etc.).

El procedimiento arbitral puede surgir (i) desde el principio como «multipartes» o (ii) devenirlo con ocasión de las actuaciones procesales de las partes (actuales o futuras) y de las decisiones procedimentales de los árbitros.

- (i) En el primer caso es la decisión de la parte demandante o por imperio de la ley, la determinante de la existencia de una multiplicidad de partes en el arbitraje: en casos de litisconsorcio –activo o pasivo– la ley en su caso puede imponer una composición plurisubjetiva de la parte demandante o demandada y la consiguiente naturaleza «multipartes» del arbitraje. En el caso de litisconsorcio voluntario es la parte demandante, quien con motivo de la interposición de la demanda, decide presentarla con pluralidad de partes, ya sea actores o demandados, o incluso, ambos simultáneamente.

- (ii) En el segundo caso, el arbitraje deviene «multipartes» como consecuencia directa de las actuaciones procesales de las partes originarias del procedimiento (*joinder of signatories* o *non signatories*) o de los árbitros en respuesta a la demanda de las partes (consolidación) o de terceros (intervención).

En este sentido, numerosas instituciones arbitrales han adoptado reglamentos que disciplinan específicamente los casos de *joinder* (ver art. 7 y 8 de las *ICC Rules of Arbitration*, art. 22 de las *LCIA Rules*, art. 24 de las *SIAC Rules*), de *consolidation* (art. 10 de las *ICC Rules* y art. 22.1-x de las *LCIA Rules* 2014) e *intervention* (Regla 43 de las *JCAA Rules*).

Algunos autores han definido el arbitraje que ve involucrada una multiplicidad de partes como «arbitraje litisconsorcial», en cuanto supone la existencia de un litisconsorcio (sea eso necesario, inicial o sucesivo, voluntario, del lado activo o pasivo). Esta definición parece la más adecuada para comprender todos los casos de arbitraje con multiplicidad de partes y adaptada a la terminología legal utilizada en los países hispanohablantes y de tradición jurídica romanista.

2. Arbitraje multicontrato

Se puede considerar arbitraje multicontrato el procedimiento arbitral en virtud del cual dos partes interponen demandas (directamente o en vía reconvenzional) fundadas en una multiplicidad de contratos distintos, si bien relacionados entre sí.

No es raro que dos entidades suscriban una multiplicidad de contratos, relacionados entre sí, con el objetivo de realizar —por ejemplo— una *joint venture* o una construcción de grande tamaño (contratos de *joint venture*, de financiamiento, acuerdos entre accionistas, contratos de suministro, de construcción, de consultoría, de asistencia técnica, de prestación de servicios, etc.).

Para que los eventuales conflictos surgidos en relación a distintos contratos puedan ser resueltos en el ámbito de un único procedimiento arbitral, y que todos los implicados se vean válidamente inmersos en un único procedimiento arbitral, es necesario que se cumplan una serie de requisitos: (1) que las partes en el arbitraje sean partes de los contratos objeto del arbitraje, (2) que los diferentes contratos confluyan en la misma transacción (considerada en sentido amplio) y (3) que los mecanismos de resolución de conflictos acordados en todos los contratos sean idénticos o compatibles.

El escenario más sencillo de multicontrato es aquél en el que sólo median dos partes (demandante y demandado). Sin embargo, en la realidad, la mayoría de los arbitrajes multicontrato involucran también una multiplicidad de partes (por ejemplo: el contratante, el constructor de la obra, sus sub-suministradores, los servicios de logística, etc.) y una multiplicidad de contratos que no todas las partes han firmado o han aceptado expresamente. Se puede acumular o consolidar en un único procedimiento arbitral todas las demandas originadas en relación a diferentes contratos, si la situación concreta lo permite. Algunas disposiciones nacionales prevén, en el caso de arbitraje multicontrato, someter esta cuestión a la decisión de los tribunales; la decisión favorable a la acumulación o consolidación obliga a las partes, incluso aquéllas que manifestaron su oposición a la misma. La finalidad primaria de un único procedimiento arbitral radica en su mayor rapidez, menor coste económico y al mismo tiempo, evitar decisiones contradictorias (es el caso, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, art. 1046 o de la Hong Kong «*Arbitration Ordinance*» sobre el Capítulo 341, Section 6B de 30 de junio de 1997).

(Autor: Emilio Paolo Villano. Abogado en EDGE Legal. Bruselas.
Presidente del Capítulo Belga del Club Español del Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. International Arbitration Law Library. Londres: Kluwer Law International, 2006, vol. 14. STRONG, S.I. *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*. Oxford University Press, 2013. HANOTIAU, Bernard y Eric E. SCHWARTZ. *Multiparty Arbitration*. Londres: Wolters Kluwer Law & Business, 2015. YOUSSEF, Karim. «*Inter alia: Consent in Context*». *Fulfilling the Promise of International Arbitration. Multiparty, Multi-Contract and Non-Contract Arbitration*, West, 2009. SCHWARTZ, Eric E. «Multiparty Arbitration and the ICC: In the Wake of Dutco». *Journal of International Arbitration*, 1993, vol. 10, n.º 3. CREMADES, Bernardo M. «Multi-Party Arbitration in the new ICC Rules». *Spain Arbitration Review*, 2012, n.º 14. BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*, Capítulo 12: *Multiparty and Multicontract Issues in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2012. AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. A Coruña: Universidad de Santiago de Compostela, 2001. CHILLÓN MEDINA, José M.ª y José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2014, 4.ª edición. ARIAS LOZANO, David y Fernando BEDOYA. *El acuerdo arbitral en arbitrajes multiparte*. En *Tratado de Derecho Arbitral* (dirigido por Carlos Alberto Soto Coaguila), *El convenio arbitral - tomo II*. Grupo Editorial Ibáñez, 2011. LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS y Stefan KRÖLL. *Comparative*

International Commercial Arbitration. Londres: Kluwer Law International, 2003. HOELLERING, M. «Consolidated Arbitration: Will it result in increased efficiency or an affront to party autonomy?». En *Dispute Resolution Journal*, 1997, pp. 41-49. DE BENITO, Marco. *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Cizur Menor: Civitas, 2010, p. 99. PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar. «Arbitraje y concurso». En *Estudios sobre la ley concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, 2005, vol. 3 (*Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos, la tramitación del concurso: aspectos procesales*), pp. 3061-3086.

VOCABLOS CONEXOS: Litisconsorcio. Consolidación (*consolidation*). Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral. Intervención de terceros en el procedimiento arbitral.

ARBITRAJE CONSULAR

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

Se trata de un arbitraje particular porque, en primer lugar, la actividad arbitral de un Cónsul no deja de ser el ejercicio de una función pública, la cual es ejercida –como toda función consular– en el territorio de un Estado extranjero (el Estado receptor); por lo que, además, esta función arbitral tiene una doble regulación: el Derecho interno y el Derecho internacional público. Pues, todo Cónsul ejerce sus funciones dentro de la legalidad que el Derecho internacional establece; y tales funciones han de ser respetuosas y no contrarias a la ley del Estado receptor, sin olvidar que las funciones consulares son reguladas por el Derecho interno del Estado que acredita a los funcionarios consulares.

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

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

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

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

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

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

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

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
 Director del Postgrado en Derecho diplomático y consular del
 Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COLLANTES, Jorge Luis «La institución consular en el Derecho internacional contemporáneo». *Revista Cathedra*, n.º 8, 2001. HEYKING, A. «La théorie et la pratique des services consulaires». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1930, tomo 34. MARESCA, Adolfo. *Las relaciones consulares*. Madrid: Aguilar, 1974. «Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1971, tomo 134.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Exequátur.

ARBITRAJE CORPORATIVO (VER «ARBITRAJE INTERNACIONAL»)

ARBITRAJE DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

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

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

El sistema arbitral de consumo tiene su base legal en el art. 57 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Trlgdgu). Este precepto que no pasa de ser una mera declaración de intenciones, postula un sistema arbitral basado en los siguientes elementos y principios que, sin duda alguna, precisan de un desarrollo ulterior, con el fin de dar sustantividad propia al mismo: antiformalismo del procedimiento; de carácter decisorio; imponiéndose a las partes si no acuden a él; de libre elección y sometimiento por parte de los interesados; alternativo de la actuación judicial; y administrado en cuanto a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.

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

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

Respecto a la organización del arbitraje de consumo pueden señalarse dos órganos fundamentales: las Juntas Arbitrales y el Colegio Arbitral. Conforme a lo establecido en el art. 5 del RD n.º 238/2001, las Juntas Arbitrales de consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Por otro lado, se señala el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico que se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes administraciones públicas.

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

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

El Colegio Arbitral se encuentra integrado por uno o tres árbitros, según la cuantía del conflicto, designados por la Junta Arbitral del siguiente modo: a) el Presidente del Colegio Arbitral, que pertenecerá al personal de la administración de la que dependa la Junta, y que deberá ser licenciado en Derecho; b) el representante de los consumidores, que será designado por una organización de consumidores en el caso de que ésta haya sido la que formule la reclamación o, si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, el vocal será designado de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; c) el representante de los empresarios, que será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema arbitral, mientras que en el resto de los casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma. La composición tripartita, en cuanto al número de árbitros, respeta la exigencia de la Ley de Arbitraje (LA) que requiere que sea siempre un número impar, tal y como se desprende de su art. 12; lo que no se puede predicar si la composición del colegio arbitral es unipersonal.

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

Pues bien, sin entrar en otros aspectos de los colegios arbitrales, pues excedería del propósito de este trabajo, lo que nos interesa destacar es que el colegio arbitral será el que conozca de la cuestión litigiosa y resolverá mediante la emisión del correspondiente laudo, que es la resolución que pone fin al procedimiento arbitral y tiene fuerza de cosa juzgada, de tal modo que sólo podrá ser solicitada su nulidad ante la jurisdicción civil ordinaria en base a alguno de los motivos tasados en el art. 41 LA. Éste es el otro elemento que resulta necesario resaltar, puesto que a diferencia de los actos que dictan las Juntas Arbitrales que, como hemos apuntado, son actos administrativos, la resolución que pone fin al arbitraje; esto es, el laudo arbitral tiene naturaleza jurídico-privada. Esta imbricación de lo público y lo privado en el sistema arbitral de consumo, que puede ocasionar una serie de disfuncionalidades, como tendremos ocasión de examinar en el epígrafe siguiente, se revela como una de las patologías de esta técnica de resolución extrajudicial de conflictos, que requiere de una revisión y reforma.

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

ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO

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

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

Siguiendo el orden de la regulación del Rdsac de 2008, el primer punto que trata es el de la junta arbitral de consumo competente para administrar el AC colectivo. Este extremo da rúbrica al art. 57 Rdsac, según el cual, en principio, corresponde conocer del mismo a «la junta arbitral de consumo que sea competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho». La excepción viene constituida porque los legítimos derechos e intereses afectados son los propios de consumidores y usuarios domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso «corresponde a la Junta Arbitral Nacional». Repárese que nada soluciona el Rdsac sobre cómo se habría de proceder cuando inicialmente figuran como afectados consumidores de un mismo territorio sobre el que tiene competencia una misma junta arbitral (Castellón, pongamos; y, en consecuencia, la junta arbitral competente sería, en principio, la de esta provincia) y, posteriormente, sea durante la fase de llamamiento o ya iniciado el procedimiento arbitral, pero antes de la audiencia, aparecen y presentan su solicitud de AC para intervenir en el mismo procedimiento, consumidores domiciliados en zonas sobre las que es competente otra junta arbitral de consumo (Alicante, por ejemplo).

Y es que el Rdsac, tras determinar la junta arbitral competente, configura un confuso procedimiento que se inicia por acuerdo del presidente de la junta, «de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las juntas arbitrales de inferior ámbito territorial»; seguido del requerimiento al empresario o profesional reclamado a efectos de que acepte o rechace el AC colectivo en el plazo de quince días desde su notificación (si el reclamado no acepta el AC colectivo, «se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las juntas arbitrales de consumo y, en su caso, a quien instó la iniciación del procedimiento» –art. 2.2 Rdsac–); y, en su caso, proponga un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados (art. 58 Rdsac). Tras dicha aceptación, tiene lugar el aludido llamamiento de los consumidores afectados, mediante la publicación de un anuncio al efecto en el diario oficial que corresponda al ámbito territorial del conflicto (sin perjuicio de la posibilidad de acordar otros medios para dar publicidad al llamamiento) por un plazo de dos meses para que hagan valer sus legítimos derechos o intereses individuales en este procedimiento arbitral (art. 59.1 Rdsac), esto es, para que presenten su solicitud dentro de tal plazo, aunque cabe la posibilidad de presentarla transcurrido el mismo, antes de la fecha prevista para la audiencia, correspondiendo al órgano arbitral designado, una vez efectuado el llamamiento (art. 59.3 Rdsac), resolver sobre dicha admisión (art. 61 Rdsac). Finalmente,

el procedimiento finaliza con el laudo, aunque el plazo para dictarlo (en principio, de seis meses) comienza a computarse transcurridos los dos meses desde la publicación del llamamiento de los afectados en el diario oficial correspondiente (art. 62 Rdsac). Con lo cual, ello se traduce en la práctica en una ampliación del tiempo necesario para que el consumidor pueda obtener justicia y en sacrificar la celeridad que habría de presidir todo AC por una mayor economía procesal.

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*. TOMILLO URBINA, J.L. y J. ÁLVAREZ RUBIO. (coord.), 2008. AA.VV. *Arbitraje y mediación en materia de consumo*. GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). Madrid: Tecnos, 2012. BONACHERA VILLEGAS, R. «El Real Decreto n.º 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo». En Diario *La Ley*, n.º 7045, 2008, disponible en diariolaley.laley.es, consultada en octubre del 2008, pp. 1-22. FIDALGO LÓPEZ, A. «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto n.º 231/2008». En *Actualidad Civil*, n.º 13, 2009, edición electrónica: <http://diariolaley.laley.es>, consultada en diciembre del 2009, pp. 1-23. LORCA NAVARRETE, A. M.ª *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Guipúzcoa: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008. MARCOS FRANCISCO, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. MARÍN LÓPEZ, M.J. «Comentario a los arts. 57 y 58». En AA.VV. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo n.º 1/2007). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 709-754. MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*. Madrid, 1994, p. 62.

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

ARBITRAJE DE CONSUMO ELECTRÓNICO

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

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

Nótese que sólo podrán gestionar arbitrajes de consumo en la Red aquellas juntas arbitrales de consumo que se adscriban a esta concreta administración, conforme a los respectivos convenios de constitución, pudiendo desarrollar y habilitar para ello, en el ejercicio de sus propias competencias, una determinada aplicación electrónica para su puesta en funcionamiento (art. 51.2.1 Rdsac), entendiendo tal aplicación como el «programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el uso de informática» (según definición de la letra b) del Anexo de la Ley n.º 11/2007 de 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de aplicación supletoria —art. 3.1 RD—). Pero nada impide a las juntas arbitrales que decidan acogerse a la aplicación habilitada al efecto por el Ministerio de Sanidad y Política Social (art. 51.2.2 Rdsac).

Dejando de lado los precedentes jurídicos y prácticos del AC *on line* y centrándonos en su régimen jurídico, en realidad éste no presenta especialidad alguna en lo que a las reglas de determinación de la junta arbitral de consumo competente se refiere, dado que se aplican las propias del arbitraje de consumo tradicional, recogidas en el art. 8 Rdsac (art. 52 Rdsac). Por lo que se refiere a la firma electrónica, imprescindible en este tipo de arbitraje para garantizar «la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del

órgano arbitral» (imprescindible, pero no exclusiva, dado que cabe igualmente utilizar otras técnicas o medios que aseguren dicha autenticidad –art. 53 Rdsac–), se regula, fundamentalmente, por la Ley n.º 59/2003 de 19 de diciembre de 2003, de Firma Electrónica. En cuanto a las «notificaciones y cómputo de los plazos» (art. 54 Rdsac), el Rdsac, en la línea del art. 5.a) de la Ley de Arbitraje española vigente (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003) e, incluso, del art. 50 Rdsac, de respetar al máximo la autonomía de la voluntad de las partes y el pacto sobre la forma de notificación de las actuaciones arbitrales, otorga la facultad a las partes de elegir una dirección o sede electrónica y designarla a los efectos de que se practiquen allí todas las notificaciones, «entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación» (apartado 1). Y, como nadie pasa por alto que, pese a haberse efectuado correctamente la notificación en la sede señalada al efecto, puede ocurrir que no se acceda al contenido de la misma, sea o no voluntariamente, el Rdsac contempla expresamente como solución, si han transcurrido diez días exactos desde su puesta a disposición, la de proceder a su «publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico» (apartado 2).

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

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho procesal de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir»).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*. TOMILLO URBINA, J.L. y J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), 2008. AA.VV. *Arbitraje y mediación en materia de consumo*. GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.). Madrid: Tecnos, 2012. BONACHERA VILLEGAS, R. «El Real Decreto n.º 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo». En *Diario La Ley*, n.º 7045, 2008, disponible en diariolaley.es, consultada en octubre de 2008, pp. 1-22. FIDALGO LÓPEZ, A. «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto n.º 231/2008». En *Actualidad Civil*, n.º 13, 2009, edición electrónica: <http://diariolaley.laley.es>, consultada en diciembre del 2009, pp. 1-23. GONZÁLEZ GRANDA, P. «Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico». En *Diario La Ley*, n.º 6733, 2007, edición electrónica: diariolaley.es, consultada en julio de 2008, pp. 1-58. LORCA NAVARRETE, A.M.^a *La nueva regulación del arbitraje de consumo*. Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Guipúzcoa: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008. MARCOS FRANCISCO, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. MARÍN LÓPEZ, M.J. «Comentario a los arts. 57 y 58». En AA.VV. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo n.º 1/2007). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 709-754. MONTESINOS GARCÍA, A. «El arbitraje de consumo virtual». En *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. COTINO HUESO, L. (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 257-272. MORENO BLESÁ, L. «La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line». En *Revista de la Contratación Electrónica*, 2008, n.º 97, pp. 3-59. ORDEÑANA GEZURAGA, I. «El arbitraje de consumo electrónico... eficaz gracias a la jurisdicción». En *Diario La Ley*, n.º 7243, 2009, edición electrónica: <http://diariolaley.laley.es>, consultada en diciembre del 2009, pp. 1-8.

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

ARBITRAJE DE CONTRATOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES

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

La ley define el Sistema Arbitral de Consumo como el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios o profesionales a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores

y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

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

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

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

- Los arts. 57 y 58 del Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,
- El Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que regula el Sistema Arbitral de Consumo y en lo no previsto por la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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

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

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

ARBITRAJE DE CONTRATOS FINANCIEROS EN MERCADOS ORGANIZADOS

1. Cuestión previa

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

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

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

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

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

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

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

El Grupo *Chicago Mercantile Exchange (CME Group)* dispone en el libro de normativas de un capítulo (Capítulo 6) que regula el Arbitraje, tanto de los miembros de la Bolsa entre sí, como de los miembros con clientes.

3. Reglas de Arbitraje en Euronext

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

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

Por lo que respecta a Liffe (*London International Financial Futures Exchange*) dispone de una amplia Sección 6 de su reglamento «*Arbitration rules*» para establecer las controversias y procedimiento. La Ley que gobierna el arbitraje es la ley inglesa.

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

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

ARBITRAJE DE DERECHO

El arbitraje es de derecho cuando los árbitros han de resolver la controversia con arreglo a determinadas normas jurídicas aplicables al litigio. Frente a lo que sucede en el arbitraje de equidad, los árbitros de derecho están sujetos a un concreto régimen jurídico que deberán interpretar y aplicar para decidir la contienda, actuando para ello de forma análoga, si bien no idéntica, al juez estatal en ejercicio de la función jurisdiccional declarativa.

Lo anterior lleva aparejadas importantes implicaciones de orden procedimental que, si bien exceden ampliamente del ámbito de este comentario, no deben dejar de ser apuntadas, siquiera brevemente. Por una parte, los árbitros llamados a decidir en Derecho deberán conceder a las partes una oportunidad razonable de ser oídas en relación con las cuestiones jurídicas que puedan ser relevantes para la decisión del asunto, ya que en otro caso se vulnera el principio de audiencia y se causa indefensión a las partes. En el arbitraje de derecho será preciso, además, tomar en consideración las alegaciones y posiciones jurídicas mantenidas respectivamente por las partes, además de los hechos aducidos por cada una de ellas, so pena de incurrir en incongruencia (como infracción del principio dispositivo). En este orden de ideas, la posible vigencia del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional ha recibido amplia atención por parte de la doctrina comparada, pues no es siempre claro que el árbitro internacional pueda –o deba– aplicar de oficio normas jurídicas no alegadas por las partes.

Formuladas las anteriores consideraciones preliminares, centraremos el presente análisis en torno a tres aspectos concretos de la noción de arbitraje de derecho: la (i) autonomía de la voluntad como regla preferente de determinación del Derecho aplicable al fondo; la (ii) intervención de los árbitros en defecto de acuerdo entre las partes; y la (iii) especial significación del contrato y de los usos comerciales aplicables.

1. La elección del Derecho aplicable por las partes como regla general

La autonomía de la voluntad rige sin excepciones en la determinación del Derecho aplicable al fondo, cuya elección corresponde en primer término a las partes. En este sentido, se ha entendido –con acierto– que si los contendientes han alcanzado un acuerdo sobre las reglas jurídicas aplicables al litigio, esa reglamentación –y ninguna otra– es la que permitirá resolver la controversia de la forma más satisfactoria para los intereses de las partes. De ahí el mandato que la Ley Modelo Uncitral («LM») –y, por ende, las legislaciones y reglamentos arbitrales que en ella se inspiran– dirige en su art. 28.1 al tribunal arbitral, al que instruye para decidir «de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio», aclarando a continuación, que toda referencia al Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se referirá, salvo indicación expresa en contrario, a su Derecho sustantivo y no a su particular régimen conflictual. Reglas idénticas o similares pueden encontrarse en las legislaciones de Inglaterra (art. 46(1) de la *Arbitration Act 1996*), Francia (art. 1511 del Nuevo Código de Procedimiento Civil), España (art. 34.2 de la Ley de Arbitraje), así como en los reglamentos de arbitraje de la CCI (art. 21.1) y Uncitral (art. 35.1), por citar sólo algunos ejemplos.

La facultad de las partes de elegir las normas aplicables al fondo, reviste carácter personalísimo en el esquema de la LM, al quedar excluida de la regla general según la cual las partes pueden delegar en un tercero, incluida una institución arbitral, la decisión sobre cualquier cuestión que la LM deje a la discreción de aquellas (art. 2.d) LM). Resulta claro, por tanto, que sólo las partes pueden válidamente decidir sobre el Derecho aplicable al fondo, siendo ineficaz cualquier decisión que al respecto pudieran tomar la institución arbitral, los árbitros o incluso los tribunales de justicia en el ejercicio de sus funciones de apoyo al arbitraje.

Las partes gozan de libertad para elegir tanto un determinado Derecho estatal –que, por lo demás, no deberá guardar especial vinculación con la disputa– como normas de origen supranacional, principios generales de Derecho, codificaciones no estatales –como los Principios Unidroit o los Principios de Derecho Contractual Europeo– o incluso la llamada *Lex Mercatoria*. Conviene aclarar, no obstante, que la opción por un Derecho estatal no excluye la aplicación de las convenciones internacionales que formen parte del ordenamiento jurídico escogido por las partes. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de particular relevancia en la práctica arbitral internacional, ha sido objeto de pronunciamientos judiciales y arbitrales contradictorios a este respecto. Sin embargo, no parece aventurado considerar que sus previsiones serán aplicables, a menos que las partes las hayan excluido de manera expresa para el caso de que entren en conflicto con las normas internas del ordenamiento jurídico escogido por aquellas. Por último, las partes también pueden someter la controversia a una normativa nacional «estable» (*stabilized law*), de manera que quede «inmunizada» o «blindada» frente a ulteriores modificaciones legislativas, u optar por la fórmula conocida como *dépeçage*, consistente en someter distintos extremos del contrato a ordenamientos jurídicos diferentes.

Debe señalarse, por último, que el acuerdo de elección del Derecho aplicable no está sujeto a especiales exigencias formales; y, en consecuencia, será eficaz tanto si se inserta en el contrato al que se refiere el convenio arbitral como si se formaliza en documento independiente. Desde un punto de vista temporal, por su parte, no se aprecian motivos para cuestionar la validez de un acuerdo sobre el Derecho aplicable alcanzado al tiempo de firmarse el acta de misión, y ello tanto si reemplaza a un acuerdo anterior como si se trata de un pacto *ex novo*.

2. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros

En defecto de acuerdo entre las partes corresponde a los árbitros determinar las normas jurídicas aplicables al fondo. Dependiendo de lo previsto en la *lex arbitri*; y, en su caso, en el reglamento arbitral correspondiente, los árbitros llevarán a cabo esta operación bien mediante la aplicación de unas normas de conflicto determinadas (solución «conflictual»), bien de manera directa, esto es, sin acudir previamente a norma de conflicto alguna (solución «material», también conocida como *voie directe*).

La solución «conflictual» puede, a su vez, adoptar una formulación amplia o restringida. En el primer caso se encuentran, entre otros, el art. 28.2 de la LM y el art. 7 del Convenio de Ginebra de 1961, según los cuales las normas aplicables al fondo deberán ser determinadas por los árbitros, de acuerdo con las normas de conflicto que consideren apropiadas. Bajo este esquema, el tribunal arbitral no habrá de sentirse condicionado por las normas de conflicto vigentes en la *lex arbitri*, gozando de libertad para optar por la ley de la nacionalidad de una o de ambas partes, la ley del lugar de celebración o ejecución del contrato, la ley más estrechamente vinculada o cualquier otra que estime oportuna. También será posible, lógicamente, que el tribunal arbitral adopte un enfoque «cumulativo», aplicando las normas de conflicto uniformes de los Reglamentos Roma I o Roma II si, por ejemplo, las partes tienen su domicilio en países distintos de la Unión Europea. Por

su parte, las formulaciones restringidas de la solución «conflictual» tienden a proporcionar una respuesta más específica que la examinada anteriormente, y remiten generalmente al ordenamiento jurídico que presente los vínculos más estrechos con la controversia. Tales son los casos de Suiza (art. 187.1 de la Ley Federal Suiza de D.I.Pr.), Italia (art. 834.1 del Código de Procedimiento Civil Italiano) y Alemania (art. 1.051.2 ZPO).

La solución «material» o *voie directe*, por su parte, aparece recogida en las legislaciones de Francia (art. 1511 del Nuevo Código de Procedimiento Civil) y España (art. 34.2.ii de la Ley de Arbitraje), así como en los reglamentos de arbitraje de la CCI (art. 21.1) o la LCIA (art. 22.3), entre otros. Bajo el esquema de la *voie directe*, los árbitros se encuentran autorizados para aplicar las normas jurídicas que consideren apropiadas, tanto si se trata de un Derecho estatal como de normas jurídicas no estatales. Aunque la elección por parte de los árbitros de una normativa no estatal –como, por ejemplo, los Principios Unidroit– podría, en teoría, admitirse bajo la solución «conflictual» (examinada anteriormente), su justificación nunca resultará fácil para un tribunal arbitral sujeto a un sistema conflictual, ya que las reglas de conflicto se remiten, con carácter general, a derechos estatales.

3. *El contrato y los usos comerciales aplicables*

En el arbitraje comercial internacional, el contrato (*lex privata*) constituye la reglamentación de aplicación preferente –y, en no pocas ocasiones, exclusiva– para los árbitros. De ahí que la LM prevea en su art. 28.4, que las estipulaciones contractuales deban ser observadas en todo caso. Lógicamente, el Derecho aplicable al fondo será siempre relevante a la hora de interpretar las estipulaciones contractuales invocadas por las partes; y, en su caso, para resolver sobre aquellas cuestiones que carezcan de regulación convencional. Sin embargo, el papel del Derecho en la práctica arbitral internacional tiende, generalmente, a ser más accesorio que principal, dada la sofisticación y amplitud característicos de los contratos sometidos a arbitraje.

Lo anterior no excluye, naturalmente, la posibilidad de que las estipulaciones del contrato entren en conflicto con normas imperativas del Derecho aplicable. En esos casos, lo razonable será, al menos en línea de principio, tender a preservar la validez de lo convenido por las partes, siempre –claro está– que la voluntad común de aquéllas no fuese otra.

Junto con las estipulaciones contractuales, los usos comerciales internacionales ocupan un lugar central en la definición de la reglamentación aplicable a la controversia, al ser de obligada observancia para los árbitros (art. 28.4 LM). Lo anterior no dispensa; sin embargo, a la parte que los invoca de la carga de demostrar su existencia y aplicabilidad al caso concreto.

(Autor: José María Fernández de la Mela Núñez. Abogado de Uría & Menéndez. Madrid).

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

ARBITRAJE DE EQUITAD

El arbitraje es de equidad cuando los árbitros han de resolver la controversia de acuerdo con su leal saber y entender, esto es, según lo que consideren justo y equitativo en el caso concreto. A diferencia de lo que sucede en el arbitraje de derecho, los árbitros llamados a resolver en equidad no están sujetos a unas concretas normas jurídicas aplicables al fondo. Una vez que las partes han sido oídas y los hechos han quedado fijados, la decisión arbitral podrá basarse exclusivamente sobre los estándares de justicia y equidad que los árbitros consideren más apropiados para la resolución de la disputa, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho que en otro caso hubieran resultado aplicables.

Constituye un principio bien asentado en la práctica arbitral internacional que el arbitraje sólo será de equidad cuando las partes así lo hayan pactado expresamente. Esta regla se encuentra reconocida en la Ley Modelo Uncitral («LM») –y, por extensión, en todas aquellas legislaciones y reglamentos arbitrales que en ella se inspiran–, cuyo art. 28.3 prevé que el «tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así». La presunción a favor del arbitraje de derecho de la LM sólo podrá desvirtuarse mediante una declaración de voluntad inequívoca de las partes, para lo cual podrán emplear las fórmulas previstas en el art. 28.3 LM u otras similares, como «los árbitros decidirán según conciencia» o «según su leal saber y entender». Los casos dudosos deberán resolverse en favor del arbitraje de derecho, a menos, claro está, que las partes manifiesten claramente lo contrario.

La facultad de las partes de autorizar a los árbitros para decidir en equidad, reviste carácter personalísimo en el esquema de la LM, al quedar excluida de la regla general según la cual las partes pueden delegar en un tercero, incluida una institución arbitral, la decisión sobre cualquier cuestión que la LM deje a la discreción de aquéllas (art. 2.d LM). Resulta claro, por tanto, que sólo las partes pueden válidamente decidir si autorizan a los árbitros a dirimir sus diferencias como amigables componedores, siendo ineficaz cualquier decisión que al respecto pudieran tomar la institución arbitral, los árbitros o, incluso, los tribunales de justicia en el ejercicio de sus funciones de apoyo al arbitraje.

Con carácter excepcional, algunas legislaciones arbitrales se apartan de la preferencia por el arbitraje de derecho establecida en la LM. Tal es el caso de las leyes de arbitraje de Ecuador (art. 3.1) y Panamá (art. 3), que optan por la equidad como criterio preferente.

Arbitraje de equidad no es, huelga decirlo, sinónimo de arbitraje ajurídico o alegal. En primer lugar, porque, según acaba de indicarse, sólo cabe decidir en equidad cuando se satisfagan las condiciones establecidas al efecto en la *lex arbitri*. Por otra parte, debe quedar claro que la equidad se predica únicamente de los criterios que los árbitros han de aplicar para resolver el fondo del litigio, pero no de las reglas, legales o convencionales, con arreglo a las cuales debe conducirse el procedimiento arbitral. Las exigencias del *due process* y, en particular, de los principios de audiencia, igualdad y contradicción no quedan limitadas o atenuadas en modo alguno por el hecho de que los árbitros hayan de resolver según su leal saber y entender. Del mismo modo, la validez del laudo dictado en equidad, no escapa al límite del orden público, cuya vulneración constituye, con carácter general, causa de anulación del laudo (art. 34(2)(b)(ii) LM) y de denegación de su reconocimiento y ejecución (art. 36(1)(b)(ii) LM y art. V.2(b) del Convenio de Nueva York). De ahí que los árbitros de equidad no estén exentos del deber de prestar especial atención a las normas de orden público que pudieran comprometer la efectividad del laudo, tanto en la jurisdicción de la sede del arbitraje como en la de ejecución del laudo.

Más allá de lo anterior, no es infrecuente en la práctica arbitral internacional que los árbitros de equidad entiendan que la mejor manera de cumplir su encargo consiste, precisamente, en resolver el litigio con arreglo a normas jurídicas. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada coinciden en señalar que los árbitros de equidad no reciben un mandato *cualitativamente* distinto al de los árbitros de derecho, sino sencillamente más amplio en cuanto al alcance de sus facultades, lo que lógicamente no excluye el recurso por parte de los árbitros a estándares típicamente jurídicos para resolver el caso. En otras palabras: al decidir según su leal saber y entender, el árbitro goza de plena libertad para incorporar a la motivación de su decisión, reglas jurídicas que encierran su concepción de lo que ha de considerarse justo en el caso concreto, sin necesidad de someter esas normas jurídicas a debate contradictorio entre las partes. Lo que el laudo no debe dejar de expresar, en ningún caso, es el criterio de justicia empleado por los árbitros para decidir la controversia, quedando a su discreción la posibilidad de ilustrar ese criterio de justicia mediante el recurso a normas jurídicas. La razón es que la exigencia de motivación del laudo es también predicable del arbitraje de equidad y deberá, por tanto, ser observada, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo por acuerdo.

Conviene señalar, por último, que los árbitros de equidad no quedan dispensados de su deber de resolver el litigio con arreglo a las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles aplicables (sin perjuicio, lógicamente, de la carga probatoria que pesa sobre la parte que pretenda hacer valer esos usos), que deberán ser tenidos en cuenta en todo caso (art. 28.4 LM). Lo que sí pueden —y, ciertamente, deben— hacer los árbitros de equidad, es modular el rigor de aquellas previsiones contractuales y usos aplicables, cuya estricta aplicación pudiera dar lugar a resultados poco justos o razonables. Se ha dicho por ello, con acierto, que el arbitraje de equidad puede resultar especialmente útil en el marco de contratos de cooperación y larga duración. Dada la importancia de mantener un adecuado espíritu de colaboración y armonía en este tipo de relaciones comerciales, el arbitraje de equidad puede ser una herramienta eficaz a la hora de facilitar la obtención de soluciones que las partes perciban como justas o, cuando menos, acaten de forma voluntaria.

(Autor: José María Fernández de la Mela Núñez.
Abogado de Uría Menéndez. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, N. y C. PARTASIDES, con A. REDFERN y M. HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press 2009, pp. 228-229. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M.² CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2014, pp. 1743-1748; PLOUDRET, J.F. y S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, pp. 616-630. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 61, n.º 1, 2009, pp. 40-41.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de derecho. Árbitro. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional.

ARBITRAJE DE INVERSIONES

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

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

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

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

La garantía del cumplimiento de los Appri estriba en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante un Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde podrían acudir sólo si así estuviese previsto, pues también existen otras alternativas. Las empresas contra los Estados, si no llegan antes a un acuerdo satisfactorio con el Estado al que demandan.

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

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático de la Universidad de A Coruña).

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

ARBITRAJE DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1. Definición del término

En los últimos años se ha incrementado el esfuerzo por salvaguardar el interés público, regulando para ello tanto el alcance como el contenido de la publicidad. Diversos organismos encargados de velar por la denominada autorregulación publicitaria se difunden a lo largo de todo el mundo, dichos organismos se rigen por principios fundamentales como el respeto por la legislación local, la veracidad, la competencia honesta y leal y la moral social predominante. El arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa es un instrumento de autorregulación publicitaria que realiza controles voluntarios entre sus socios. Se trata de organismos independientes que llevan a cabo la autorregulación a través de la interpretación de códigos deontológicos, aceptados voluntariamente por las entidades implicadas en las asociaciones profesionales creadas

al efecto, actúan como mediadores ante un conflicto en materia publicitaria y prestan asesoramiento sobre la licitud de un anuncio o campaña publicitaria con carácter previo a su emisión. Los sistemas de autorregulación son la respuesta de la propia industria a la exigencia de la sociedad para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad. Por tanto, la autorregulación publicitaria no pretende ser un sustituto del control legal, sino servir de útil complemento a éste —mediante la corrección—. Además de la vía penal o civil, que entran en funcionamiento ante una actividad ilícita, el instrumento de autorregulación, en el que se han implicado de manera voluntaria anunciantes, empresas, medios y creadores, tiene como finalidad perfilar y delimitar, con la ayuda de juristas autorizados, el ámbito de la licitud publicitaria. Los consumidores se benefician de la autorregulación que les garantiza una publicidad responsable, a través del sistema gratuito de reclamaciones, que resuelven expertos independientes de forma ágil y eficaz. Y, a su vez, la industria también se beneficia al disminuir los actos de competencia desleal. La actividad de estos organismos suele dividirse en los ámbitos siguientes:

- a) La tramitación de reclamaciones que presentan consumidores, asociaciones de consumidores o empresas.
- b) La elaboración de códigos deontológicos y su aplicación por el propio organismo.
- c) Un servicio de consulta previa o *copy advice*, cuya función es el asesoramiento para un uso correcto, ético y legal de las distintas campañas publicitarias con antelación a su emisión.

Este servicio de *copy advice*, con carácter previo a la emisión de anuncios, se viene prestando desde hace mucho tiempo en distintos sistemas de autorregulación publicitaria dentro del territorio europeo, con gran aceptación entre anunciantes, agencias de publicidad y medios. A través de esta consulta previa de carácter voluntario, confidencial y normalmente no vinculante, los anunciantes, agencias y medios, tienen a su alcance un útil instrumento con el que podrán reducir el riesgo de vulneración de normas legales o éticas que ordenan la actividad publicitaria.

Por lo que respecta al arbitraje propiamente dicho, las decisiones adoptadas por los referidos organismos se integran en el sistema de resolución de conflictos no jurisdiccional específico de cada ordenamiento jurídico y no presentan, en este aspecto, mayor especialidad: son plenamente eficaces para quienes voluntariamente se someten a su fallo, suponiendo la retirada o modificación del anuncio o campaña publicitaria. Es cierto que la difusión de la autorregulación publicitaria, su ordenada estructuración, su rigurosa administración y la calidad jurídica de los elencos de árbitros están logrando que las resoluciones emitidas, a pesar de no crear jurisprudencia propiamente dicha, asienten unos límites que van definiendo dentro del sector publicitario, la licitud de éste. La autoridad de sus resoluciones dependerá, naturalmente, del prestigio de los juristas que componen los tribunales que han de resolver los conflictos planteados, habiendo llegado, en algunos países, a constituir verdaderos precedentes autorizados que los mismos órganos jurisdiccionales consultan y tienen presente a la hora de fundamentar sus fallos en materia publicitaria.

2. Legislación

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

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

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

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, prevé la obtención de un mercado sin fronteras interiores sobre el que incide de manera directa la actividad publicitaria. Para el buen funcionamiento de un mercado global es indispensable la armonización de las legislaciones nacionales en materia de publicidad, ya que la disparidad de éstas entorpecería la realización de las campañas publicitarias más allá de las fronteras de cada Estado miembro. La justificación de los sistemas de autodisciplina publicitaria viene recogida en la Recomendación de la Comisión n.º 98/257/CE de 30 de marzo, relativa

a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, citamos por su claridad los considerandos 2 y 5:

[...] Considerando que el Parlamento Europeo, en su resolución de 14 de noviembre de 1996 (Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión «Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores y de la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior», de 14.11.1996, DO n.º C362D212 de 1996, p. 275) destacó que es necesario que dichos procedimientos satisfagan unos criterios mínimos que garanticen la imparcialidad del Órgano, la eficacia del procedimiento, y la publicidad y la transparencia de la actuación, e invitó a la Comisión a elaborar propuestas en la materia;

[...] la experiencia adquirida por varios Estados miembros demuestra que, a condición de que se garantice el respeto de algunos principios esenciales, los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo pueden garantizar buenos resultados, tanto para los consumidores como para las empresas, reduciendo el coste y la duración de los litigios en materia de consumo.

Por este motivo se han adoptado diferentes Directivas en distintos ámbitos de la actividad publicitaria, mereciendo especial mención la Directiva n.º 84/450 CEE, del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, en materia de publicidad engañosa, por ser ésta el motor de la armonización publicitaria en la Unión Europea. Esta directiva establece principios generales y uniformes, pero deja a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios apropiados para alcanzar tales objetivos. (Modificada por la Directiva n.º 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, con el fin de incluir la publicidad comparativa).

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

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

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Directiva n.º 89/552 CEE, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE, n.º L 298/23 de 17 de octubre de 1989), dispone:

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

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

4.4. Autorregulación y coregulación.

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

Asimismo, la *European Advertising Standards Alliance* (EASA) es la voz de la industria publicitaria para la defensa de la autorregulación en Europa. Fundada en 1992, con sede en Bruselas, está financiada por la industria de la publicidad y los organismos de autorregulación nacionales, engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos y está formada por treinticuatro organismos de autorregulación (la mayoría de países de la UE, así como organismos internacionales como Suiza, Canadá, Sudáfrica, etc.) y quince organizaciones

de la industria publicitaria europea. Su finalidad es la de promover la publicidad responsable proporcionando las directrices de la autorregulación en beneficio de consumidores y de empresas, suscitar la utilización de la autorregulación en el territorio europeo difundiendo el conocimiento de los organismos de autorregulación, hacer la labor de coordinar el sistema de reclamaciones transfronterizas, facilitar la creación de sistemas de autorregulación, así como apoyar la consolidación de los de reciente creación. Los organismos que pertenecen a EASA participan de su sistema de resolución de controversias, permitiendo así que cualquier ciudadano europeo pueda someter un asunto publicitario al organismo de autorregulación competente en el extranjero a través del órgano análogo de su propio país.

La Asamblea General de EASA, en mayo del 2002, aprobó la Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas para toda Europa, con el fin de contribuir al cumplimiento de estos principios y de sus objetivos. Principalmente, dichos principios van encaminados a su utilización por organismos nacionales de autorregulación, diseñados con el fin de guiar el trabajo de todos los participantes en el proceso de autorregulación, tanto para la publicidad *online* como en medios convencionales. Los organismos de autorregulación miembros de EASA se han comprometido a apoyar estas reglas y hacerlas respetar.

3. Comentarios

La «clase mercantil» creó en la ciudad medieval el derecho (*ius meractorum*), nacido como derecho de clase, sin mediación de la sociedad política y lo extendió a la comunidad en su conjunto. Y, ciertamente, la fuerza creadora del derecho ha encontrado siempre terreno fértil en la clase empresarial, muy consciente de que su propio prestigio es en buena parte tributario de la autoexigencia. De hecho, la autorregulación de las relaciones mercantiles, ha sido en no pocas ocasiones, más rigurosa que la normativa de origen estatal.

A esta tradición de regular las propias prácticas jurídico-comerciales, heredada de las antiguas corporaciones municipales mercantiles, se une el contraste existente entre el diferente ritmo y velocidad de las relaciones mercantiles, por un lado, y de la aplicación del Derecho por los tribunales ordinarios, por otro, que tantas veces, por este solo motivo de su tardanza, deja de ser solución eficaz.

La autorregulación de la publicidad responde a estas dos motivaciones: prestigiar la propia práctica empresarial mediante su regulación desde dentro y articular una vía rápida, eficaz y rigurosa de resolución de conflictos.

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

Para evitar esta tentación, las instituciones de autorregulación han de ser especialmente cuidadosas en respetar el requisito indispensable de la asociación al correspondiente organismo como condición para quedar sometido a su autorregulación, salvo aceptación expresa y *ad hoc* de un arbitraje específico.

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

La autorregulación publicitaria es, en fin, la respuesta que la propia industria ofrece ante la exigencia de la sociedad, que demanda unas garantías que avalen la confianza y credibilidad en la publicidad. El objetivo de los sistemas de autorregulación es velar por los derechos de los consumidores, así como por una competencia leal. Aquellas conductas que no cumplen con los principios éticos y morales de la publicidad, pese a ser excepcionales, deterioran la imagen de la industria, en general, y conllevan a limitaciones impuestas por los poderes públicos que, finalmente, afectan a aquellas empresas que sí emplean la publicidad adecuándose a los marcos éticos y legales, como un instrumento económico más del mercado.

Como hemos alertado, la autorregulación publicitaria no pretende ser un sustituto del control legal, sino servir de útil complemento a éste –mediante la corregulación–. A través de la autorregulación, los consumidores pueden beneficiarse de una mayor protección respecto del contenido de los anuncios publicitarios y las empresas encuentran un cauce ágil y eficaz para prevenir y dirimir las controversias que afectan a la lealtad en la competencia.

Podría conferirse al arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa una doble finalidad (i) transmitir una mentalidad preventiva a las empresas, (ii) liberar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Página web de *European Advertising Standards* (EASA): www-easa-alliance.org y página web de *International Advertising Association* (IAA) <http://www.iaaglobal.org/>.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Tratado de la Comunidad Europea (TCE), Roma, 25 de marzo de 1957. Directiva n.º 84/450 CER, del Consejo de 10 de septiembre de 1984 (modificada por la Directiva n.º 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de octubre de 1997). Directiva n.º 89/1552 CEE (DOCE, n.º L 298/23 de 17 de octubre de 1989). Libro Verde sobre Protección de Consumidores de la Unión Europea de 2 de octubre de 2001. Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas de la Asamblea General de EASA de 2 de mayo de 2002.

ARBITRAJE DEL ESTADO (ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA)

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

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

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

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

En estos casos, el Estado –como una forma de garantizar las inversiones– somete las controversias derivadas de esos contratos a arbitraje. No será, entonces, un juez nombrado por el Estado el que resuelva la controversia. Serán particulares calificados nombrados por ambas partes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, cabe precisar que, en doctrina, se discute mucho en torno a que se nombre la participación del Estado en un arbitraje como «arbitraje del Estado» o como «arbitraje administrativo», toda vez que el primero se puede interpretar con un sentido de pertenencia o propiedad, como si la institución arbitral se aplicara únicamente por el Estado, con reglas especiales, situación que dista de la realidad. En efecto, el arbitraje es una institución que está a disposición de quienes deseen pactarla como medio de resolución de conflictos y su aplicación o funcionamiento no se diferencia de los sujetos que la pacten.

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, pp. 123-124. CASTILLO FREYRE, Mario y RITA SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, pp. 5-11.

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

ARBITRAJE DEPORTIVO

1. *Noción de arbitraje deportivo*

A primera vista, el arbitraje deportivo se refiere a la actividad ejercida de manera imparcial por una o varias personas habilitadas y físicamente presentes en el área de juego al momento de un evento deportivo. Este tipo de arbitraje, que se puede observar por ejemplo en los terrenos de fútbol o de balonmano, consiste, esencialmente, en controlar el desarrollo correcto del juego, comprobando el respeto de las reglas de ese deporte e impartiendo sanciones en caso de violación.

Pero, esta acepción del arbitraje deportivo no es suficiente para abarcar todas las relaciones existentes entre arbitraje y deporte. Hay que añadir *el arbitraje de los litigios deportivos*. En efecto, el arbitraje jurídico, definido como la institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos, es utilizado para tratar las controversias en materia deportiva. Este tipo de arbitraje deportivo se caracteriza por ser una jurisdicción cuya función es resolver los litigios relativos a la materia deportiva, aplicando el derecho. El árbitro de los litigios deportivos debe distinguirse del árbitro en su sentido común, ya que el primero interviene una vez porque una pretensión jurídica ha sido llevada ante él. Además, a diferencia del arbitraje en un área de juego, el arbitraje de los litigios deportivos da lugar a la producción de actos jurídicos.

El deporte, fuente del contencioso arbitral, puede ser definido como la actividad en la cual los intervinientes buscan el rendimiento físico durante competiciones que se celebran periódicamente sobre la base de reglas definidas. Sin embargo, el hecho de que el litigio tenga una relación con el deporte, no es suficiente para convertirse en un litigio deportivo. Por ejemplo, el daño sufrido por un aficionado de un club de fútbol por parte de otro aficionado después de un partido entre los dos equipos, no tiene el carácter de litigio deportivo. Se trata de un litigio en materia de responsabilidad civil o en materia penal. De la misma manera, un litigio derivado de la terminación de un contrato de trabajo entre una federación deportiva y su empleado, parece ser insuficiente para poder ser calificado como un arbitraje deportivo.

Para que un arbitraje pueda ser considerado como relativo a la materia deportiva, dos condiciones deben ser reunidas. La primera es que el litigio nazca de la aplicación de una regla deportiva; es decir, una regla dictada por una institución deportiva. Así, RIGOZZI define un litigio deportivo basándose en el hecho de que «esos litigios tienen como fundamento una regla del ordenamiento deportivo privado establecida por las organizaciones deportivas. El litigio propiamente deportivo puede tener como objeto una regla técnica, de juego en el sentido amplio, de funcionamiento interno, económica o fundamental. En todos los casos, lo que caracteriza el conflicto deportivo, es que no se basa, en primer lugar, en una regla estatal, sino en una regla del orden jurídico deportivo».

La segunda condición es relativa a la persona de los litigantes. MAISONNEUVE apunta también que, para que un litigio pueda ser catalogado como deportivo, el demandante o el demandado deben pertenecer al movimiento deportivo; es decir, ser miembro, directa o indirectamente de una federación deportiva o de un comité olímpico, incluyendo la persona pidiendo su admisión o contestando su exclusión en ellos.

2. *Instituciones y reglamentos de arbitraje deportivo*

El arbitraje de los litigios relativos al deporte está previsto en numerosos reglamentos de instituciones deportivas, y en los estatutos de federaciones deportivas, tanto nacionales como internacionales. Por ejemplo, el art. 61 de la Carta Olímpica (en vigor desde el 8 de julio 2011) prevé que la «diferencia surgida con motivo de los Juegos Olímpicos o en relación con los mismos será sometida exclusivamente al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD), conforme al Código de arbitraje en materia deportiva». Así, el arbitraje se sustituye en gran parte a la justicia estatal para resolver las disputas relativas al deporte para cada organismo o competición.

La atracción del mundo del deporte para el mecanismo de arbitraje es debido, en primer lugar, al carácter cerrado y jerárquico del mundo deportivo con los clubs de asociaciones deportivas, las ligas y federaciones provinciales, nacionales e internacionales, y las instancias olímpicas. Estos actores han querido rápidamente resolver dentro de ellos las disputas derivadas de la práctica de su deporte. En segundo lugar, la resolución de los conflictos deportivos por parte de la justicia estatal, no resultaba ser la más oportuna, debido al origen internacional de la mayoría de los reglamentos y el carácter internacional de las competiciones. Un orden jurídico realmente internacional tal como ofrecía el arbitraje, presentaba ventajas indiscutibles.

En la primera etapa del recurso al arbitraje por parte de las estructuras del mundo deportivo (*i.e.*, instituciones, federaciones, asociaciones y organizadores de competición), el recurso al arbitraje solía realizarse mediante la incorporación en los estatutos o reglamentos, de una cláusula compromisoria que remitía a instituciones de arbitraje *internas*. Sin embargo, ese mecanismo de arbitraje interno planteaba un problema de independencia cuando el litigio oponía uno de los adherentes a la estructura deportiva. En efecto, la estructura deportiva daba la apariencia de ser, a la vez, juez y parte. En consecuencia, según varias jurisdicciones administrativas y judiciales, tales arbitrajes no pueden ser considerados como un tribunal arbitral, ya que pueden expresar la voluntad de la estructura de la que depende el tribunal (*vid.*, en este sentido, Tribunal Federal Suizo, 27 de mayo del 2003, *Bull. ASA* 2003 p. 601). Un tribunal será calificado de tribunal arbitral y podrá beneficiarse del régimen favorable de control y de ejecución de los laudos a la condición que sea realmente independiente de la estructura deportiva. Así, en una segunda etapa, las estructuras deportivas decidieron crear órganos de resolución de conflictos independientes y especializados en deportes, cuya principal ilustración es el tribunal arbitral del deporte con sede en Lausana, conocido bajo las siglas francesas «TAS».

Para la resolución de los litigios deportivos, se remite, en la mayoría de los casos, a instituciones arbitrales especializadas en deportes. Se puede distinguir entre las instituciones nacionales que son únicamente competentes para conocer de los litigios deportivos nacionales, y las instituciones internacionales competentes para conocer de los litigios internacionales.

A nivel internacional, existen entidades internacionales *unisport* que conocen de un mecanismo de arbitraje: *La Formula One's Contract Recognition Board* y el tribunal arbitral de la Federación Internacional de Baloncesto. La primera es competente únicamente para decidir cuál contrato es válido cuando un piloto, en el mismo periodo, se ha comprometido con distintas escuderías. La segunda tiene como objetivo organizar arbitrajes de equidad para resolver los litigios entre los clubs, los jugadores y los agentes de los jugadores. No es competente para conocer de los litigios en que la Federación Internacional de Baloncesto sea parte.

Sin embargo, la institución más importante a nivel internacional es polideportiva: se trata del Tribunal Arbitral del Deporte, el «TAD». Esta institución tiene competencia para administrar arbitrajes derivados de los contratos internacionales relacionados con los deportes y de las disputas relacionadas con las decisiones adoptadas por los organismos deportivos, principalmente, federaciones internacionales.

A nivel nacional, los Comités Olímpicos Nacionales desarrollaron, dentro de ellos, centros de arbitraje. Es el caso en Francia, Bélgica o Italia, por ejemplo. En España el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo (TEAD) fue instituido por el Comité Olímpico Español y es competente para llevar a cabo mediaciones y conciliaciones, así como de la resolución arbitral de las cuestiones litigiosas que se susciten en el ámbito deportivo. Para conocer el funcionamiento y la organización de este tribunal arbitral, es necesario remitirse al Código de Arbitraje Deportivo. Sin embargo, la actividad del Tribunal Español de Arbitraje Deportivo es limitada. En efecto, el Derecho español limita la competencia de este tribunal a materias de libre disposición. Además, el Decreto Real n.º 1835/1991 del 20 de diciembre de 1991 sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, excluye todas las cuestiones relativas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte, así como la seguridad en la práctica deportiva.

Se puede observar también, a nivel nacional, centros de arbitraje deportivos totalmente independientes de los Comités Olímpicos nacionales. Así, el Centro de Resolución de los Litigios Deportivos de Canadá fue instituido por la ley federal del 19 de marzo de 2003. Su misión es ofrecer a la comunidad deportiva un servicio de resolución extrajudicial de litigios deportivos. Su competencia es amplia. Conoce tanto de los litigios entre los organismos deportivos, tales como el Comité Olímpico Canadiense o las federaciones deportivas nacionales, como de los litigios entre dichos organismos y las personas bajo su autoridad. Otros centros de arbitraje privado existen en Inglaterra (*Sport Resolutions*) o en Japón (*Japan Sports Arbitration Agency*).

Si se remite casi sistemáticamente para tratar de los litigios deportivos a instituciones especializadas, cabe señalar que instituciones de arbitraje, tales como la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o la *American Arbitration Association*, pueden conocer también de litigios deportivos, tanto a nivel nacional como internacional. De este modo, la cláusula compromisoria contenida en la Convención de la «Concordia» firmada entre la Federación Internacional del Automóvil, las escuderías y la *Formula One Management* remite a la CCI para arbitrar a los litigios que deriven de sus distintas relaciones. Igualmente, según la ley estadounidense relativa al deporte, la *American Arbitration Association* es competente para conocer de los litigios relativos al dopaje entre los atletas y el Comité Olímpico Estadounidense.

(Autor: Maximin de Fontmichel. Profesor de Derecho privado de la Universidad de Versailles y Secretario General del Departamento de Derecho de Arbitraje de la Universidad de Versailles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MAISONNEUVE, M. *L'arbitrage des litiges sportifs*. París: LGDJ, 2011, t. 267, spec. n.º 2 y 14. RIGOZZI, A. *L'arbitrage international en matière de sport*. Bruselas: Helbing & Lichtenhahn-Bruylant, 2005. CHAUSSARD, C. *Les voies de règlement des litiges sportifs*. Tesis doctoral. Universidad de Dijon, 2006. JARROSSON, Ch. *La notion d'arbitrage*. París: LGDJ, 1987, p. 372. SIMON, G. *L'arbitrage des conflits sportifs*. Rev. arb., 1995, p. 185. MBAYE, K. *Le Tribunal Arbitral du Sport, organe principal de l'arbitrage international en matière de sport*, in *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. París: ICC Publishing, 2005, p. 519. PINNA, A. *Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport*. Cab. arb., 2006, vol. III, p. 139. PETER, H. *Conflicting contracts in sport: resolution through central filing and ad hoc arbitration*. En *Arbitration of Sports-Related Disputes*. Bull., ASA Special series, 1998, n.º 11, p. 64. KAUFMANN-KOHLER, G. et H. PETER. *Formula 1 Racing and Arbitration: the FLA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution*. Arb. Intern., 2001, vol. 17, n.º 2, p. 173. *American Arbitration Association Supplementary Procedures for the Arbitration of Olympic Sport Doping Disputes*.

PRINCIPALES REFERENCIAS NORMATIVAS: *Carta Olímpica*, vigente a partir del 8 de julio de 2011. *Statuts des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport*, vigente a partir del 1 de marzo de 2013. *Règlement de procédure d'arbitrage du TAS*.

VOCABLOS CONEXOS: Tribunal Arbitral del Deporte (TAD). Arbitraje internacional. Arbitraje interno. *American Arbitration Association* («AAA»). ICC.

ARBITRAJE DESLOCALIZADO

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

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

Hecho ilustrativo es la tendencia existente en el arbitraje internacional a la internacionalización o deslocalización del arbitraje. En segundo lugar, a falta de elección de ley por las partes, los árbitros tampoco están sometidos al tradicional yugo internacional privatista de la norma de conflicto ni a la ley del lugar de la sede del arbitraje. Éstos pueden acudir a métodos de reglamentación directa e, incluso, prescindir de las legislaciones estatales aplicables; y, en consecuencia, del orden público interno vinculado a ellas, pudiendo aplicar un Derecho anacional. Sin embargo, aun en estos casos, el árbitro no debería dejar de respetar el orden público internacional del lugar o lugares donde el laudo previsiblemente deba ser ejecutado. Haciéndose eco de la regla general positivizada, entre otros, en el art. 35 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en el art. 32. 2 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), que instan para que la actuación del juzgador privado se encuentre funcionalmente orientada para conseguir la eficacia del laudo.

En el segundo caso, la deslocalización judicial del laudo se consigue si las partes renuncian al recurso contra el laudo o sustituyen el control judicial por uno arbitral como en el supuesto del Convenio de Washington: Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi).

En este sentido, la desnacionalización no es un aspecto especialmente relevante en el arbitraje internacional. Su mecanismo no difiere, en lo esencial, al empleado por los órganos estatales propensos, cada vez más, a la desnacionalización y al rechazo de la técnica conflictual tendente a «localizar» sistemáticamente los contratos internacionales en un determinado ordenamiento nacional. Por ello, se reclama la elaboración progresiva de normas extranacionales de Derecho privado material sobre el método tradicional de las normas de conflicto que aporta, en muchas ocasiones, respuestas insatisfactorias por su tendencia a «nacionalizar» aspectos que entran dentro de la problemática de la transnacionalidad.

Desde la perspectiva arbitral, el problema del arbitraje deslocalizado o desnacionalizado se encuentra vinculado a la existencia del orden público. Cuestión que, como es sabido, no es tan reciente. La problemática de la globalización actual es similar a la que desde antaño viene siendo arrastrada respecto a la deslocalización en el arbitraje internacional. Desde hace tiempo viene siendo analizada por la doctrina y la práctica del arbitraje. Ya en las distintas acepciones que recibe el arbitraje deslocalizado, tales como arbitraje «anacional»,

«transnacional», «flotante», «auténtico arbitraje internacional», etc. no es difícil vislumbrar las connotaciones de orden público que su estudio implica asociadas a la transnacionalidad o supranacionalidad del mismo. De manera que los continuos avatares en el Derecho del comercio internacional, no son tan nuevos en el sentido de plantear cuál es el contenido del orden público que los árbitros deberían respetar si quieren hacer de su laudo un instrumento ejecutable e inatacable por consideraciones imperativas y de orden público, allí donde tenga que desplegar sus efectos.

Como se ha señalado, con la globalización, en sentido negativo, vuelven a estar de actualidad los vaticinios de RIGAUX, autor que fue uno de los primeros en exponer el peligro de que a través de un arbitraje deslocalizado, el orden público pudiera llegar a abdicar en su papel de controlar a los grandes poderes fácticos, representados, en la actualidad, por los bloques económicos que se blindan a través de las fuertes agrupaciones empresariales multinacionales. Las deficiencias de los criterios nacionales e internacionales que nacionalizan el orden público, parecen perder sentido si se consigue el afán globalizador pretendido.

El problema de la deslocalización arbitral en sí no deriva de que las partes, o el propio árbitro, excluyan las leyes de uno o varios Estados, propio de los mecanismos de elección de ley que posibilita el Derecho internacional privado, sino de que se excluyan «todas», incluidas las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional que requiere ser aplicado. Ello provoca que, en la actualidad, exista una pérdida del valor de la imperatividad en diversos ámbitos materiales, con una ambigüedad mayor que la habitual falta de determinación e imprecisión, que siempre ha acompañado al orden público.

Se acrecienta la problemática de la falta de claridad respecto a cuál es ese hipotético orden público que los árbitros tendrían que respetar. El árbitro no tiene *lex fori* ante la cual sea responsable. Su responsabilidad, en principio, se debe únicamente a las partes. Las vías de localización son menos evidentes y el árbitro ha de estar en una posición mejor para averiguar y entender las necesidades de la comunidad internacional, y reclamar las nociones de orden público internacional o auténticamente internacional.

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

Se trata del problema de fondo deslocalizador de siempre, sólo que vestido con una nueva forma. Los avances tecnológicos han revitalizado las cuestiones que previamente ya preocupaban a la práctica y a la doctrina en este ámbito, pero no se cree que se precisen debates específicos al respecto, al menos en cuanto a lo que se refiere a la ley aplicable a la arbitrabilidad.

El problema, pues, no es en este punto estrictamente debido al arbitraje cibernético, sino debido a la sede. El arbitraje electrónico no debería inducir a una pérdida de territorialidad en el sentido de desamparo ante un arbitraje deslocalizado en la red. La respuesta hay que buscarla en las soluciones que frente a esta misma cuestión, se ofrecían al arbitraje deslocalizado, pues el problema de fondo es exactamente el mismo.

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

La respuesta vendría del lado de la uniformización creciente del arbitraje internacional como prioridad que supondría la posibilidad de intercambiar la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje, la renovación de las más restrictivas en este sentido, y la posibilidad de una verdadera cultura de arbitraje internacional en el ámbito mundial. Perspectiva a la que terminológicamente se alude como la «estandarización» del arbitraje internacional. En todo caso, es un nuevo aliciente para reclamar la necesidad de un orden público auténtico.

camente internacional, garantía real de que el comercio se desarrolle en el ámbito universal a través de unos cauces de ética y lealtad con independencia de las vías, ya sean tradicionales o cibernéticas, empleadas en su imparable desarrollo.

En este sentido, se defiende la existencia de un orden público transnacional y se aboga por una mayor concreción e, incluso, por una positivación de sus contenidos. El orden público supranacional, transnacional o «auténticamente» internacional podría ser el límite necesario para el arbitraje deslocalizado o desnacionalizado.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CUARTERO RUBIO, M.^a V. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, p. 22. GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 45-50. GONZALO QUIROGA, M. y M. UNCETA LABORDA. *Los Principios de Unidroit en la práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*. RCEA, 2000-2001, pp. 285-301. GONZALO QUIROGA, M. «Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional?». *RCEA*, vol. XVIII, 2000-2001, pp. 83-123. FERNÁNDEZ, J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637, ISSN: 0034-9380. PALAO MORENO, G. «El lugar del arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-abril 2011, vol. XLIV, n.º 130, pp. 171-205.

VOCABLOS CONEXOS: Anacionalidad. Arbitrabilidad. Armonización. Cámara de Comercio Internacional. Costumbre internacional. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. *Lex mercatoria*. Ley aplicable al arbitraje. *London Court of International Arbitration*. Lugar del Arbitraje, Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi). Arbitraje *online*. Orden público. Sede del arbitraje. Principios Unidroit.

ARBITRAJE ELECTRÓNICO (VER «ARBITRAJE ONLINE»)

ARBITRAJE EN ACUERDOS DE SEDE

Las organizaciones internacionales son definidas por el art. 2, inciso 1, literal i) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí, de 21 de marzo de 1986, como una «organización intergubernamental», definición incorrecta y limitada, en tanto la organización no está compuesta de gobiernos sino de Estados; y, asimismo, porque existen otros sujetos de Derecho internacional que pueden participar en su constitución. No obstante, ésta es la definición empleada en la Convención de 1975 sobre las Representaciones de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (art. 1, apartado 1.1) y en la Convención de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (art. 2, apartado 1.n).

En tal sentido, parece más correcto entender por organización internacional, aquella asociación voluntaria de Estados y otros sujetos, creada por tratado, que tiene como propósito alcanzar un conjunto de objetivos comunes, para lo cual será dotada de competencias, estructura y voluntad propia (BROWNLIE, p. 681 y BASTID, pp. 1-3).

Las organizaciones se relacionan entre sí y con otros sujetos de Derecho internacional a través de la celebración de tratados internacionales (ZEMANEK, 1971). Así, en el art. 6 del Convenio de Viena precitado expresamente, se señala que «la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas de esa organización» (DUPUY, pp. 529-542); esto es, por sus instrumentos constitutivos, sus decisiones y resoluciones, y su práctica establecida, con lo cual se descarta que la capacidad de *ius tractandi*, que las organizaciones internacionales poseen, derive de la costumbre internacional, como en el caso de los Estados.

Por el contrario, esta capacidad deriva de su tratado fundacional, sea de manera explícita o implícita. HUESA se manifiesta en el mismo sentido, al señalar que «renunciar a proclamar el *treaty-making power* de todas las organizaciones internacionales significa dudar todavía de la auténtica subjetividad internacional de las mismas, cuya principal manifestación es, precisamente, la conclusión de acuerdos internacionales» (HUESA VINAIXA, pp. 49-51). Sobre lo mismo señala BROWNLIE: «en la práctica de las organizaciones internacionales, cuando éstas no contemplan en su carta constitutiva el derecho de celebrar tratados, éstas se irrogan tal potestad» (BROWNLIE, p. 684).

En cuanto a las personas que pueden representar a la organización en la celebración de un tratado, la convención citada limita los supuestos a dos: aquélla que cuente con los respectivos plenos poderes o que la práctica de la organización le atribuya capacidad de representación, excluyéndose el supuesto de representación en virtud del cumplimiento de determinadas funciones. En efecto, si bien la representatividad neta de la organización corresponde, generalmente, al *executive officer* de ésta (Secretario General, Director General, etc.), la heterogeneidad estructural e institucional todavía subsistente entre las organizaciones internacionales, determinó que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas; y, asimismo, la Conferencia de Viena, consideraran más prudente no incluir este tercer supuesto (HUESA VINAIXA, p. 57).

En consecuencia, las organizaciones internacionales tienen la capacidad para concertar tratados de diverso tipo con otras organizaciones internacionales o Estados (KARUNATILLEKE, pp. 12 y ss. y ZANOTTI, pp. 324-337). En todo caso, esta competencia será ejercida en estrecha relación con los objetivos para los cuales fue creada; tal es la posición que se asume en el Convenio de Viena de 1986, cuyo preámbulo señala:

Las organizaciones internacionales poseen la capacidad para celebrar tratados que es necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.

Entre los diversos tratados que puede concertar una organización internacional, destacan los tratados sobre inmunidades y privilegios, de cooperación, de sede, entre otros. Precisamente, en cuanto a los Acuerdos de Sede, se debe partir por señalar que las organizaciones internacionales no poseen territorio, pero sí una sede o locales cedidos por un Estado que sirven como base material para que éstas puedan ejercer sus funciones. Esta cesión se hace efectiva mediante la celebración de un tratado, denominado Tratado Sede o Acuerdo de Sede, en el cual, además, el Estado territorial se compromete a adoptar las medidas del caso a fin de garantizar el respeto de las inmunidades y privilegios de los representantes de los Estados miembro acreditados ante la organización internacional, de los propios agentes de la organización y de la organización misma.

Si bien no existen normas generales que regulen estos acuerdos ni las relaciones jurídicas que se derivan de ellos; sin embargo, existen algunas disposiciones del Convenio de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter Universal del 14 de marzo de 1975, que resultan aplicables. En este sentido, los arts. 23 a 38 y 41 establecen las obligaciones que asume el Estado huésped para con la organización internacional.

De otro lado, salvo los arts. 73 y 77 del mismo instrumento, el Estado huésped carece de mayores prerrogativas frente a eventuales abusos de la organización o de sus funcionarios; así, por ejemplo, no puede declarar *persona non grata* a tales agentes. El art. 77 establece:

Ninguna de las disposiciones del presente artículo se podrá interpretar en el sentido de que impida que el Estado huésped adopte las medidas que sean necesarias para su propia protección. En ese caso, el Estado huésped, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 84 y 85, consultará de manera apropiada al Estado que envía para evitar que estas medidas perturben el funcionamiento normal de la misión, la delegación o la delegación de observación.

El Estado huésped también interviene en otras decisiones. Así, conforme al art. 14 del referido instrumento de 1975, el número de miembros de la Misión se delimitará teniendo en cuenta las funciones de la organización y las circunstancias y las condiciones en el Estado huésped. El Estado que envía, según el art. 15, debe notificar a la organización las personas nombradas y ésta debe, a su vez, comunicarlo al Estado huésped (ZANOTTI, p. 356). El Estado huésped interviene también para que los Estados que envían, obtengan en condiciones razonables, los locales necesarios para la misión (art. 21) y el disfrute de los privilegios e inmunidades. Sobre esto último, el art. 22.2 señala:

La Organización ayudará, cuando sea necesario, al Estado huésped a lograr el cumplimiento de las obligaciones del Estado que envía, de su misión y de los miembros de ésta respecto a los privilegios e inmunidades previstas en la presente Convención.

En materia de solución de controversias, el Acuerdo de Sede suele contemplar un mecanismo al cual recurrir, para efectos de resolver cualquier diferencia que pudiera surgir sobre la interpretación o aplicación del mismo, entre la organización internacional y el Estado en cuyo territorio va a operar la primera.

Gran parte de estas controversias están relacionadas al alcance de competencias del Estado huésped respecto a los Estados miembro de la organización. Así, entre los Estados Unidos y la ONU surgió una

controversia en torno a la misión de observación de la OLP en Nueva York, que dio lugar al dictamen de la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Relativo a la Aplicabilidad de la Obligación de Arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas* (1988), que objetó el derecho de los Estados Unidos de cerrar la misión de la OLP, por considerarla atentatoria a su seguridad.

Asimismo, el Tribunal de Distrito de Nueva York dictó sentencia negando al gobierno americano la capacidad para cerrar la misión, por entender que ello violaba el Acuerdo de Sede (REMIRO BROTONS, p. 771). La misma cuestión se puso de manifiesto ante la negativa del Departamento de Estado a extenderle una visa al dirigente de la OLP, Yasser Arafat, para asistir a la 43.ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1988, determinando la celebración de ésta en Ginebra. En el mismo sentido se señala la expulsión del embajador de Nicaragua en Washington, acreditado ante la Organización de los Estados Americanos, en 1988 (RODRÍGUEZ CARRIÓN, p. 357).

Precisamente, para la solución de éstas y otras controversias de distinta naturaleza, todos los Acuerdos de Sede contienen una cláusula de solución de controversias, normalmente de carácter mixto; esto es, combinando mecanismos de solución de controversias de carácter diplomático como la negociación directa, con mecanismos de carácter jurídico, como el arbitraje.

En efecto, la primera disposición que encontramos en los mecanismos de solución de controversias previstos por los Acuerdos de Sede, es el recurso a la negociación directa o trato directo. Tal es el caso de lo dispuesto por el art. 27 del Acuerdo de Sede celebrado el 11 de marzo de 1946 entre la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Confederación Suiza; por la Sección 2 del art. VIII del Acuerdo de Sede celebrado en Washington el 14 de mayo de 1992, entre la Organización de Estados Americanos y los Estados Unidos de América; por el art. XXVII del Acuerdo de Sede celebrado en Lima, el 27 de diciembre de 1978, entre el Perú y la Oficina de Educación Iberoamericana (OEI); por el art. 21.1 del Acuerdo Sede entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) y el Estado peruano, suscrito el 22 de febrero de 2006, para el funcionamiento del Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina en Cusco; por el art. XIII.3 del Acuerdo Sede entre el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el Perú, suscrito en Roma el 16 de enero de 2012, e incluso en un acuerdo de carácter temporal, como es el caso del art. 13 del Acuerdo de 17 de junio de 2014, celebrado entre el Perú y la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, para efectos de establecer la sede de la Vigésima Conferencia de las Partes.

Asimismo, como ha quedado dicho, los Acuerdos de Sede prevén que ante el fracaso de la negociación directa se recurra al arbitraje entre la organización internacional y el Estado huésped, lo que queda evidenciado en todos los acuerdos precitados. En estos casos, encontramos como regla general que se estipule la formación de un tribunal arbitral de tres miembros, en los que cada parte, Estado y organización internacional designa a un árbitro cada una, y los árbitros designados eligen al tercero que preside el tribunal.

Usualmente está previsto que, en el caso de no llegar a un acuerdo para designar al presidente del tribunal dentro de un plazo, esta elección sea encargada a un tercero, que puede ser el presidente de la Corte Internacional de Justicia (tal es el caso del art. 21.1 del Acuerdo Sede entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) y el Estado peruano, suscrito el 22 de febrero de 2006, para el funcionamiento del Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina en Cusco, o del art. XIII.3 del Acuerdo Sede entre el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el Perú); el Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje (un ejemplo de esta previsión lo tenemos en el art. 13 del Acuerdo de 17 de junio de 2014, celebrado entre el Perú y la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, para efectos de establecer la sede de la Vigésima Conferencia de las Partes); u otra autoridad de reconocida competencia y neutralidad (véase el art. 27.4 del Acuerdo de Sede celebrado el 11 de marzo de 1946 entre la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Suiza, que encarga tal designación al presidente de la Corte Suprema de los Países Bajos, o el art. XXVII del Acuerdo de Sede celebrado en Lima, el 27 de diciembre de 1978, entre el Perú y la Oficina de Educación Iberoamericana (OEI), que dispone que a falta de acuerdo sobre la designación del presidente, ésta sea hecha por el Jefe de la Misión Diplomática más antiguo de los acreditados en el Perú, pertenecientes a Estado miembro de la OEI).

Finalmente, la regla general para los arbitrajes entre Estados y organizaciones internacionales para las controversias surgidas de la aplicación o interpretación de los Acuerdos de Sede, es que el procedimiento sea establecido por el propio tribunal arbitral (es el caso de lo dispuesto por el art. 27 del Acuerdo de Sede celebrado el 11 de marzo de 1946 entre la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Suiza); aunque en algunos casos las partes eligen procedimientos preestablecidos administrados por alguna entidad internacional

(tal es el caso de lo previsto por la Sección 2 del art. VIII del Acuerdo de Sede celebrado en Washington el 14 de mayo de 1992, entre la Organización de Estados Americanos y los Estados Unidos de América, que remite, alternativamente, a los procedimientos de la *American Arbitration Association* o de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Igualmente, es el caso del art. 13 del Acuerdo de 17 de junio de 2014, celebrado entre el Perú y la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, para efectos de establecer la sede de la Vigésima Conferencia de las Partes, que dispone: «El procedimiento arbitral se realizará de conformidad al Reglamento Arbitral Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Organizaciones Internacionales y Estados en vigor en la fecha del presente Acuerdo»).

(Autores: Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano. Profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BASTID, Suzanne. *Droit international public. Le droit des organisations internationales. Les cours de droit*. París, 1969-1970. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990. DUPUY, René-Jean. «Le Droit des Relations entre les Organisations Internationales». En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1960-II, tomo 100. HUESA VINAIXA, Rosario. «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Viena de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales». En *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, 1989, vol. 1, XLI, n.º 1. KARUNATILLEKE, Kesera. «Essai d'une classification des Accords conclus par les Organisations Internationales, entre elles ou avec des Etats». En *Revue Générale de Droit International Public*. París, 1971, LXXV. REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997. RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994. ZANOTTI, Isidoro. «Acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales, especialmente, las Interamericanas». En *Cuarto Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, 1977. ZEMANEK, Karl (ed.). *Agreements of International Organizations and The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Nueva York-Viena: Springer-Verlag, 1971.

ARBITRAJE EN CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA DEL SECTOR PÚBLICO

1. Definición y tipos de contratos del sector público

Los contratos de infraestructuras del sector público pueden definirse en rasgos generales como aquéllos celebrados entre un organismo público y un operador económico privado para responder a una necesidad de interés público en materia de obras, suministro o servicios; siendo los tipos más comunes en el ámbito internacional, el contrato de obras, el contrato de concesión de obras públicas, y el contrato de colaboración público-privada (*public private partnership*).

Los contratos de obras, de concesión de obras públicas o de colaboración público-privada tienen por objeto común la construcción o reparación de bienes tales como autopistas, líneas de ferrocarriles, aeropuertos o puertos. La diferencia sustancial (en lo que aquí nos interesa) reside en el modo de financiación de la obra, ya sea por el Estado en su totalidad (contrato de obras), o por un sistema mixto público-privado (concesión de obras públicas o colaboración público-privada).

Merece resaltar los contratos de colaboración público-privada (PPP), inspirados en el modelo inglés de *private finance initiative*, son contratos por los que uno o varios agentes privados participan a largo plazo con la administración para construir y/o explotar infraestructuras públicas o proveer servicios tradicionalmente realizados por el sector público, tales como la construcción y mantenimiento y explotación de una prisión. Diversos países de la Unión Europea, como, por ejemplo, Alemania, Francia, España e Inglaterra, han incorporado este modelo contractual público-privado en sus legislaciones.

Todos estos contratos tienen como elemento en común la intervención de un ente público, ya sea directa o indirectamente, en la celebración, elaboración o ejecución de los mismos. La cuestión que surge es si la solución de las controversias que se susciten entre el ente público y el privado, son de competencia exclusiva de los tribunales estatales o si, por el contrario, pueden también ser dirimidas por un tribunal arbitral.

2. Los contratos del sector público: ¿son arbitrables?

Como es sabido, no toda clase de conflictos pueden ser dirimidos por un tribunal arbitral. Para que la justicia arbitral pueda conocer de un litigio, es necesario que el mismo sea arbitrable. Ello dependerá, por un lado, de la capacidad de las partes como sujetos contractuales para someter una controversia a arbitraje (arbitrabilidad subjetiva); y, por otro, de la materia sobre la que versa la controversia misma (arbitrabilidad objetiva).

a) *La «arbitrabilidad» subjetiva*

La «arbitrabilidad» subjetiva se entiende en un sentido positivo, como el análisis de la existencia y validez del consentimiento de las partes para someter su controversia a arbitraje, o en un sentido negativo, como el análisis de aquellos casos en los que se prohíbe a algunos entes o individuos someter sus controversias a arbitraje en cuanto a su función y naturaleza.

Tradicionalmente, en los ordenamientos de los sistemas civilistas, los contratos en los cuales una de las partes es un organismo público, no han podido ser sometidos a arbitraje. Así, por ejemplo, en Francia, el art. 2060 del Código Civil establecía con carácter general una prohibición de acudir a arbitraje a los organismos públicos (aunque con algunas salvedades y especificidades para determinadas entidades industriales o tratados internacionales como, por ejemplo, el firmado para la construcción del Túnel de la Mancha).

La razón detrás de esta prohibición de arbitrabilidad vigente en su momento en casi todos los países de tradición civilista, es que las partes privadas no deberían tener el poder de decidir sobre cuestiones de Derecho público. Así, el Consejo de Estado francés estableció en 1957, que la prohibición de someter a las entidades públicas al arbitraje existe con el fin de no dejar de lado las garantías, que sólo el sistema judicial puede dar para la defensa del interés público. Con el tiempo, sin embargo, se ha ido produciendo una apertura hacia el arbitraje, como modo de resolución de controversias con la administración.

Así, y sobre todo ante la necesidad de acudir a capitales privados para la provisión de servicios de interés público, numerosas legislaciones de esta área han permitido la incorporación de cláusulas de arbitraje a los contratos de obras, concesiones y *public private partnership*, especialmente, cuando se trata de proyectos en los que existe la necesidad de recursos provenientes de la inversión privada (e incluso extranjera). Son de especial interés en este contexto las legislaciones de los países situados en el área iberoamericana, tales como Perú, México, Colombia, Chile o Brasil, donde se permite, por regla general, el arbitraje en los contratos del sector público (aunque con excepciones y matices).

También el Derecho español ha iniciado esta apertura, entre otros, con la aprobación del Real Decreto Legislativo n.º 3/2011 de 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El art. 50 de esta ley indica textualmente que «Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 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», remitiéndose al art. 1 de la ley para matizar el carácter o no de administración pública.

Se puede concluir, por tanto, que existe una aceptación progresiva del arbitraje en contratos del sector público. Sin embargo, aun suponiendo que una entidad pública pueda acordar el arbitraje como método de resolución de controversias, esto no sería suficiente para otorgar competencia a un tribunal arbitral en caso de conflicto. Es necesario que, asimismo, la materia sobre la que versa el conflicto, sea arbitrable.

b) *La «arbitrabilidad» objetiva*

La arbitrabilidad objetiva responde, esencialmente, a la cuestión de qué materias son las arbitrables. Esta noción suele ser vista como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de la naturaleza del litigio.

En lo referente a los contratos administrativos existe una problemática inherente a su naturaleza, especialmente, en los países de tradición civilista, derivada de la noción de interés general a la que se encuentra sometida la administración. La administración debe velar por la buena ejecución y continuidad de los servicios públicos (pensemos en la necesidad de continuidad del suministro eléctrico o de agua).

En el sistema de Derecho público, se considera que la administración tiene unas potestades exorbitantes que permiten la incorporación a los contratos administrativos de cláusulas contractuales que van más allá de aquellas permitidas en los contratos de Derecho privado, colocando así a la administración pública en un *status* distinto al de su contraparte privada.

La jurisprudencia y doctrina consideran como prerrogativas que se otorgan a la administración pública, por ejemplo, el poder de revocar unilateralmente por motivos de orden público (con compensación en algunos países), el poder de la administración de modificar unilateralmente el contrato (dentro de ciertos límites,

y en relación con el interés general, incluso en ausencia o falta de culpa de la parte privada) o el ejercer la excepción de incumplimiento (no se podrá suspender el servicio aunque la administración no pague). Es, por lo tanto, en la ejecución del contrato donde más claramente queda puesta en evidencia la violación de algunos principios de Derecho privado, toda vez que para asegurarse la vigencia y el cumplimiento del contrato administrativo, así como para satisfacer el propósito de servicio público que le dio origen, se reconoce que la administración tiene una serie de derechos y prerrogativas que la parte privada no tiene. Tales potestades constituyen cláusulas exorbitantes, virtuales o implícitas, porque se entienden incorporadas tácitamente en todo contrato con la parte privada.

En esta capacidad no pueden dejarse de lado las garantías que sólo el sistema judicial estatal puede aportar en defensa del interés público. Así, por ejemplo, pertenece a nuestra tradición jurídica de Derecho público que el juez administrativo sea el único competente para juzgar sobre la legalidad de los actos unilaterales de la administración, por el que ésta resuelva o modifique el contrato. Ello implica que las reclamaciones presentadas con respecto a estas acciones de la administración, en el ejercicio de su autoridad pública, no serían «materia arbitrable». Parte de la doctrina considera, entonces, que el sistema jurídico-administrativo debe seguir siendo competente para resolver de ciertas cuestiones que afecten al interés público.

Sin embargo, el carácter administrativo de un contrato no es óbice para que se le reconozca a la jurisdicción arbitral también competencia para conocer de algunas consecuencias de la actuación de la administración en la ejecución del contrato, como pueden ser las de índole indemnizatoria.

En definitiva, pese a la progresiva aceptación del arbitraje en los contratos de infraestructuras con el sector público, no cabe olvidar que el juez administrativo puede tener competencia para intervenir en determinadas etapas de la ejecución del contrato, no siendo, por tanto, la jurisdicción arbitral la única competente para dirimir estos contratos, y ello pese a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato para resolver todas y cada una de las cuestiones que surjan.

(Autor: Carmen Núñez-Lagos/socia de Hogan Lovells LLP).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Real Decreto Legislativo n.º 3/2011 de 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Código Civil francés.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DORREGO DE CARLOS, Alberto. «El arbitraje en los contratos públicos». En *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, pp. 6-8. RONALDO HERNÁNDEZ, H. «Las prerrogativas de la administración». En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 2008, pp. 5-9. MYERS, James J. «Developing Methods for Resolving Disputes in World-Wide Infrastructure Projects». En *Journal of International Arbitration*, 1996, pp. 101-112. CREMADES, Bernardo M. «La participación de los Estados en el arbitraje internacional». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. VERDERA Y TUELLS, Evelio y José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (eds.), 2010, pp. 655-674; GARCÍA ORTELLS, Francisco. «La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público». En *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2013, pp. 57-66.

ARBITRAJE EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Introducción

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

Sin duda alguna que el arbitraje, como técnica de solución de conflictos por heterocomposición, aborda hoy en día ámbitos y se extiende a terrenos que lo hacen muy poco inasequibles al mismo.

Uno de estos campos es, precisamente, el de las telecomunicaciones, y más ampliamente el de las tecnologías de la información, en el que el arbitraje está llamado a desempeñar, si no desempeña ya, un relevante papel en la solución de conflictos que se suscitan entre los diferentes operadores. Como también, entre otros sujetos y agentes, en su sentido más amplio, en cuyo ámbito cabe destacar el llevado a cabo entre operadores o prestadores de una parte, y usuarios y consumidores de otra, integrando el cada vez más socorrido (sobre todo, en el campo de las telecomunicaciones, arbitraje de consumo). Y sin olvidar que, en función de esas características de la industria de las telecomunicaciones, entre las que cabe contar, esencialmente, con su dimensión de globalidad, y de su transnacionalidad, es también frecuente que se tenga que abordar un arbitraje de carácter internacional, o con efectos transfronterizos, en todo caso, ya sea éste comercial o de inversiones.

Para establecer el marco del presente estudio, en los estrechos límites en que se contiene, sería necesario abordar sucesivamente: a) las características estructurales, tecnológicas, económicas, institucionales y jurídicas del sector, en orden a delimitar el tipo de controversia que se presenta en este ámbito; b) los rasgos del sistema de regulación instalado en el sector, que ha basculado desde una posición inicial de monopolio, con mayor o menor extensión y técnicas de implantación y de gestión, a un régimen de libre competencia, progresivamente instalada, con inserción de obligaciones de servicio público o servicios de interés general, y que, sin duda, imprime un sesgo específico en la arbitrabilidad de las controversias y el Derecho aplicable en todo caso; c) las características de las controversias que se suscitan normalmente en esta industria y que ayudan a comprender las razones y a manejar los instrumentos y posibilidades de la técnica arbitral; d) las justificaciones del empleo de la técnica arbitral en la solución de esas controversias, señalando cuáles son las ventajas, como también los inconvenientes, y las cautelas que, en todo caso, es menester adoptar para el buen desempeño de los arbitrajes en el sector; e) las clases de arbitraje, que se pueden utilizar, señalado sus particulares características (arbitraje institucionalizado, *ad hoc*, reglamentado no administrado, internacional, con particular incidencia en el arbitraje de inversiones) en función de las connotaciones estructurales de la industria, y de factores, especialmente, presentes en las telecomunicaciones de hoy, como son la globalización, mundialización de la economía transversal, uniformización de técnicas y contenido de gestión, etc.

Dentro de este esquema sería oportuno incluir el arbitraje que se lleva a cabo, por especial disposición legal o reglamentaria, y de conformidad a la ley de arbitraje, por los órganos de regulación, estableciendo las oportunas diferencias entre la actividad de regulación de carácter dirimente que incorpora el sistema de regulación para la competencia y la actividad arbitral propiamente dicha, tanto a cargo de los órganos de regulación, actuando como árbitros, o para cualquier forma de arbitraje; f) las fuentes que regulan el arbitraje tanto de origen nacional como internacional; g) el estudio de los diferentes elementos de la institución arbitral, desde el convenio creador, en sus diversas fases y elementos contractuales, hasta el laudo y la fase postarbitral, destacando las características o especialidades que el ordenamiento o la práctica arbitral va diseñando para este tipo de arbitraje en el sector de las telecomunicaciones; h) entre estos elementos; y, en particular, el acceso al arbitraje a través del convenio, en sus hoy en día múltiples modalidades y manifestaciones, y en sus diversos elementos, a su vez, de forma, contenido, efectos, etc., contemplando los arbitrajes multiparte o multipartitos, en razón de la propia estructura de la industria, de carácter real, asociando diversos sujetos que incorporan valor a la cadena operacional o servicial; h) la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento, el derecho aplicable, teniendo muy especialmente en cuenta la presencia de disposiciones o leyes imperativas y decisiones que gozan del valor de las resoluciones administrativas, a cargo, fundamentalmente, de los órganos reguladores y de las diversas administraciones que, según los ordenamientos, intervienen y participan en el sector para llevar a cabo los objetivos de la ley. Y, por último, el régimen de la anulación y de ejecución y reconocimiento del laudo arbitral dictado.

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

2. Características de la industria

La industria presenta en origen unas características (fuertes costos de implantación, costos «hundidos», decrecimiento de costos emergentes, necesidad de utilizar el dominio viario, impacto creciente efectivo de las tecnologías de rápida evolución, etc. y multiplicidad de redes, reales y virtuales, integración digital, nuevas redes, implantación progresiva y desarrollo de la banda ancha, etc. y su impacto en el acceso a Internet y en la telefonía, tanto fija como móvil, etc.) que han ido modelando sucesivos sistemas de regulación y de gestión. Preciso es contar, además, con las transformaciones de los mercados y de los marcos políticos, económicos, institucionales, de forma interactiva, y que al propio tiempo han ido modificando, si no alterando profundamente, los regímenes establecidos para dar entrada a un progresivo sistema de competencia, a operadores de nuevo cuño y prestancia, como los operadores virtuales, como también a una redefinición incesante de las necesidades de tipo público, más concretamente el servicio universal, el acceso y uso a Internet, y otras necesidades y obligaciones de tipo público.

3. El sistema de regulación para la competencia

El sistema de regulación para la competencia, con características singulares, entre las que se cuenta una progresiva adaptación a los objetivos de la competencia en los mercados relevantes, y un cambio paralelo de las

técnicas jurídicas y no jurídicas de puesta en marcha de esos nuevos escenarios, es también un factor a tener en cuenta muy especialmente entre las características del sector, que es el de ser una industria de red (en la producción y distribución de los bienes objeto de la misma, la información y telecomunicaciones) y un sector regulado, con implantación de órganos con potestades específicas y muy singulares respecto de otras técnicas de intervención administrativa, en orden al desempeño de sus actividades delimitadas según la ley, en la mayoría de ordenamientos en el mundo hoy en día.

4. Una controversia de tipo estructural

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

Existe normalmente una controversia entre operadores de las distintas redes y de los diferentes servicios, porque ambos ocupan posiciones diferentes cuando no antagónicas, en el acceso y, sobre todo, en el desempeño y permanencia en el mercado, con todo lo que ello implica, en cuanto a acceso a redes, servicios, contenidos y aplicaciones exponencialmente crecientes en un entorno de bien patente convergencia.

Por sus propias características (industria de red, en régimen de progresiva competencia, con necesidades globales de servicio público), la controversia tipo de carácter existencial en las telecomunicaciones es aquella que se genera a propósito del acceso o interconexión de redes, la utilización conjunta de infraestructuras físicas o ámbitos de dominio público viario y en la definición, acceso, reparto e imputación de costos en la satisfacción de las necesidades de servicio público y el manejo de los recursos escasos. Por falta de definición las más de las veces, y por la estructura cambiante de los mercados y de las tecnologías, el sistema de regulación incorpora de manera natural este tipo de controversias entre operadores, y para cuya solución también el arbitraje puede servir de marco imprescindible para su solución, en beneficio de las partes y de todo el sistema de gestión de las telecomunicaciones.

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

5. Clases de arbitraje en telecomunicaciones

El arbitraje puede ser considerado doméstico, si se hace conforme a la ley de arbitraje y para este tipo de arbitraje; internacional, en los propios términos específicos para esta clase de arbitraje, de la ley nacional; ya sea que se desarrolle en el propio país, ya provenga del extranjero, bajo el imperativo de fuentes internacionales. Y dentro de éste el arbitraje internacional comercial, nutrido por fuentes de este tipo, entre las que cabe contar la de Uncitral (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, según las siglas en inglés).

Como también puede ser que el arbitraje sea institucionalizado (administrado por una institución de arbitraje, aunque no sea frecuente, dadas las características del sector y de las controversias suscitadas). Puede ser –lo es con frecuencia– *ad hoc*, o diseñado específicamente para la ocasión, abonada esta perspectiva por el gran volumen, singularidad y trascendencia de las operaciones de telecomunicación. Y también hay que hacer mención al arbitraje desempeñado, bajo los parámetros de la ley de arbitraje, por algunos de los órganos de las administraciones de regulación, arbitraje que plantearía ventajas, como también inconvenientes, en orden a deslindar materias arbitrables, y en orden también a ciertas características de este arbitraje (poderes de los árbitros, independencia, abstención y recusación, etc.).

6. Arbitraje de consumo

El arbitraje de consumo se perfila en la actualidad, ampliamente para el conjunto de países, como el sistema de solución de controversias entre operadores y usuarios o consumidores, con motivo de las controversias surgidas entre ambos con ocasión del establecimiento, provisión o gestión de los servicios de telecomunicaciones.

Por su propio carácter, la tendencia es la de sustituir a la solución judicial, o a la solución propiciada desde la propia administración, sea la tradicional, sea la específicamente regulatoria.

Máxima importancia tiene, efectivamente, dentro de este esquema señalado de la aplicación del arbitraje en la solución de conflictos sobrevenidos en el campo de las telecomunicaciones, en general, el denominado arbitraje de consumo. De conformidad a un lineamiento que se va implantando ya ampliamente en todos los ordenamientos, en el arbitraje de consumo, bien el de carácter general establecido para relaciones de este tipo, y todas las industrias y sectores, bien por específicos regímenes de consumo en la industria de las telecomunicaciones, el arbitraje tiende a erigirse como la técnica idónea de solución de conflictos entre operadores o prestadores de servicios, en general, y consumidores o usuarios, en su más amplio concepto.

Por el tipo de controversia sobre el que se proyecta, por la manera de acceder al mismo, a través de la utilización por el usuario, de una oferta o establecimiento de vía arbitral abstracta, genérica y previa, por parte de la operadora o prestadora, para la solución de los conflictos de este tipo, por el concurso que prestan para su implantación y desarrollo, las administraciones públicas, el arbitraje de consumo presenta connotaciones específicas que le otorgan originalidad, sin duda, respecto de otras técnicas arbitrales. Pero, en lo esencial, la sentencia es de carácter arbitral, puesto que se origina mediante un convenio (aunque diferido, como corresponde con las contrataciones masivas, desdobladas en una oferta genérica seguida de la aceptación de la otra parte, en su caso), y se culmina con un laudo dotado de la autoridad de cosa juzgada. Y con *apartamiento ex officio iudicis*.

Pero, por el papel que en él desempeñan, normalmente, las administraciones públicas, el arbitraje de consumo se configura como una actividad prestacional, de carácter gratuito, y con sujeción a procedimientos previamente establecidos por el poder público.

No obstante, el establecimiento de este tipo de arbitraje, precisa de unas condiciones previas para su eficaz desenvolvimiento, tales como la presencia de asociaciones de usuarios que vertebren las demandas sociales, y presencia, asimismo, de administraciones públicas que sustenten el sistema, ya que, en definitiva, y desde este punto de vista, el arbitraje de consumo es, como se ha señalado, una actividad prestacional de la administración que establece los marcos, las normas y los medios para que el arbitraje de consumo se lleve a cabo con la mejor comodidad y menor costo para el usuario.

El arbitraje de consumo en telecomunicaciones acapara la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo (setenta por cierto de las quejas formuladas) y amenaza hoy por hoy con colapsar los servicios que en este ámbito prestan las administraciones públicas. Quizás fuese útil indagar acerca del desmesurado aumento de la litigiosidad en las relaciones que oponen a usuarios y prestadoras de telecomunicaciones. En este punto se trataría de perfilar el alcance de factores como la proliferación de operadores, tanto reales como virtuales, el incremento y operatividad de redes y servicios que han traído de consumo la digitalización y el fenómeno Internet, la ausencia de regulación en muchos casos, etc. a lo que no es ajeno, ni mucho menos, la actitud de mechas operadoras y prestadoras de servicios, tanto fijos como móviles; pero, especialmente, en este último campo, quizás no muy proclives, por diversas razones, a llevar adelante una política de satisfacción del cliente igualitaria y efectiva.

El problema del arbitraje de consumo sigue estribando en la forma de articular, de modo efectivo, el acceso de los justiciables al arbitraje, estableciendo las condiciones precisas para ello y garantizando el cumplimiento de las decisiones y soluciones recaídas. Así como el establecer vías comunes o de reclamaciones colectivas que permitan la defensa de consumidores y usuarios, sobre una base de generalidad e igualdad.

También lo es la articulación entre la satisfacción a cargo de entidades públicas o de regulación, insertadas en las administraciones públicas, con la dirimencia de cuestiones en fase privada, auténticamente arbitral o judicial, en su caso. Problema tanto más agudo cuanto que el sector de las telecomunicaciones, es un sector regulado, con implantación de organismos reguladores a nivel estatal o supraestatal (caso de la integración regional o supranacional, UE, Mercosur, etc.).

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

Importante es también el deslinde que ha de hacerse del arbitraje propiamente dicho, sometido a la ley de arbitraje y con base en un convenio arbitral, que debe seguir todos los pasos y contener todos los elementos de su inequívoca naturaleza arbitral, de aquella otra actividad, que es propia de la administración reguladora y mediante la cual el órgano regulador interviene con facultades aparentemente arbitrales, para dirimir una

controversia entre partes (fundamentalmente, en materia de interconexión de redes, o de acceso a redes, aunque no se excluyen controversias en cuanto a delimitación de obligaciones de servicio público o compartición de infraestructuras viarias u otros recursos escasos).

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

8. Acceso al arbitraje

El acceso al arbitraje no puede ser otro que el determinado por la ley de arbitraje o *lex arbitri* y con sujeción a sus términos, bien se trate de un arbitraje administrado, bien se trate de un arbitraje *ad hoc*. Dada la complejidad de las cuestiones tratadas, el convenio arbitral debe ser redactado con esmero, para que cubra todos los elementos de la controversia suscitada y defina las tareas o aspectos que deben ser objeto de decisión por los árbitros. Es importante fijar en él los diferentes tipos de operaciones que los árbitros, como mandatarios de las partes, y como juzgadores, deben resolver.

Se llama la atención sobre la necesidad de contar con los aspectos técnicos (disposición de redes, nodos, infraestructuras), económicos (precios, tarifas y metodologías de costos), jurídicos (obligaciones y derechos de las partes, obligaciones de confidencialidad, etc.) que configuran normalmente la operación prototípica hoy en día en las telecomunicaciones, y que es objeto con mayor frecuencia de sumisión a arbitraje; es decir, la interconexión de redes. También es importante delimitar cuáles hayan de ser los parámetros de actuación de los árbitros (arbitraje de derecho y de equidad, reglas imperativas, reglas de competencia en su caso, etc.).

9. Reconocimiento y ejecución de laudos externos. Control sobre laudos externos en arbitraje de telecomunicaciones

Dado el carácter global de las operadoras de telecomunicaciones, es posible y hasta relativamente frecuente, la presencia de laudos dictados en el extranjero, y que, al amparo de Tratados, como la Convención de Nueva York o de leyes nacionales de arbitraje, han de reconocerse y ejecutarse en un país distinto a aquél en que se dictaron. Por las especiales características de la industria de las telecomunicaciones, que llevamos señalando, el control del juez del exequátur ha de versar sobre importantes cuestiones que afloran respecto del orden público del país receptor y del alcance y naturaleza del control ejercido por los tribunales nacionales a este respecto.

Por su envergadura, su transnacionalidad obvia y su globalidad esencial, la industria de las telecomunicaciones es objeto de frecuentes arbitrajes internacionales, o nacionales, cuyos laudos han de ser reconocidos y ejecutados en otro país. Ya sea en aplicación de la Convención de Nueva York, o de otros Tratados y Fuentes, entre las que cada vez cuentan más las propias leyes nacionales sobre arbitraje, existen ya en el panorama del exequátur diversos laudos objeto de reconocimiento por nuestros tribunales en la labor de control que les tienen asignadas esas fuentes.

En este sentido, cabe mencionar aquí, el recaído recientemente sobre un laudo proveniente de la CCI, a cargo del Tsjpv, en un arbitraje entre, las dos operadoras, *France Telecom* y *Auskaltel*, en el que se plantean, no sin polémica, cuestiones tan claves como la necesidad de aplicar el derecho de la competencia europeo, encarnado dentro del orden público comunitario; y, sobre todo, en relación al alcance, naturaleza y extensión del control del juez del exequátur (asunto *France Telecom vs. Euskaltel*, del Tsjpv de 19 de abril de 2012. ÁLVAREZ RUBIO J.J. e Iñigo IRURETAGOYENA AGUIRREZABALAGA, en vol. VI, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, p. 213).

10. Arbitraje de inversiones en materia de telecomunicaciones

Mención especial debe hacerse en este punto al acceso al arbitraje a través de un Tratado de Protección de Inversiones, simplemente, como manifestación más novedosa y rica de consecuencias en el arbitraje internacional de inversiones. En este ámbito es posible acceder a la justicia arbitral a través de un tratado bilateral o multilateral de inversiones, o regionales, como también de una ley nacional en países que cuentan con leyes de este tipo sin que exista previamente un convenio entre partes. Y que ha traído como consecuencia el establecimiento de una jurisdicción arbitral de carácter universal con base en los tratados y demás fuentes aplicables en materia de inversiones. Y con preeminencia, en consecuencia, de las *treaty claims* sobre las *contract claims*, que es uno de los aspectos más interesantes en la evolución del arbitraje internacional, en el campo específico de las inversiones (considerando que el consentimiento arbitral se opera en dos fases: emisión por el Estado en el tratado y codecisión de la parte a través de la correspondiente solicitud de arbitraje).

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

Y también cabe citar en este apartado el litigio habido, con vicisitudes varias y final incierto, suscitado entre *Telecom Italia* y *Bolivia*, en el que han vuelto a aflorar los demonios interiores de un tipo de arbitraje que todavía en muchos de sus aspectos se configura como arquetipo en la relación entre países Norte-Sur.

10.1. Caso *Telenor*

Es interesante porque se trata de un arbitraje de inversiones, al amparo del Ciadi, en supuesto muy común de la industria de las telecomunicaciones, tras la privatización, liberalización y entronización de un esquema de regulación para la competencia.

Descripción.- Una compañía noruega de telecomunicaciones invierte en Hungría, en una filial, para dar el servicio de telecomunicaciones móviles. El Estado regulador húngaro provee diversas reglas relativas al suministro del servicio universal en telecomunicaciones, conforme a la normativa interna del Derecho de la regulación económica aplicable al sector.

Según la demandante, esta actuación del Estado regulador ocasionó serios inconvenientes al inversionista extranjero, que de esta manera vio reducidas sus expectativas, y pretendiendo que se le había, por ello, expropiado de forma indirecta o mediante medidas equivalentes a una expropiación.

Es interesante la cuestión porque analiza un supuesto de la máxima importancia; esto es, la compatibilidad del régimen de protección de inversiones extranjeras, amparadas en un tratado bilateral, con el desarrollo o capacidad normativa propia del Estado regulador, en un supuesto tan típico como es la organización del suministro del servicio universal de las telecomunicaciones.

Se trata, en suma, de uno de los problemas más agudos y actuales en la confrontación entre los intereses del inversionista extranjero y el Estado receptor soberano. Lo cual va a cifrar en un futuro no demasiado lejano, el alcance y sentido preciso del ejercicio y de la naturaleza de la legalidad internacional, cuyo respeto consagra el sistema de arbitraje de inversiones y que pretende situar como causa final del contencioso en esta materia. El equilibrio entre el régimen protector y garantizador de las inversiones que los Estados procuran, por un lado, y las competencias legítimamente asignadas al Estado regulador, por otro, sustentadas en el interés general específicamente articulado como Estado regulador o sistema de regulación para la competencia.

11. La arbitrabilidad de la controversia. El tratamiento de las disposiciones imperativas

Otra característica del arbitraje en telecomunicaciones, en función de la presencia de la administración pública con potestades al efecto, más extensas o delimitadas según los ordenamientos, y que es necesario siempre tener en cuenta, es la especial penetración de la materia por disposiciones imperativas; y, en definitiva, por lo que se denominan las leyes o normas de policía.

Ellas tienen particular importancia; y, por ello, habrá que guardar las cautelas necesarias: en orden a la arbitrabilidad de la controversia, reservando los aspectos sobre los que no podrían entrar a conocer los árbitros que sólo pueden intervenir en los confines del Derecho dispositivo; y aquéllos relativos a la preservación del orden público y su posible configuración como obstáculo a la validez o el reconocimiento del laudo; así como la valoración que de dichas normas imperativas deben hacer los árbitros, considerándolas como Derecho aplicable necesariamente.

Cuestión primordial, frecuentemente suscitada en el arbitraje de telecomunicaciones, entre dos o más operadores o prestadores de servicios, es la exigencia de la arbitrabilidad del litigio, enmarcando estrictamente las cuestiones arbitrables dentro del espacio dispositivo a la voluntad de las partes, e identificando, asimismo, las normas imperativas que deben ser de aplicación. Y entre ellas tienen especial y frecuente aplicación las relativas a las denominadas obligaciones de servicio público, normas varias sobre interconexión y comparación de infraestructuras, y, en mayor medida, las normas sobre Derecho de la competencia.

El sector de las telecomunicaciones, pese a una progresiva decantación hacia las formulaciones propias del Derecho dispositivo, resultado de una aplicada política legislativa de profundización en la liberalización, privatización y competencia, en la provisión de redes y servicios; y, por ende, permeable a una mayor penetración de la técnica arbitral (y de otras ADSR) para la solución de controversias entre los diversos sujetos involucrados, es un sector intervenido, o por mejor decir, regulado.

La consecuencia de ello no es otra que la abundante presencia de normas imperativas, que los justiciables, los árbitros y los organismos de control deberán tener en cuenta como elementos que forman parte del sistema arbitral. La presencia de leyes imperativas, leyes de policía, Derecho cogente o cualquier otra denominación, emanadas de diversos poderes (leyes, decisiones y resoluciones supranacionales, reglamentos, resoluciones de organismos reguladores, etc.) son, según la propia naturaleza del arbitraje, impermeables a la labor de arbitrar. Pero, ello no quiere decir que los árbitros –cada vez más asimilados a un juez en este aspecto– deban tener en cuenta en sus decisiones.

Y ello, por dos razones fundamentales: porque la institución arbitral se ha de desarrollar en los márgenes estrictos de la materia arbitrable; es decir, del Derecho dispositivo, y puesto que más allá de esta zona, su actuación no sería *stricto sensu* posible, salvo para identificar y aplicar, en todo caso, las normas denominadas de policía, y porque al árbitro, como al juez, compete no vulnerar el orden público, so pena de anulación de laudo, o de denegación del exequátur, según sea el ámbito en que se proyecta el control de los laudos recaídos.

En suma, por tratarse de un sector con presencia de normas imperativas, en sus diversas vertientes y naturalezas, emanadas de los órganos, tanto nacionales como supranacionales, que se proyectan sobre el sector, como de los diversos organismos reguladores integrados en la administración, con unos u otros matices, con unos u otros cometidos y competencias en la práctica totalidad de los sistemas que se adscriben al denominado «regulación para la competencia», preciso es que las partes y los árbitros tengan en cuenta de qué manera han de entender y tratar estas cuestiones que se proyectan sobre la institución arbitral, al menos en tres apartados significativos e insoslayables: 1) en la arbitrabilidad de las materias sometidas al arbitraje, 2) en el Derecho aplicable al fondo de la controversia, 3) en la estricta aplicación de las normas imperativas por los árbitros, so pena de vulnerar el Derecho aplicable, o el orden público, 4) en el control de la aplicación de las disposiciones imperativas, por parte de los órganos de tutela o de control judicial, en trámites de anulación o reconocimiento y ejecución de los laudos dictados, 4) y en aquellos otros controles propiciados por los órganos con competencia de revisión en sentido lato, de carácter interno o endogámico, (comités *ad hoc*) cuando se aplica el sistema del arbitraje de inversiones enmarcado en el Ciadi.

La arbitrabilidad del litigio excluiría, en principio, aquellas materias que en términos generales exceden de lo que es el Derecho dispositivo. Siendo que las normas imperativas o concernientes al orden público aparecen indisolublemente unidas al denominado Derecho dispositivo, resulta necesario el hacer la disección para fundamentar la competencia de los árbitros.

En relación a esto cabe tener muy en cuenta, que la condición de la posibilidad del arbitraje es la arbitrabilidad de las materias sobre las que recae al actividad arbitral. Y ello marca, al mismo tiempo, la competencia de los árbitros. Sobre las materias reguladas, en principio, por normas imperativas, no cabría en ese punto leal arbitraje. Pero, cuando –como es más normal– las materias arbitrables están penetradas, enmarcadas o circunscritas por normas imperativas o de orden público, ello no enerva la inarbitrabilidad; y, por ende, la incompetencia. La cuestión se resuelve reconociendo arbitrabilidad –y, en consecuencia, competencia arbitral– a condición de que las normas imperativas se apliquen. Lo que vendría, además, a ser un corolario de la propia arbitrabilidad de la materia y de la aplicación del derecho al fondo.

Se dice que las leyes de policía son diferentes al orden público, en que éstas son, en todo caso, de aplicación inmediata, al margen de cualquier evicción de una norma por motivos o razones de orden público o por decisión de las partes.

Dícese que el orden público es un mecanismo conflictualista, aunque bien pudiera apreciarse que es también de aplicación inmediata. Por ejemplo, el Derecho de la competencia. Como, asimismo, sobre todo en el arbitraje de inversiones, el Derecho administrativo, en su desarrollo global y directo, por ser el que disciplina normalmente la relación base de la controversia; esto es, la inversión y su régimen jurídico en el país receptor. Para ello, los árbitros deberán agotar todo el sistema de Derecho administrativo vigente, en todas sus consecuencias, siendo complementado o sustituido, si fuera necesario por el Derecho internacional en la forma prevista en las fuentes aplicables de este tenor.

Por otra parte, es bien apreciable una tendencia a la confluencia entre los postulados del Derecho administrativo nacional y el Derecho internacional, como sería el caso, entre otros, de la progresiva equivalencia entre las expectativas que configuran el trato justo y equitativo del Estado receptor, como uno de los estándares convencionales recogidos en los tratados de inversiones, con las expectativas generadas en los inversionistas por un normal, inequívoco y esperado tratamiento de la administración del Estado receptor, o doctrina de la confianza legítima, ya sancionada por tribunales de diversos países y por el Tribunal Europeo.

12. Conclusión general

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

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

ARBITRAJE EN EL MERCADO A TÉRMINO DE BUENOS AIRES (MATBA)

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

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

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje financiero.

ARBITRAJE EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

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

- Los servicios bancarios (de crédito o de pago); es decir, las actividades relacionadas con el art. 52 de la Ley n.º 26/1988 de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Los servicios de inversión, definidos como tales en la Ley n.º 24/1988 de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores.
- Las operaciones de seguros privados definidas en el art. 3 de RDL n.º 6/2004 de 29 de octubre de 2004.

- Los planes de pensiones, definidos en el art. 1 del RDL n.º 1/2002 de 29 de octubre de 2002.
- La actividad de mediación de seguros, definida en el art. 2 de la Ley n.º 26/2006 de 17 de julio de 2006, sobre mediación de seguros y reaseguros privados.

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

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

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

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

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

ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (VER «ARBITRAJE DEL ESTADO (ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA)»).

ARBITRAJE EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (VER «ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (ARBITRAJE EN LA)»).

ARBITRAJE FINANCIERO (VER TAMBIÉN «ARBITRAJE DE CONTRATOS FINANCIEROS EN MERCADOS ORGANIZADOS»).

1. Concepto

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

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

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

2. *Productos objeto de contratación financiera*

Podemos clasificar los productos objeto de contratación financiera en:

a) *Productos bancarios (Eurosistema)*

Aquéllos que hacen referencia a: préstamos hipotecarios, depósitos, tarjetas, efectivo y cheques, cambio de moneda, banca a distancia, empréstitos y avales. En algunas entidades, bajo este concepto incluyen los Seguros y Fondos de Inversión.

b) *Productos financieros derivados*

Producto financiero derivado o instrumento derivado responde a aquél cuyo valor se basa en el precio de otro activo (subyacente) del que deriva. Tienen como finalidad de su contratación:

- Estrategias de cobertura de riesgos de otras operaciones financieras, a fin de compensar beneficios y pérdidas entre ellas.
- Estrategias de especulación, asumiendo total o parcialmente los riesgos del mercado en que opera.

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

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

En el ámbito de Mercados «sobre el mostrador», en inglés *Over-The-Counter* (OTC), también se negocian todos los activos financieros y no financieros mencionados, con la particularidad de que no están reglamentados ni tienen un lugar físico de negociación. Su contratación a nivel internacional asume distintos fueros (Leyes del Estado de Nueva York y Jurisdicción de Manhattan o la Ley Inglesa) o la ley del lugar en contratación doméstica, conforme al Convenio de Viena. Los contratos utilizados están agrupados en una operativa muy variada bajo diversas denominaciones de permuta financiera o *Swap*, contratos a plazo o *forwards*, y opciones OTC en sus diversas variantes financieras, más o menos sofisticadas.

c) *Productos financieros estructurados*

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

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

3. *Ventajas del arbitraje de derecho en el ámbito financiero*

- a) Al ser muy específica la resolución de controversias en el ámbito financiero, la resolución por personas con experiencia financiera sobre instrumentos, productos y operaciones aporta garantías adicionales.
- b) En general, la elección de árbitro único «jurista» (Ley n.º 11/2011) con formación especializada, favorece la resolución de controversias a corto plazo e instancia única, mediante laudos. Para la ejecución forzosa de los laudos será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se ha dictado.
- c) Aplicación de costos proporcionales, ya que si bien la resolución de conflictos en los tribunales ordinarios es a coste cero, la doble instancia procesal y la acumulación de demandas dan lugar a dilatados «ca-

lendarios», totalmente en desacuerdo con la dinámica del contrato financiero y los intereses económicos en controversia.

- d) La confidencialidad propia del arbitraje, que no se garantiza en el proceso judicial (filtración mediática por las partes interesadas, asociaciones de afectados o gabinetes especializados).
- e) Existe una posibilidad muy limitada de recursos tasados (la anulación, por vía juicio verbal ante Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en España y la revisión, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para sentencias firmes).

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

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

ARBITRAJE FINANCIERO RABÍNICO

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

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

El Consejo Rabínico de América se estableció en 1935, para promover la causa y la voz de la Torá y la tradición rabínica, promoviendo el bienestar, los intereses y el profesionalismo de los rabinos ortodoxos en todo el mundo. En particular, la Corte Rabínica de California está autorizada para manejar los asuntos de la ley religiosa judía, y es designada por el Estado de Israel para ser aplicada en el oeste de los Estados Unidos, Canadá, México y el Lejano Oriente en materia de la *Halajá* (ley judía).

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

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

ARBITRAJE INMOBILIARIO

1. Introducción. Uso preciso del término

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

Entenderemos, pues, por «arbitraje inmobiliario» aquél que se produce y resuelve las diversas controversias que puedan surgir durante el proceso del negocio inmobiliario; es decir, concretamente: en la conversión de un solar en una edificación; en cualquier edificación o construcción, sea industrial o residencial, se trate de un hotel, una planta generadora de energía, o un puerto, un aeropuerto, un puente, una autopista o un edificio de viviendas, para ser vendida o explotada en alquiler o concesión.

Podríamos, por tanto, concretar algo más, en el sentido de que «arbitraje inmobiliario» es sinónimo de arbitraje del proceso constructivo. Con esto queda excluido el arbitraje de la fase más inicial –la compraventa del solar o finca– y de la fase final –la compraventa o alquiler de la edificación resultante de tal proceso constructivo–. En estos casos hablaremos y nos hallaremos ante un arbitraje relativo a una compraventa o

un alquiler o concesión, que no difiere en absoluto del arbitraje común, y el cual, además, en su fase final, puede quedar regulado por la legislación relativa a consumidores y usuarios; y, por tanto, sometido a tal tipo de arbitraje especial.

2. Características

Lo primero que puede decirse del arbitraje inmobiliario así entendido; es decir, como arbitraje del proceso constructivo, es que se trata de los más frecuentes en todas las instituciones arbitrales, conforme a las estadísticas publicadas al respecto por aquéllas que lo hacen y por las Cámaras de Comercio.

La razón se halla en las notas características del mismo y a las que nos referimos a continuación. A su vez, estas notas que caracterizan el «arbitraje inmobiliario» y los problemas que plantea, son consecuencias tributarias de las características del proceso constructivo.

En efecto, la primera de ellas es que en el proceso constructivo intervienen una gran cantidad de agentes que convergen en la misma finalidad: la terminación de la obra, pero a menudo con intereses contrapuestos; a saber, y sin ánimo exhaustivo: el Promotor —a veces individual, a veces una sociedad o asociación de otro tipo; por ejemplo, una «*Joint Venture*» o una «Unión Temporal de Empresas (UTE)»—; a menudo el «Project Manager»; el Proyectista, muy frecuentemente asistido de otros técnicos, tales como calculistas de estructuras o resistencia de materiales; el contratista o contratistas principales; los subcontratistas; el Director General de la Obra, el Director Ejecutivo; los suministradores o instaladores de materiales o mecanismos.

Todos estos agentes, hemos dicho, intervienen para un fin común y deben colaborar entre ellos inexcusablemente para la obtención del resultado. Pero, en la práctica cada uno de ellos contrata por separado, unos con el Promotor; otros como los subcontratistas, con el contratista, etc., de modo que nos encontramos con un conjunto de contratos separados e independientes suscritos, individualmente entre dos de las partes intervinientes, pero por agentes que deben interactuar todos ellos conjuntamente, sin tener un contrato común entre todos ellos. Dada esta necesidad de interacción, el incumplimiento de uno produce o puede producir el de los demás, o el de alguno de ellos, y a menudo es difícil dilucidar la responsabilidad de cada uno en un proceso arbitral individual.

La segunda nota esencial es que se contrata sobre una cosa futura, con las incertidumbres, imprevistos y cambios que forzosamente reproducen, según la práctica infaliblemente demuestra.

Una tercera característica es que se trata de relaciones de larga duración, en las que todos los intervinientes deben comportarse de una determinada manera, sincronizada y armónicamente.

Y, por fin, la cuarta y última que ahora citaremos, consiste en el carácter, componente o existencia de elementos eminentemente técnicos de las diferencias que se producen en él, pero que no son escindibles de las cuestiones jurídicas.

En un contrato de obras, es evidente —si se nos permite el juego de palabras para ser más claros— que existe una «obra», pero existe también siempre un «contrato» que la regula; no hay, por tanto, cuestiones sólo técnicas ni raramente cuestiones sólo jurídicas.

Nos detenemos un momento en la primera afirmación: cualquier cuestión técnica que se produzca tendrá una evidente repercusión en la relación contractual. En efecto, piénsese, por ejemplo, que se discute acerca de si determinada variación en una obra, o la necesidad de una modificación de la ya (mal) construida, ha tenido lugar por culpa del contratista, por defecto o indefinición del proyecto, o por voluntad del promotor. Esta cuestión supondrá, sin duda, dilucidar cuál era la obra contratada, y su resolución tendrá una repercusión en el plazo y el precio pactados.

O piénsese en el caso frecuente de que el contratista pretende el cobro de partidas extrapresupuestarias o adicionales, partidas, por tanto, no pactadas inicialmente; otra vez estaremos incidiendo en la consideración de cuál fue la obra contratada.

3. Problemas que genera

- 3.1. Las tres primeras notas recién puestas de relieve generan el problema principal de los «arbitrajes inmobiliarios». Dado que cada uno de los intervinientes ha contratado de modo separado con otro, pero no con los demás, a menudo se constata que en alguno de estos contratos se han sometido

las partes a arbitraje y en otros no, o bien que en unos casos se han sometido a un tipo de arbitraje diferente (institucional o «*ad hoc*») o ante cortes arbitrales distintas. Pero, en cambio, en la mayoría de los casos, no puede establecerse la responsabilidad en un retraso o defecto de la obra por parte de un agente, sin hacerlo al mismo tiempo respecto de la conducta y responsabilidad de los otros.

En virtud del requisito de sometimiento a arbitraje, y más concretamente a un arbitraje y tribunal o corte arbitral precisos y concretos, el inconveniente radica en que debe juzgarse esta responsabilidad de modo separado, cuando la actividad, y acaso el incumplimiento que la genera, son muchas veces conjuntos, compartidos o simplemente causados, en todo o en parte, por otro agente no sometido a este arbitraje en cuestión.

- 3.2. La última produce un problema muy frecuente en los convenios arbitrales de contratos de ejecución de obras: la dispersión de arbitrajes. No es raro ver que en ellos se distingue entre arbitrajes que versen sobre cuestiones técnicas, de aquéllos otros que versen sobre cuestiones jurídicas, los cuales se someten a diferentes tribunales arbitrales: usualmente, en el primer caso formado por técnicos, y en el segundo, por juristas. No somos partidarios de esta solución, que en la práctica crea más problemas de los que resuelve. En efecto, en tales casos, nos encontramos con la cuestión previa de cuál es la naturaleza de la discordia o problema y la consiguiente discusión acerca de cuál es el tribunal arbitral que debe resolverla. Nos encontramos, pues, con lo que podríamos denominar un «meta-arbitraje»: aquel arbitraje cuyo objeto es decidir qué arbitraje es el que corresponde. O nos podemos encontrar con arbitrajes inadecuados en los que los árbitros no puedan resolver la cuestión —o lo hagan excediéndose— por no ser ni exclusivamente técnica, ni exclusivamente jurídica. Ya hemos dicho en el apartado anterior que no hay en este tipo de relaciones, cuestiones químicamente puras de una u otra naturaleza: toda cuestión técnica repercutirá en el contrato, su interpretación, aplicación y cumplimiento; y acabará teniéndose que resolver conforme a él; y toda cuestión jurídica habrá de versar sobre el objeto del contrato, que es una obra técnica. En todo contrato de obras hay dos componentes inseparables: un contrato y (su objeto) una obra.

4. *A modo de conclusiones o recomendaciones*

Todo lo anterior puede llevar a alguna recomendación.

- 1.^a) El ámbito del proceso inmobiliario tal como los hemos acotado aquí, es materia muy propicia para que sea sometida a arbitraje. Por varias razones, a saber: la rapidez o al menos la certeza en la fecha de finalización del conflicto (aquella en que se dicta el laudo); el carácter menos hostil que un juicio, lo cual ayuda a la continuación de las relaciones entre los agentes; y, por tanto, la realización de la obra; la confidencialidad; la flexibilidad y el carácter interdisciplinar, técnico y jurídico, que puede tener el tribunal.
 - 2.^a) Sería de la mayor conveniencia que en todos los contratos, entre todos los agentes, se pactara la sumisión a arbitraje y, concretamente, el mismo arbitraje y el mismo sistema: o «*ad hoc*» ante los mismos árbitros, o ante la misma corte o tribunal.
 - 3.^a) Que se previera expresamente la posibilidad y el consentimiento de las partes en la acumulación de arbitrajes referidos a la misma obra.
 - 4.^a) También que en los reglamentos de las distintas cortes o tribunales arbitrales se previera esta posibilidad.
- (El problema de acumulación de arbitrajes es un tema complejo, normalmente no regulado, por lo que requerirá el consentimiento de las partes o su previsión en el reglamento al que éstas se han sometido).
- 5.^a) No entendemos recomendable la escisión de la sumisión arbitral de los problemas que surjan en los contratos inmobiliarios según su naturaleza —técnica o jurídica—, puesto que en la práctica es muy difícil que nos encontremos con alguna que no participe de ambas.

(Autor: Màrius Miró Gili. Abogado. Roca Junyent).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Arbitraje societario. Arbitraje de consumidores y usuarios. Cámara de Comercio. Convenio arbitral. Disponibilidad para ser árbitro. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. Justicia ordinaria. Juntas arbitrales de consumo. Principios del arbitraje. Procedimiento arbitral. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

ARBITRAJE INTERESTATAL

Es un término mediante el cual se hace referencia a la solución de controversias entre Estados por la vía del arbitraje. Al utilizar la vía arbitral, los Estados, por un lado, ejercen su derecho a elegir el mecanismo para resolver sus diferencias en sintonía con el principio de libre elección de medios; y, por otro lado, actúan dentro de la legalidad internacional que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, tal como ha quedado establecido en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

La historia de las relaciones internacionales está llena de arbitrajes que han evitado que desentendimientos o posturas diferentes sobre un mismo aspecto, hubieran desencadenado situaciones bélicas. De allí que no sea nada extraño que diversos tratados internacionales, incluso multilaterales, prevean el arbitraje como opción litigiosa. Así, por ejemplo, tenemos las previsiones arbitrales recogidas en los arts. 287 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982; 30.1 del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura de 1985, en caso de controversias sobre la interpretación de esta Convención; el art. 85 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional; el art. 11 del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; el art. 11 del Protocolo de Firma Facultativa de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Por su parte, los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional suelen recoger la vía arbitral como medio para la solución de diferencias dado que, si bien son sus administraciones tributarias las que pueden tener dos perspectivas diferentes sobre la recaudación fiscal en cada uno de los Estados, en realidad esas perspectivas diferentes no dejan de ser dos puntos de vista que generan una diferencia que involucra a los Estados dentro de las que cada administración tributaria está inmersa. Así, por ejemplo, el art. 25, inciso 6 del Convenio entre Perú y Canadá para evitar la Doble Imposición, estipula que:

Si surge cualquier dificultad o duda relacionada con la interpretación o aplicación del presente Convenio y no puede ser resuelta por las autoridades competentes [...], el caso puede someterse a arbitraje si ambas autoridades competentes y el contribuyente por escrito acuerdan estar sujetos a la decisión del tribunal arbitral. El laudo arbitral sobre un caso en particular será vinculante para ambos Estados respecto a ese caso. El procedimiento será establecido mediante el intercambio de notas entre los Estados Contratantes.

En cuanto al laudo arbitral que existiere en un arbitraje interestatal, éste es obligatorio y su incumplimiento puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado incumplidor, responsabilidad por la que puede ser llevada ante la Corte Internacional de Justicia, en tanto esta instancia es competente para «todos» los asuntos que se le sometan, siempre que los Estados hayan aceptado su jurisdicción.

(Autor: Iván Rodríguez Benzaquen. Diplomático).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. «Arbitraje y Derecho internacional público». En AA. VV. *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 4, pp. 223-241. XAVIER, Alberto. *Dereito Tributário Internacional do Brasil*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2002, pp. 203-205.

VOCABLOS CONEXOS: Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de).

ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Introducción

El arbitraje internacional es el medio más utilizado para resolver los litigios que se pueden plantear en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales. En este sentido, y dada la característica de la voluntariedad propia del arbitraje, en general, los contratos internacionales deben contener una cláusula compromisoria que les permita la sumisión a este sistema de resolución de controversias.

2. *La determinación de la internacionalidad del arbitraje*

Hay que distinguir el arbitraje internacional del arbitraje interno, ya que ambos son objeto de una regulación diferenciada. Sin embargo, la nacionalidad de los arbitrajes es una cuestión que fue muy discutida por la doctrina y que a pesar de encontrarse hoy en día plenamente admitida por los ordenamientos estatales, difiere de unos a otros, lo que en ocasiones provoca problemas a la hora de llevar a cabo la ejecución de los laudos emitidos en el extranjero. Es por ello que se considera hoy en día que un arbitraje es internacional cuando está presente en el mismo, algún elemento extranjero, independientemente de cuál sea la naturaleza, la calidad o la presencia del mismo, quedando, por tanto, sometido a las normas internacionales que regulan el arbitraje.

Ahora bien, básicamente son dos los criterios que ha utilizado la normativa internacional y la jurisprudencia de los Estados para definir la nacionalidad de un arbitraje:

a) *La sede donde se ha desarrollado el procedimiento y se ha dictado el laudo arbitral*

Este criterio de carácter geográfico considera, por tanto, extranjero todo laudo dictado fuera del territorio de un Estado. Es un criterio sencillo que plantea problemas en estos días por la proliferación de los arbitrajes *online* que no permiten fijar fácilmente ni el lugar de celebración del proceso, ni el lugar donde se ha dictado el laudo arbitral.

b) *La legislación estatal aplicada a las cuestiones de procedimiento*

Este criterio de tipo procesalista plantea más problemas que el anterior al exigir que coincida Estado de la sede y normativa procesal, lo que no siempre sucede, dada la amplia autonomía de la voluntad que se deja a las partes. En este sentido, el arbitraje permite que el litigio se resuelva por la aplicación de una ley extranjera, o incluso que se realice sin aplicar ninguna ley estatal como sería el caso de la resolución del caso por *lex mercatoria*.

Para evitar problemas de reconocimiento de laudos arbitrales, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, ha aceptado ambos criterios, reconociendo las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, así como reconociendo las sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. Ésta es la distinción más importante en el arbitraje internacional, ya que de ello depende la necesidad o no de acudir al procedimiento de exequátur, lo que sucederá cada vez que el laudo sea considerado extranjero. Sin embargo, resultará irrelevante a la hora de atribuir la nacionalidad al arbitraje, la nacionalidad o el domicilio que puedan tener los árbitros.

3. *Otros criterios a tener en cuenta en la determinación del arbitraje internacional*

A pesar de que los criterios que se van a enumerar a continuación, coinciden en muchos casos con los de un arbitraje interno, la proliferación de las relaciones internacionales hacen necesaria su delimitación, así como su relación con las operaciones comerciales internacionales.

3.1. *Las partes que intervienen en el arbitraje*

3.1.1. *Arbitraje entre personas físicas/jurídicas*

Este tipo de arbitraje es el más frecuente dado el gran número de operaciones comerciales que se realizan en el mundo cada día. En estos casos es necesario que las partes dejen en evidencia la voluntad de someterse al procedimiento de arbitraje para resolver sus diferencias. Para ello podrán hacerlo, bien incorporando en los contratos una cláusula compromisoria, o bien firmando un compromiso arbitral de sumisión al arbitraje en caso de litigio.

Si bien es cierto que la nacionalidad de las partes no es determinante para tener la consideración de un arbitraje internacional, normalmente cuando el litigio se da entre sujetos de distinta nacionalidad, se acude a instituciones internacionales para resolver el litigio, o bien el tribunal arbitral estatal aplicará un ordenamiento extranjero, por lo que quedará comprendido bajo estos parámetros.

3.1.2. *Arbitraje entre particulares y Estados*

En estos casos es muy frecuente la sumisión al arbitraje, siendo en la mayoría de las ocasiones contratos de concesión, suministro, inversiones extranjeras, *joint ventures* firmados entre sociedades multinacionales y Estados que actúan en estos casos como particulares; y, por tanto, no investidos del *ius imperii* que tiene el Estado en sus relaciones internacionales.

3.1.3. *Arbitraje entre Estados*

Estos casos pertenecen al Derecho internacional público, dado que los Estados intervienen como sujetos de Derecho internacional (no como particulares), para solucionar los problemas que les afectan como Estado. Las disputas más frecuentes con las que se presentan ante la Corte Permanente de Arbitraje Internacional están relacionadas con problemas de delimitación de fronteras, explotación de recursos naturales, etc.

3.2. *Órgano y procedimiento arbitral*

Atendiendo a estos criterios se pueden distinguir:

3.2.1. *Arbitraje institucional*

Es el que tiene lugar en la sede de una organización que cuenta, entre sus atribuciones, la de resolver los litigios a través del arbitraje. Las hay de carácter público (Corte Permanente de Arbitraje Internacional) y de carácter privado (*American Arbitration Association*, *International Law Association*, *Cámara de Comercio Internacional*, entre otras). Estas organizaciones cuentan con una lista de árbitros que se atribuyen en función de la materia objeto del litigio, contando, además, con un reglamento arbitral que sirve para establecer el procedimiento a seguir cuando se presenta el litigio.

Si bien históricamente el arbitraje se elegía por ser un sistema basado en la confianza en un árbitro concreto, hoy en día está más extendida la confianza en instituciones permanentes especializadas en arbitraje, que ofrecen una infraestructura administrativa adaptada a los procesos, listas de expertos de prestigio y un procedimiento preestablecido que da seguridad al proceso.

3.2.2. *Arbitraje ad hoc*

Es el arbitraje que las partes deciden en el momento de la controversia, eligiendo para ello de modo individual, sin utilizar instituciones arbitrales, un árbitro o tribunal arbitral específico para resolver el litigio que ha surgido entre ellos. Este tipo de arbitraje sólo se utiliza para contenciosos muy complejos y en el que existan importantes cantidades dinerarias en juego, dado que es caro y complejo a la hora de su organización, debido a que, al no contar con una institución arbitral de apoyo, las partes deben organizar todo el proceso arbitral. Por el contrario, al no estar sometido a ningún reglamento institucional, las partes tienen más libertad para elegir el lugar donde se desarrollará el arbitraje, designar los árbitros que consideren oportunos, etc. Es típico de los litigios surgidos de las concesiones petrolíferas de multinacionales y países productores de petróleo.

3.3. *Método de resolución del litigio*

Este criterio se basa en el tipo de normas que utilice el tribunal arbitral para poner fin al litigio, pudiéndose distinguir dos tipos de arbitraje:

3.3.1. *Arbitraje de derecho*

Es el arbitraje que aplica normas jurídicas para solucionar el litigio. Estas normas pueden ser de origen estatal (en estos casos el arbitraje se resuelve tal como lo haría un juez estatal), este tipo de arbitraje es seguido por los países nórdicos, Alemania, o Austria, entre otros. También es posible aplicar normativa de origen internacional, pudiéndose distinguir la aplicación de normas convencionales (aplicación de convenios) o de la *lex mercatoria*, básica para las relaciones comerciales internacionales.

3.3.2. *Arbitraje de equidad (ex aequo et bono)*

El arbitraje de equidad permite al tribunal resolver el litigio sin acudir a las normas jurídicas, esto es, acudiendo a la equidad o justicia del caso concreto. No obstante, el juez que actúa en equidad lo hace siguiendo unas

normas pactadas por las partes, y siempre sin incumplir las normas imperativas propias de los ordenamientos estatales, ya que en caso contrario, se vería afectada el posterior reconocimiento del laudo arbitral por parte de los tribunales estatales. Los países que admiten este tipo de arbitraje son, entre otros, España, Suiza, Portugal, Grecia y los Países Bajos.

4. Fuentes del arbitraje internacional

La regulación del arbitraje internacional se encuentra, tanto en los ordenamientos internos como en la regulación internacional, especialmente contenida en convenios internacionales que favorecen la aplicación de una normativa uniforme, con validez en todos los países que se han adherido a ellos.

Destacan en este sentido:

- El Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, elaborado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.
- El Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Es el más importante, tanto por el número de Estados que son parte del mismo, como por el objeto de su regulación, que permite la ejecución de laudos dictados en el extranjero.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.
- Junto a estos Convenios existen también otros estándares internacionales como son:
 - o La Ley uniforme en materia de arbitraje elaborada por el Consejo de Europa (Convención de Estrasburgo de 20 de enero de 1966).
 - o La Ley Modelo sobre arbitraje de la Cnudmi de 1985.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Abat Oliba).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GOLDMAN, B. «*Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*». *Readi*, 1963, vol. 109, pp. 368 y ss. *Id.* «*Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international*». *Rev. Arb.*, 1980, pp. 323 y ss. LALIVE, P.A. «*Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*». *Readi*, vol. 120, pp. 585 y ss. RUBELLINI-DEVICHI, J. «*L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*». París, 1965.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución de laudos. *Lex mercatoria*. Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Corte Permanente de Arbitraje Internacional. *American Arbitration Association*. Cámara de Comercio Internacional. Convenio Europeo de Ginebra. Ley Modelo sobre arbitraje.

ARBITRAJE IRRITUALE

Entre las diferentes formas de clasificar los procedimientos arbitrales, se encuentra la distinción entre el arbitraje formal (o *ritual*) y el arbitraje no formal (o *irritual*), dependiendo del ajuste del procedimiento arbitral a la ley arbitral. El arbitraje ritual se rige por los preceptos de la Ley de Arbitraje, en contra del arbitraje irritual, el cual no se rige por lo dispuesto en la ley, sino únicamente por lo pactado entre las partes.

El arbitraje irritual no tiene acogida en la actual Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, aunque sí la tuvo en la derogada Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje (vigente hasta el 26 de marzo de 2004), la cual, en su art. 3.2, admitía y regulaba expresamente el arbitraje irritual como una clase de arbitraje diferente a la del arbitraje ritual:

Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.

El arbitraje irritual nace por la voluntad de las partes de someter su conflicto al juicio de uno o varios terceros quienes reciben un mandato para dirimir el conflicto entre las partes. En el arbitraje irritual cobra especial relevancia la autonomía de voluntad de las partes en la fijación del procedimiento y, más importante aún, en el acatamiento y cumplimiento de la decisión que alcance el o los terceros designados.

Mientras que en el arbitraje ritual el laudo tiene carácter ejecutivo, en el arbitraje irritual las partes han de aceptar la decisión del o de los terceros después de que la misma haya sido emitida. En efecto, las partes no tienen obligación de aceptar la decisión de los árbitros con anterioridad a conocer lo que decidan. Ello implica que la decisión del tercero no tiene efecto coercitivo y que su cumplimiento dependerá de la aceptación de las partes y del cumplimiento voluntario de la parte que tenga que acatarla. En el supuesto en el que la parte niegue cumplir la decisión del tercero, estaremos frente a un incumplimiento del contrato.

En consecuencia, cuando un laudo es emitido en el marco de un arbitraje instado de conformidad con la ley arbitral, nuestro ordenamiento jurídico prevé unos mismos mecanismos de ejecución como si de una sentencia se tratase. En cambio, en el arbitraje irritual la decisión del tercero no es equiparable a una sentencia, por lo que el incumplimiento del laudo sólo conlleva un mero incumplimiento contractual. La parte perjudicada por dicho incumplimiento tendrá que instar un nuevo procedimiento para lograr que la decisión de dicho tercero se cumpla.

(Autora: Lucilla Talamazzi. Abogada Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Barcelona).

ARBITRAJE LABORAL

1. Los conflictos en materia laboral

En el Derecho laboral se reconoce la existencia de dos clases de conflictos: los conflictos jurídicos o de Derecho y los conflictos económicos o de intereses. En los primeros, como en cualquier otro conflicto jurídico, la controversia versa sobre el incumplimiento o la interpretación de una norma; y, por consiguiente, la solución de la misma residirá en la aplicación o interpretación de la norma por el órgano competente. En cambio, en la segunda clase de conflictos, la divergencia no gira en torno a la aplicación o interpretación de una norma, pues ésta no existe; más bien, las partes podrán crearla con base en un acuerdo.

En estos conflictos, típicos del Derecho laboral, lo que está en juego es la aspiración de los trabajadores, representados por sus sindicatos, de mejorar sus ingresos y condiciones de empleo, para lo cual los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la negociación colectiva, el cual, además, se encuentra amparado por el Convenio n.º 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El producto de la negociación colectiva, denominado convención o convenio –también pacto–, colectivo de trabajo tiene efectos normativos sobre las relaciones individuales de trabajo, a las que se aplica; y, por consiguiente, es considerado como una fuente de Derecho objetivo.

Desde otro punto de vista, atinente no al contenido del conflicto, sino a la realidad de sus protagonistas, se distingue entre conflictos individuales y conflictos colectivos. En los primeros, está en juego el trabajador considerado individualmente y, en el segundo, una categoría, grupo o sector de trabajadores que poseen intereses comunes.

Combinando ambos criterios, tenemos que los conflictos individuales son siempre conflictos jurídicos o de Derecho, en tanto que los conflictos colectivos pueden ser conflictos de Derecho o conflictos económicos.

2. El arbitraje en los conflictos colectivos económicos

Los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. Ésta es un proceso de intercambio entre los empleadores y los trabajadores, en el que no sólo la consistencia de las posiciones de las partes sino, también –y a veces de una manera determinante– la fuerza de los protagonistas, cumple un rol importante. En la negociación colectiva aparece la divergencia de intereses que suele caracterizar las relaciones entre empresarios y trabajadores, por lo que la solución del conflicto debe encontrarse en la misma negociación, mediante el acuerdo de las partes o, de no ser posible éste, acudiendo a otros procedimientos, que deben ser respetuosos del principio de autonomía colectiva; esto es, del derecho de las partes sociales a regular sus propias relaciones sin la intervención del Estado.

Por ello, en el Derecho laboral, se reconocen dos formas de solución de los conflictos económicos, a saber:

- La *autocomposición*, basada en el arreglo directo del conflicto por las propias partes; y
- La *heterocomposición*, por la cual el conflicto es resuelto por un tercero, ajeno a las partes, pudiendo distinguirse, a su vez, entre los procedimientos obligatorios y los voluntarios, según sea que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de las partes.

Para contribuir a la solución del conflicto, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Éstos son los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, los cuales obedecen al propósito de que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando a la paz social; y, asimismo, que las partes de las controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

No obstante, la conciliación y la mediación continúan siendo mecanismos de autocomposición del conflicto, en la medida de que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución, corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, estos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso, a elaborar y someter a consideración de las partes, fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes se someten a un tercero, ajeno y neutral, para que solucione el diferendo. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de «solución», definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que éste debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje: el voluntario o facultativo, el obligatorio y el potestativo.

El arbitraje voluntario, como en general en el Derecho privado, tiene como origen la común voluntad de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero. La legitimación de éste para dictar una solución vinculante para las partes radica, precisamente, en la manifestación de voluntad de ambas, la cual lo inviste de la potestad de dirimir el conflicto, con efectos vinculantes.

Mirando hacia el Derecho laboral, se puede distinguir, a su vez, entre el arbitraje voluntario «puro», en el cual las partes no sólo adoptan la decisión de someter el diferendo al arbitraje, sino que deciden qué persona o institución lo realizará, o la propia conformación del órgano arbitral (arbitraje unipersonal o colegio arbitral), y el arbitraje «institucional público», en el cual, una vez tomada la decisión de las partes de someterse a un arbitraje, éste, necesariamente, queda a cargo de un órgano arbitral preestablecido, de carácter público, el cual, según los ordenamientos, puede ser la administración del trabajo o tribunales o cuerpos colegiados creados por el Estado para ejercer esta función, con el objeto de facilitar a las partes recurrir a este mecanismo al contar con órganos establecidos para ello.

El arbitraje obligatorio es aquél que se realiza prescindiendo de la voluntad de las partes –e, incluso, contra ésta–, pues una vez producido el desacuerdo definitivo de éstas en la negociación colectiva, el conflicto es sometido *ex lege* al arbitraje, normalmente a cargo de una autoridad pública o de un órgano arbitral público preestablecido.

Esta modalidad obedece a la idea de que el Estado debe resolver el conflicto laboral, cuando las partes no lo han hecho, a fin de garantizar la paz social, siendo empleado, frecuentemente, en caso de huelgas prolongadas o que afectan a sectores neurálgicos. No obstante, la OIT, conforme a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, considera que el arbitraje obligatorio sólo es admisible respecto de los conflictos laborales que tengan lugar en el marco de los «servicios esenciales», que son aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. Fuera de este supuesto, el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT.

Finalmente, el arbitraje potestativo (solución «procedimental rogada» la llama Alonso Olea) es una clase de arbitraje que tiene lugar a petición de una de las partes, por lo cual la otra queda sometida al arbitraje. La lógica de esta modalidad, consiste en dar a los trabajadores o sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto, o someter la controversia a un tercero. En este caso, también la necesidad de procurar la paz social y evitar situaciones de conflicto abierto, como la huelga, llevan a adoptar este mecanismo, el cual, en el peculiar contexto de las relaciones laborales, tiene una justificación que, fuera de aquél, no existe.

Cualquiera que sea la modalidad que en un determinado ordenamiento jurídico se adopte, es necesario puntualizar que el arbitraje sobre el conflicto colectivo económico (negociación colectiva) es un arbitraje de equidad, pues dicho conflicto no puede resolverse mediante la aplicación o interpretación de una norma preexistente al mismo.

3. *El arbitraje en los conflictos jurídicos*

Como he señalado, los conflictos individuales son siempre jurídicos mientras que los colectivos pueden ser tanto jurídicos como económicos. A estos últimos ya nos hemos referido.

En el caso de los conflictos jurídicos, tanto individuales como colectivos, éstos versan sobre la aplicación o interpretación de una norma de Derecho objetivo (ley, convenio colectivo, contrato, costumbre), por lo cual deben ser resueltos mediante la aplicación o interpretación del Derecho. Para ello se ha generalizado, en los ordenamientos jurídicos nacionales, una magistratura judicial especializada en lo laboral o, cuando menos, procedimientos judiciales especiales, que han dado lugar al surgimiento del Derecho procesal del trabajo. En cualquier caso, y habida cuenta de la existencia de autoridades o procedimientos especiales, se trata de una solución a cargo del Poder Judicial, como la que pueda corresponder a conflictos jurídicos de otra materia.

Sin embargo, nada obsta para que, como en otros sectores del Derecho, se admita que las partes del conflicto jurídico laboral, decidan someterse a la decisión de un órgano arbitral. Como sucede en esos sectores, la decisión de recurrir al arbitraje puede ser adoptada previamente mediante una cláusula compromisoria inserta en el contrato de trabajo o el convenio colectivo, o en virtud de un convenio o compromiso arbitral celebrado al suscitarse la controversia. No obstante, con el propósito de evitar que el trabajador renuncie anticipadamente a su derecho a recurrir a la jurisdicción estatal, puede disponerse, como lo establece la ley peruana, que el convenio arbitral se celebre al concluir la relación laboral y no al inicio de ésta cuando el trabajador posee una reducida capacidad de negociación con el empleador.

Algunos ordenamientos estimulan este mecanismo para las divergencias surgidas en torno a la aplicación o interpretación de las cláusulas de la convención colectiva. En este último supuesto no existe objeción a que en el texto de ésta se inserte una cláusula por la cual las partes acuerdan someter a arbitraje los conflictos de interpretación o aplicación de dicha convención, pues en la negociación colectiva el poder del empleador y el de los trabajadores se encuentra equiparado.

(Autor: Carlos Blancas B. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL

En el arbitraje marítimo internacional son cinco las cuestiones nucleares: el régimen jurídico del convenio arbitral, la arbitrabilidad de las disputas, el especial papel de los árbitros, el procedimiento arbitral y sus peculiaridades, y la problemática de la ley aplicable al fondo del litigio. El análisis comparado de las soluciones alcanzadas en los países que cuentan con un desarrollo relevante en materia de arbitraje marítimo internacional como son Inglaterra, los Estados Unidos de América, Francia e Italia, es fundamental. Los arbitrajes marítimos son universalmente aceptados en todos los ordenamientos jurídicos, por diversos que resulten sus sistemas.

Las materias objeto del arbitraje marítimo suelen ser la resolución de reclamaciones como las derivadas de asistencia y salvamento marítimo, de abordajes u otros accidentes de la navegación. Partiendo de que el arbitraje puede ser aplicado a las controversias derivadas de diversas fuentes de las obligaciones, hay que reconocer que, principalmente, el contrato, como fuente de obligaciones, es el que con mayor frecuencia nos remite a la posibilidad de una solución arbitral. Dentro de la contratación marítima se recurre a este arbitraje

para dirimir las controversias surgidas en torno a los denominados contratos de explotación del buque, como se recoge en las pólizas de fletamento y en los contratos de arrendamiento del buque, o en los propios contratos de remolque marítimo. Asimismo, el uso de este tipo de arbitraje se ha generalizado en los contratos de construcción, reparación y compraventa de buques y su financiación.

En todo caso, el arbitraje no puede utilizarse como medio para escapar a la aplicación de normas imperativas, como sucede en los Convenios de Derecho Marítimo Uniforme que excluyen la posibilidad de arbitrar las controversias surgidas en su ámbito de aplicación, o sólo la admiten si es pactada con posterioridad al nacimiento de la relación controvertida.

Las fuentes del arbitraje marítimo no representan especialidad alguna, por lo que se parte de las normas sobre arbitraje, en general, faltando una regulación uniforme en los ámbitos nacional e internacional.

Las Reglas de Hamburgo de 1978, reguladoras del transporte marítimo internacional, han influido en la reforma del Derecho de la navegación marítima y han contado con las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor, pero ofrecen una parca e incompleta regulación del arbitraje. El art. 21 y el siguiente de las Reglas de Hamburgo regulan el arbitraje al referirse a las cláusulas insertas en las *charter-parties* que se han incorporado a un conocimiento de embarque. Las novedosas Reglas de Rotterdam, que están siendo ratificadas, pero no se encuentran en vigor, regulan también este arbitraje.

Como particularidad hay que destacar la existencia de centros arbitrales especializados en controversias marítimas que otorgan una cierta garantía de competencia en las materias. Así se encuentran la *London Maritime Arbitrators Association*, la *Society of Maritime Arbitrators of New York* o la *Chambre Arbitral Maritime de Paris*, entre otras. Todas ellas son instituciones que se caracterizan por administrar los arbitrajes que se les encomienden conforme a unas reglas de procedimiento ágiles y operativas. Igualmente, existen unas reglas generales sobre arbitraje marítimo, preparadas conjuntamente por el Comité Marítimo Internacional y la Cámara de Comercio Internacional (*ICC-CMI Rules*), y otras adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*Uncitral 1976 Arbitration Rules*).

En España, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, reconoce la *lex mercatoria*, introduciendo una serie de novedades de trascendencia particular en el arbitraje marítimo internacional y en la interpretación de sus cláusulas compromisorias, al reconocer un principio favorable a la validez del acuerdo arbitral (art. 9.6 LA). La *lex mercatoria* se refiere al conjunto de usos y prácticas particulares de este sector, entre las cuales se encuentra la inclusión de una serie de cláusulas típicas, como son las arbitrales, en los conocimientos de embarque, los *charter-parties* u otros documentos de transporte. A pesar de la flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas de arbitraje, se siguen planteando los problemas de validez y eficacia según se invoquen frente a terceros o frente a los sujetos contratantes originarios.

En el plano internacional, siempre sin perjuicio de la prevalencia de los tratados bilaterales existentes con algunos países, el texto normativo fundamental es el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, gracias a cuya aplicación en España se ha logrado la auténtica efectividad de los arbitrajes celebrados en el extranjero, sobre todo a partir de los Autos de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981. Asimismo, aunque en un ámbito más limitado, es preciso considerar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1961. Los convenios internacionales citados son de especial interés, por cuanto algunas de sus normas relativas a la cláusula arbitral, facilitan la interpretación y valoración de los requisitos formales y sustanciales para la eficacia de la cláusula arbitral.

En el arbitraje marítimo internacional es obligado realizar una referencia a los usos en general; y, en particular, en materia de Derecho marítimo. Todos los sujetos involucrados en la aplicación de las cláusulas de arbitraje, como son las partes en los distintos contratos marítimos, las entidades aseguradoras, y los propios tribunales jurisdiccionales o arbitrales, han contribuido, desde sus ámbitos respectivos, a la creación de una *lex mercatoria* dotada de gran flexibilidad en materia de arbitraje. Merece ser destacado el concepto de uso que elabora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las cláusulas del foro insertas en los conocimientos de embarque, que es aplicable también a las cláusulas de arbitraje, así como al cumplimiento de los requisitos del art. 23 del Reglamento n.º 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil.

El conocimiento del contenido de los laudos arbitrales resulta de gran valor.

Ahora bien, mención expresa merecen las Reglas de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio Internacional y el CMI, que ofrecen un conjunto de reglas específicas sobre procedimientos de solución arbitral de controversias que surgen a nivel internacional en el sector marítimo, incluyendo, entre otras, las originadas en contratos *charter*, contratos de transporte marítimo de mercancías, transporte combinado de mercancías, contratos de seguro marítimos, contratos de construcción y reparación de buques y embarcaciones, contratos de venta de buques y embarcaciones y otros contratos que creen derechos sobre los mismos, así como cláusulas de salvamento o de avería común. Otra mención merece el arbitraje marítimo internacional celebrado en Londres, que plantea una serie de problemas derivados de la existencia de jurisdicciones distintas a las que sustenta su sistema en el *common law*.

Sin entrar en la discusión doctrinal acerca del particularismo o especialidad del Derecho marítimo, es evidente que el tráfico marítimo internacional reúne una serie de características propias que lo diferencian de otros ámbitos empresariales, y que están ocasionando una interpretación por parte de los tribunales de las cláusulas del foro y de las cláusulas de arbitraje marítimo que, en ocasiones, por su excesiva amplitud puede suponer un perjuicio de los derechos de determinados interesados en el tráfico marítimo.

El ejemplo paradigmático de dichas peculiaridades se encuentra en los documentos o contratos de transporte marítimo que incluyen cláusulas de arbitraje y la interpretación que de las mismas hacen los tribunales.

La valoración e interpretación de la cláusula arbitral precisará de la aclaración previa de circunstancias como que la misma se encuentra inserta en el contrato original, pero no en otro documento que sea expresión de tal contrato, o si la cláusula arbitral, entre otras, figura en otro documento cuyos términos y condiciones se establezcan en un documento distinto del original, etc. Asimismo, es fundamental revisar la forma en que se incorpora la cláusula arbitral, en el caso concreto de que la misma se produzca por referencia, en un documento o contrato distinto. En suma, la cláusula arbitral se puede recoger en un documento o en un contrato, de forma expresa o por referencia. Al igual que sucede en otros supuestos distintos del discutido en la cláusula arbitral, se presenta el problema de la oponibilidad frente a quien no es parte de la relación contractual originaria del transporte.

En el Derecho marítimo, la doctrina y la jurisprudencia han destacado la fuerza e importancia de los usos y prácticas a nivel nacional e internacional, en general y por sectores (en materia de transporte, de salvamento, etc.). Por su trascendencia, hay que destacar las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 20 de febrero de 1997 y de 16 de marzo de 1999. En todo caso, la eficacia de la cláusula arbitral depende de la interpretación que de la misma realice el tribunal en cuestión, y prueba de ello es la jurisprudencia no siempre coincidente de los tribunales de los Estados parte de la Unión Europea, y en ocasiones divergente dentro de un mismo Estado.

Con independencia de las reglas concretas de arbitraje que resulten de aplicación por la voluntad de las partes, tanto si su origen es legal como si es convencional o institucional, cabe afirmar que el recurso a esta resolución extrajudicial de controversias ha adquirido el rango de uso o práctica en el ámbito marítimo.

A pesar de la exigencia de requisitos formales y sustanciales de la cláusula arbitral, en la práctica se ha constatado que el rigor en el cumplimiento de dichos requisitos ha sido moderado, si bien el problema fundamental surge cuando la interpretación del rigor en la exigibilidad de los requisitos, afecta a sujetos que no acordaron someter sus controversias a arbitraje.

En definitiva, es la materia objeto de arbitraje, y no la sujeción a unas reglas especiales de arbitraje marítimo, la que determina la calificación de un arbitraje como marítimo o no marítimo. Los objetivos a los que se orienta la regulación legal y convencional del arbitraje marítimo pueden verse frustrados, a pesar de la tradición y la especialización lograda, debido a la excesiva amplitud con que, en ocasiones, los tribunales de algunos Estados están interpretando las cláusulas de sumisión a arbitraje. En particular, los intereses que pueden resultar afectados son los de aquéllos que puedan verse obligados por una cláusula arbitral que no han consentido expresamente, al no ser parte del contrato en la que la misma se halla inserta.

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó. Profesora de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. «José Castillejo», Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el marco del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i, Subprograma Estatal de Movilidad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ESPLUGUES MOTA, C. *Arbitraje marítimo internacional. Estudios sobre arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2007. DE LA VEGA JUSTIBÓ, B. «El arbitraje en el ámbito marítimo». *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho (doctrina y jurisprudencia arbitral europea y española en la era de la globalización)*. «Biblioteca de Arbitraje», vol. 4, 2007, pp. 13-39.

VOCABLOS CONEXOS: *Lex mercatoria*. Reglas de Rotterdam.

ARBITRAJE MIXTO

Se conoce como arbitraje mixto a aquel arbitraje en el que las partes son, por un lado, un Estado; y, por otro, un particular. Este arbitraje se conecta directamente con la figura del arbitraje de inversiones; y, frecuentemente, con el arbitraje derivado del sistema Ciadi. Sin embargo, hemos de aclarar que el arbitraje de inversiones es, en realidad, una modalidad de arbitraje mixto, toda vez que la figura del arbitraje mixto podría ser más amplia.

La amplitud de la figura del arbitraje mixto (alejándola de la idea de que éste siempre es un equivalente al arbitraje de inversión) nos motivaría pensar que el arbitraje de inversión sería una modalidad o un subconjunto del arbitraje mixto. Pues, a modo de ejemplo, un arbitraje mixto es el que se da en el marco del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, establecido mediante la Declaración de Argel de 1981, tribunal que conoce de demandas de nacionales iraníes contra los Estados Unidos de América y de estadounidenses contra Irán, surgidos de deudas, contratos, expropiaciones u otras medidas que podrían afectar la propiedad. Pero, un ejemplo más de tribunales mixtos podría darse en otros ámbitos del Derecho como, por ejemplo, en el terreno del Derecho internacional de los derechos humanos, como nos explicamos a continuación.

En este sentido, arbitraje mixto igualmente sería aquél que podría estar previsto por un tratado, o por la legislación progresista en un Estado, donde se admita que, para resolver la pretensión de indemnización de una persona inocente encarcelada (piénsese en la prisión provisional o incluso en la condena de un inocente), cabe el recurso al arbitraje.

Sin perjuicio de lo dicho, una visión retrospectiva del arbitraje mixto nos pone en un ámbito económico, tal como se aprecia en sus inicios con asuntos como el *Caso de la Compañía del Canal de Suez* (*Recueil des Arbitrages Internationaux*, tomo II. París, 1923); pero al mismo tiempo en un ámbito de subjetividad procesal de particulares para reclamar contra Estados, tal como se evidencia, igualmente, con el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia creado por la Convención Germano-Polaca de 1922.

En la actualidad, normalmente, se identifica arbitraje mixto con el arbitraje de inversiones, pero ello no debe cerrar las puertas a pensar en que se trata de un término de mayor alcance.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Doctorando en la UPVD, Francia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CHUECA SANCHO. «Arbitraje entre Estados y particulares y Derecho internacional público». En *El arbitraje internacional (XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales)*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1989, pp. 63 y ss. STRUYCKEN, A.V.M. «Arbitration and State Contract». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2015, tomo 374.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje del Estado.

ARBITRAJE MULTIPARTE Y MULTICONTRATO (VER «ARBITRAJE CON MULTIPLICIDAD DE PARTES O LITISCONSORCIAL Y ARBITRAJE MULTICONTRATO»)

ARBITRAJE NACIONAL

Arbitraje nacional, interno o doméstico es aquel procedimiento arbitral que se tramita íntegramente en el territorio de un único Estado y cuyos efectos se despliegan únicamente en el territorio de ese Estado.

La Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje española proclama el sistema monista, por el cual, con carácter general, se aplican los mismos preceptos de manera indistinta, tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales. De hecho, son muy pocas y están muy justificadas las diferencias existentes a la hora de regular el arbitraje internacional respecto al nacional. En efecto, aunque el arbitraje nacional y el arbitraje internacional responden, en ocasiones, a finalidades distintas, una buena regulación del arbitraje internacional resulta igualmente útil y adecuada también para el arbitraje nacional, y viceversa.

Así, aunque la Ley Modelo Uncitral, que sirve de base a la Ley de Arbitraje española, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional, lo cierto es que actúa igualmente como fuente de criterios inspiradores y de soluciones que resultan perfectamente válidas también para el arbitraje nacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Ley Modelo Uncitral recoge un sistema dualista en el que la regulación es distinta en función de que el arbitraje tenga carácter nacional o internacional.

La finalidad de la regulación monista que ofrece la Ley de Arbitraje española es tratar de situar a España como destino de arbitrajes internacionales, especialmente para aquéllos con Latinoamérica, aprovechando la afinidad lingüística y la tradición jurídica común. Por ello, existe plena coherencia entre los principios inspiradores del arbitraje internacional y el arbitraje interno en España.

La Ley de Arbitraje española no define expresamente lo que debe entenderse por arbitraje nacional o interno, pero sí determina en su art. 3 los requisitos que deben darse para considerar que un arbitraje tiene carácter internacional, siguiendo siempre los criterios marcados por la Ley Modelo Uncitral.

Así, interpretando dicho precepto *a sensu contrario*, podríamos llegar a definir el arbitraje nacional como aquel procedimiento que cumple con alguna de las siguientes características: a) que en el momento de la celebración del convenio arbitral las partes estuvieran domiciliadas en el territorio de un mismo Estado; b) que el lugar del arbitraje determinado en el convenio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica o el lugar con el que ésta mantenga una relación más estrecha, esté situado en el territorio del mismo Estado en el que las partes tengan su domicilio; c) que la relación jurídica de la que emane la controversia no afecte a los intereses del comercio internacional.

El primer criterio de nacionalidad se basa en el domicilio de las partes del arbitraje, aunque la ley no incluye una definición de lo que ha de entenderse por domicilio a estos efectos. Además, en este punto la ley española se separa de la Ley Modelo, que utiliza el término «establecimiento».

El segundo bloque de elementos que permiten analizar la nacionalidad del arbitraje incluye diferentes supuestos. Por un lado, se estará a la literalidad del convenio arbitral si menciona expresamente el lugar o la sede del arbitraje. En su defecto, habrá que atender al contenido de la relación jurídica que se somete a arbitraje; y, en particular, al lugar de cumplimiento del contrato. Además, la ley española hace referencia a un concepto indeterminado y genérico como es «la relación más estrecha» entre la controversia y un determinado ordenamiento jurídico. Este criterio deriva del denominado principio de proximidad que se utiliza para la determinación del Derecho aplicable (y que se regula en los arts. 4.1 y 4.5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

Por último, el legislador español considera que un arbitraje tendrá el carácter de doméstico cuando no se vean afectados los intereses del comercio internacional. Esta amplia regla residual para calificar si estamos o no ante un arbitraje internacional, no proviene de la Ley Modelo Uncitral, sino que ha sido heredada del Derecho francés; y, en concreto, del art. 1492 de su Código de Procedimiento Civil.

Además, el art. 3.2 de la Ley de Arbitraje española regula el supuesto en que alguna de las partes del arbitraje tenga más de un domicilio, en cuyo caso prevalecerá el que «guarde una relación más estrecha» con el convenio arbitral. Por otro lado, si una parte no tiene domicilio, se estará al criterio de su residencia habitual.

El art. 1 de la Ley de Arbitraje española consagra el principio de territorialidad, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional. Por tanto, este precepto supone un claro reconocimiento de la escasa importancia que ha otorgado el legislador a esta distinción.

Ahora bien, lo anterior no significa que la distinción entre arbitraje nacional e internacional carezca de relevancia o trascendencia práctica. De hecho, el tipo de arbitraje determina las normas jurídicas que resultan aplicables al fondo de la controversia y la eventual consideración de los usos internacionales del comercio.

Además, existen determinadas previsiones en la Ley de Arbitraje que resultan de aplicación únicamente para los supuestos de arbitrajes internos. Por ejemplo, la norma del art. 15.1 de la Ley de Arbitraje relativa a la condición de jurista que se exige al árbitro único que ha de resolver un arbitraje de derecho (y que, en caso de ser un tribunal arbitral, requiere que al menos uno de sus miembros tenga la condición de jurista).

En cambio, son más numerosas las normas de la Ley de Arbitraje española que contienen previsiones específicas para los arbitrajes internacionales. Por ejemplo, en los supuestos en que haya una parte estatal (art.

2.2), para la determinación de la ley reguladora de la validez del convenio arbitral (art. 9.6), para la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia (art. 34.2) y la ampliación de los plazos procedimentales para las solicitudes de aclaración, corrección, complemento o extralimitación del laudo (art. 39.5).

Además, cabe destacar la previsión del art. 15.6 de la Ley de Arbitraje que señala la conveniencia de que el árbitro sea de nacionalidad distinta a la de las partes o a la de los otros árbitros, que se inspira en el art. 11.5 de la Ley Modelo. Esta recomendación no se aplica sólo para los arbitrajes internacionales, en tanto que el elemento de la nacionalidad de las partes no es un elemento que se utilice para caracterizar el arbitraje como nacional o internacional, por lo que podría darse la situación de encontrarnos en un arbitraje interno con un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

La Ley de Arbitraje española no distingue sólo entre arbitraje interno e internacional, sino que también diferencia entre arbitraje cuya sede se encuentre dentro del territorio nacional o fuera de éste. De este modo, todo arbitraje que tenga su sede en el extranjero, será un arbitraje internacional. Pero, los arbitrajes con sede en España pueden tener tanto de carácter nacional como internacional.

Si la distinción entre arbitraje nacional e internacional carece de demasiada trascendencia práctica, la elección de la sede sí que influye notablemente en algunos aspectos jurídicos del arbitraje. Así, el procedimiento arbitral se regirá subsidiariamente por la ley de arbitraje de la sede y el lugar del arbitraje determinará la jurisdicción competente para conocer las acciones de nulidad contra el laudo que se dicte.

Y el laudo dictado en un arbitraje con sede fuera del territorio español será un laudo extranjero en España, que para ser reconocido y ejecutado en este Estado, deberá obtener el exequátur conforme a la Convención de Nueva York, tal y como se desprende del art. 46 de la Ley de Arbitraje. Sin embargo, ese laudo dictado en el territorio de otro Estado, será un laudo interno a los efectos de ese ordenamiento jurídico.

Por tanto, no todo laudo que ponga fin a un arbitraje internacional será un laudo extranjero en España, sino que, a los efectos de la Ley de Arbitraje, sólo será extranjero el laudo que ponga fin a un arbitraje con sede fuera del territorio español.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HINOJOSA SEGOVIA, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2008, Grupo Difusión. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. «El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje». En *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 154. CHECA MARTÍNEZ, M. «Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro». En *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*. GONZÁLEZ MONTES, J. (coord.). Madrid: La Ley, 2008, p. 323. GONZÁLEZ SORIA, J. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 66. MARTÍN MUÑOZ, A. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 737. YÁÑEZ VELASCO, R. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2004, p. 206; AA.VV. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. COLLANTES GONZÁLEZ, J. (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Sede o lugar del arbitraje. Ley aplicable.

ARBITRAJE NO ADMINISTRADO (VER «ARBITRAJE AD HOC»)

ARBITRAJE OCASIONAL (VER «ARBITRAJE AD HOC»)

ARBITRAJE ON LINE

El arbitraje *on line* es aquél que se caracteriza porque todas las actuaciones que se desarrollan en el procedimiento tienen lugar a través de Internet o utilizando mecanismos electrónicos. Las ventajas que presenta esta figura son muchas. Entre otras, permite la solución de problemas con independencia del lugar en el que se encuentren las partes, agiliza las comunicaciones entre los sujetos implicados en el arbitraje y reduce los costes al eliminar la presencia física de los intervinientes. En definitiva, el arbitraje telemático se presenta como una alternativa adecuada para reducir los atascos de la justicia, disminuir los gastos asociados al procedimiento judicial y eliminar las distancias entre las partes.

La misma vía por la que se desarrollan las comunicaciones digitales electrónicas en la red propicia las relaciones jurídicas transnacionales, entre sujetos situados en Estados distintos, lo que debe verse respaldado

por la existencia de mecanismos alternativos para la solución de litigios que también puedan utilizar este medio. Por lo tanto, el comercio electrónico y las transacciones tradicionales deben poder contar con plataformas adecuadas para resolver sus litigios de manera virtual a través del arbitraje. La red se presenta como un medio atractivo en el ámbito del arbitraje comercial internacional, pues otorga a sus potenciales usuarios, un mecanismo privilegiado para comunicarse, intercambiar información, contribuyendo de manera extraordinaria a la agilización de gran parte de las actuaciones.

Para tener una visión más completa del procedimiento arbitral desarrollado en línea es preciso detenerse en el análisis de tres cuestiones fundamentales. Una primera está relacionada con los requisitos de forma que se exigen en el acuerdo o convenio arbitral. Se trata de saber las condiciones que deben cumplirse para que el compromiso de las partes de sometimiento al arbitraje, pueda expresarse de forma electrónica. Un segundo aspecto a tener en cuenta, se centra en el estudio del procedimiento arbitral, donde se prestará especial atención a las actuaciones requeridas para la celebración virtual de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos.

Por último, se hará referencia a la etapa final de este método telemático de solución de litigios; es decir, a la fase de emisión del laudo; y, en concreto, a la posibilidad de que las sentencias arbitrales consten en formato digital.

La respuesta a la pregunta de si es posible el convenio arbitral digital, se va a fundamentar en la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006), en tanto y en cuanto se trata de una norma de general aceptación en las legislaciones internas de numerosos países. De entrada, el art. 7 de la Ley Modelo, en su apartado primero, indica lo que debe entenderse por acuerdo de arbitraje.

Al respecto, se establece que es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. A continuación, en el apartado segundo se exige que el acuerdo conste por escrito. Y en el apartado cuarto del mismo precepto, se especifica que el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito, se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada, es accesible para su ulterior consulta.

Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Por consiguiente, parece que existe fundamentación jurídica suficiente para aceptar la validez del convenio arbitral en soporte digital.

Ahora bien, el convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia y sin que la forma sea un requisito *ad solemnitatem* sino *ad probationem*. Se trata, en definitiva, de admitir los medios tecnológicos que permiten mantener la constancia de la información disponible y accesible en el futuro. En esta línea, otra manifestación de la comunidad internacional en relación con la validez de los medios electrónicos en el camino que va desde el pacto de la cláusula compromisoria hasta la plasmación de la resolución arbitral final en un laudo, puede contemplarse en el reglamento de arbitraje de la Uncitral de 1976, en su versión revisada del 2010. Lo que dicho texto contempla, expresamente, es la posibilidad de realizar comunicaciones electrónicas en el procedimiento arbitral, siempre que se pueda acreditar la existencia de la información. En este sentido, se expresa el art. 2 del reglamento, cuando establece que toda notificación, inclusive una nota, comunicación o propuesta, podrá transmitirse por cualquier medio de comunicación que prevea o que permita que quede constancia de su transmisión.

La cláusula compromisoria virtual deberá incorporar una serie de datos indispensables para dar inicio al procedimiento arbitral a través de Internet, entre los que cabe destacar los siguientes: los nombres y domicilio de las personas que celebran el convenio *on line*, así como de los árbitros y su número, o en el caso de arbitraje institucional, los datos de la corporación o asociación a quien se encomienda el arbitraje; la fundamentación del arbitraje en derecho o equidad; el objeto de la controversia que se somete al fallo arbitral, con la indicación de sus circunstancias; el plazo para dictar el laudo, y el lugar en el que se desarrollará el procedimiento arbitral. Todas las premisas anteriores permiten mantener el principio de equilibrio entre las partes, ya que serán ambas de mutuo acuerdo las que deberán acordar el contenido del convenio arbitral digital. De tal forma que el pacto incorporado a un clausulado general de la contratación, donde el adherente no haya tenido oportunidad de conocer de forma plena el pacto de arbitraje digital o cuando no haya sido firmado o resulte ambiguo, oscuro e incomprensible se entenderá como no incorporado al contrato principal.

Una vez perfeccionado, el acuerdo desplegará dos efectos, uno positivo y otro negativo. El positivo se enmarca en el compromiso que asumen las partes de cumplir con todo lo establecido en el laudo arbitral y colaborar, por ende, en el nombramiento de los árbitros, así como en el desarrollo del procedimiento arbitral. Por su parte, el efecto negativo supone la renuncia de las partes a entablar sus acciones en la jurisdicción ordinaria. Con todo, se pueden plantear dificultades para garantizar la autenticidad del convenio arbitral, es decir, para acreditar su existencia y plena validez con el objetivo de que produzca todos sus efectos. Al respecto, habrá que tener en cuenta la regulación sobre firma electrónica, que también basaremos en la Ley Modelo Uncitral relativa a esta materia.

Un punto de partida importante es saber qué se entiende por firma electrónica. La Ley Modelo suministra una definición en el art. 2, letra a), que la refiere a los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos. Lo que la firma electrónica pretende garantizar es la seguridad en las comunicaciones telemáticas, aportando a los medios de comunicación empleados, autenticidad (para acreditar que las partes son realmente quienes dicen ser), integridad (demostrando que la información no ha sido alterada desde el momento en el que ha sido transmitida), confidencialidad (al utilizar la criptografía como medio para ocultar los datos o información que se transmite a través de las redes abiertas como Internet) y no repudio (consistente en la capacidad de probar a una tercera parte que una determinada comunicación ha sido originada, admitida y enviada a una determinada persona, evitando la negación de la transacción). Por lo tanto, el reconocimiento de efectos jurídicos equivalentes a la firma electrónica y a la manuscrita permite otorgar veracidad a lo documentado en un acuerdo arbitral digital y atribuir la autoría con una plena eficacia.

En definitiva, lo que la firma electrónica aporta es seguridad jurídica en los documentos electrónicos, por cuanto les dota de un instrumento análogo a la firma manuscrita que les convierte en manifestación irrefutable de la voluntad del remitente de la información. El método técnico que utiliza la firma electrónica es el de la criptografía, basada en algoritmos matemáticos que cifran el contenido de un mensaje, convirtiendo los datos legibles en ilegibles, hasta que se accede a ellos a través de la clave necesaria para descifrarlos. La finalidad principal de este proceso es aportar certidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas. En esta línea, la Uncitral ha llevado a cabo trabajos importantes en materia de fomento de la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que tratan de equiparar estas últimas a las realizadas en soporte papel, cuando se cumplan una serie de circunstancias.

En concreto, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, adoptada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, aporta datos valiosos sobre la validez de las comunicaciones electrónicas que pueden extrapolarse al arbitraje *on line*, en tanto y en cuanto en dicho procedimiento extrajudicial de resolución de litigios en línea, se van a realizar intercambios de informaciones virtuales que deben gozar del valor jurídico suficiente para producir plenos efectos. De entrada, el art. 4.a) de la Convención permite saber qué se entiende por «comunicación» a los efectos de la aplicación de la norma de origen internacional. La expresión abarca toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato.

A continuación, el mismo precepto, pero en sus letras b) y c), aclara lo que significa «comunicación electrónica», haciéndola equivalente a la comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Siendo considerados «mensajes de datos» la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Por lo tanto, se puede decir que la Convención opta por el formato más amplio posible de comunicaciones electrónicas que no se producen en papel, y que permitiría abarcar no sólo las existentes hasta hoy, sino las que podrán generarse en el futuro.

En cualquier caso, el art. 8.1 de la Convención otorga un reconocimiento jurídico a las comunicaciones electrónicas equiparable a las producidas en soporte papel, sin que pueda haber disparidad en el trato de las unas y de las otras, simplemente por la forma en que se presente o conserve cierta información. Es por ello que dicho precepto establece que no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica. Además, el art. 9 adopta el enfoque de la equivalencia funcional con respecto a los conceptos de «escrito», «firma» y «original», en el sentido de considerar equiparables un documento electrónico a uno escrito, una firma digital a una autógrafa, así como una información en formato virtual sin alteraciones a un texto original. Incluso la Convención, en su art. 10.2, se preocupa de señalar cuándo se entiende entregada o recibida

una comunicación electrónica. A tal fin establece que se considerará transmitida cuando llega a la dirección electrónica del destinatario.

Dando por válida la celebración del convenio arbitral electrónico, la siguiente cuestión que requiere de una reflexión en el arbitraje *on line*, es la concerniente al desarrollo del procedimiento. Los medios tecnológicos actuales permiten que el procedimiento arbitral y, más concretamente, aquellas fases del mismo que podrían requerir la presencia de las partes, se puedan celebrar de manera virtual. A este respecto, habría que pensar en la instalación de equipos que permitan la celebración de las vistas o audiencias a través de una especie de videoconferencias. Tal videoconferencia permitiría el cumplimiento de los requisitos de audiencia y contradicción entre las partes, sin necesidad de que estén presentes en un mismo lugar los árbitros y cada una de aquellas o sus representantes.

Por su parte, sería posible también el uso del correo electrónico y los sistemas de charla interactiva (*chat*). Respecto a la práctica de la prueba, tampoco parece inverosímil el que la misma se pueda acordar en presencia de las partes, mediante videoconferencia, y que las pruebas concretas bien se practiquen del mismo modo o se remita su elaboración a los peritos pertinentes, los cuales únicamente tendrían que remitir a los árbitros y a las partes los informes que reflejasen el contenido de su valoración.

La videoconferencia se convierte en un elemento de primer orden en el desarrollo del procedimiento arbitral a través del Internet, ya que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares. Sus características fundamentales se basan en que es integral, ya que permite el envío de imagen, sonido y datos; es interactiva, pues posibilita la comunicación bidireccional en todo momento; y es sincrónica, por funcionar en tiempo real, transmitiendo en vivo y en directo desde un punto a otro o incluso entre varios puntos a la vez.

Otro aspecto importante en el arbitraje *on line* está relacionado con la fijación del lugar donde se va a llevar a cabo. Se trata de establecer el domicilio legal del arbitraje, que puede servir como punto de conexión en los conflictos de leyes para determinar la ley procesal y de fondo aplicable al procedimiento arbitral. Es recomendable que las partes lo determinen en el acuerdo arbitral o, en su defecto, lo señale el árbitro en concordancia con el Derecho aplicable al arbitraje. A falta de elección por parte de los sujetos anteriores, algún sector de la doctrina se inclina por considerar que el asiento debe ser el lugar en que se ubican los servidores o computadores o donde la comunicación electrónica del árbitro se envía o recibe. De todas estas opciones, la que ha prevalecido en un mayor número de ocasiones ha sido la basada en el lugar en donde se encuentran los proveedores institucionales del servicio de arbitraje *on line*.

Por último, sólo queda referirse a la posibilidad de que las sentencias arbitrales consten en formato digital. De entrada, con el laudo, lo que se obtiene es un instrumento ejecutivo que, en caso de incumplimiento voluntario por el obligado, puede ser ejecutado por vía jurisdiccional. Por lo tanto, la certidumbre sobre la existencia del laudo arbitral adquiere una relevancia extraordinaria. Hasta tal punto la evidencia del laudo requiere acreditarse, que la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, en su art. 31.1, exige que el laudo se dicte por escrito y sea firmado por el árbitro o los árbitros. Con esta regulación internacional parece que no hay sustento suficiente para admitir la validez del laudo en formato electrónico. Pero, la constancia escrita y firmada del laudo debe ser interpretada de conformidad con el principio de equivalencia funcional del documento y la firma electrónicos, previstos en las Leyes Modelos sobre comercio electrónico y firmas electrónicas.

Por un lado, la Ley Modelo sobre comercio electrónico, en su art. 6, equipara la información escrita con la recogida en un mensaje de datos, si el contenido de este último es accesible para su ulterior consulta. Por otro lado, la Ley Modelo sobre firma electrónica, también en su art. 6, hace equivalentes la firma de una persona con una firma electrónica, siempre que sea fiable. Por fiable se entenderá que los datos de creación de firma corresponden exclusivamente al firmante, que estaban bajo el control exclusivo del firmante y que es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma.

La emisión del laudo no requiere de la presencia de las partes, sino que se dicta tras la correspondiente reunión y votación de los árbitros. Por lo tanto, es perfectamente factible que se puedan emitir laudos en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y quede constancia de su contenido y firmas. Los árbitros pueden reunirse virtualmente a través de la videoconferencia y recurrir a los sistemas de correo electrónico y charla interactiva, si fuera necesario. Una vez redactada la sentencia, tendría que ser firmada por todos los árbitros, que podrían recurrir a la firma electrónica para rubricar el contenido del documento. Todo ello conduce a la aceptación de la digitalización del laudo, en tanto y en cuanto la constancia por escrito se entiende cumplida siempre que el contenido esté accesible

para ulterior consulta, con independencia de cuál sea el soporte en que conste, y se haya utilizado una firma electrónica fiable.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MORENO BLES, L. «La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje *on line*». *Revista de la Contratación Electrónica*, octubre 2008, n.º 97, pp. 3-59. MIGUEL ASENSIO, P.A. *Derecho privado de internet*. Madrid: Civitas, 2002, 3.ª edición. ÁVILA DE LA TORRE, A. «Cuestiones particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje *on line* y la autodisciplina en el Derecho de la publicidad», en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, M.ª S. *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006. BADENAS CARPIO, J.M. «Comercio electrónico y arbitraje». En la obra colectiva dirigida por ILLESCAS ORTIZ, R. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Buenos Aires: La Ley, 2001. MONTESINOS GARCÍA, A. *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Madrid: Civitas, 2007. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M.ª CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2006, 3.ª edición. MADRID PARRA, A. «Electronificación del arbitraje». *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2011, n.º 2. BORGOÑO TORREALBA, J.L. «Arbitraje comercial internacional *on line*». *A.E.D.I.*, 2007, vol. XXIII.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Defensa y contradicción. Laudo. Ley Modelo Uncitral. Procedimiento arbitral. Prueba.

ARBITRAJE PENDULAR (*PENDULUM ARBITRATION*)

1. Definición y naturaleza arbitral

También conocido como «arbitraje de oferta final» (*last o final offer arbitration*) y «arbitraje béisbol» (*baseball arbitration*), el arbitraje pendular consiste en que cada una de las partes en conflicto someta al árbitro (o tribunal arbitral) una oferta, después de una breve fase de negociación y sin conocer cuál es la oferta de la otra parte. El árbitro deberá escoger entre ambas para emitir su laudo, no pudiendo modificarlas ni optar por una solución a medio camino entre las dos.

Si bien el arbitraje pendular es considerado una forma de arbitraje, la doctrina se ha cuestionado si reúne todas las notas características de esta institución o se trata de un método alternativo de solución de controversias (*Alternative Dispute Resolution* o ADR). Al respecto, partimos de la concepción de ADR más frecuente en la Europa continental, que lo define como una forma de resolución de conflictos en la que las partes no se someten a la decisión vinculante de un tercero (siendo la mediación el ejemplo paradigmático), por oposición a la definición que se utiliza en los Estados Unidos de América, según la cual es ADR cualquier forma de resolución de conflictos fuera del sistema judicial.

No obstante, la doctrina mayoritaria concluye que la institución que nos ocupa es, efectivamente, un tipo de arbitraje, puesto que, a pesar de sus particularidades, que examinaremos a continuación, en el arbitraje pendular un tercero (el árbitro), resuelve un conflicto entre dos partes, de forma vinculante para éstas y ejerciendo una «misión jurisdiccional» (MITROVIC, BORRIS).

2. Origen

El arbitraje pendular tiene su origen a inicios del siglo XX, cuando empezó a ser utilizado para resolver disputas salariales entre jugadores y equipos de la Liga de Béisbol Profesional de Estados Unidos (de ahí que también sea conocido como *baseball arbitration*). Sin embargo, en dicho país su uso se extendió a otros conflictos salariales que enfrentaban a empresas y sindicatos en sectores como el carbón, la prensa o la industria textil. Actualmente, se utiliza, entre otros, en asuntos de transporte, seguros, inmobiliarios, petrolíferos, fiscales, bancarios y financieros; y, en general, en cualquier caso cuyo principal elemento de disputa sea la cuantificación de algo, ya sea un bien, un servicio o unos daños (MITROVIC).

3. Modalidades

A partir de la definición básica ya aportada, existen múltiples variantes de arbitraje pendular. Siguiendo a BORRIS y a MITROVIC, podemos mencionar las siguientes:

Issue-by-issue final offer arbitration. En ella se discuten varias cuestiones litigiosas. Las partes remiten al árbitro una oferta para cada una de ellas, debiendo éste escoger cuál le parece más adecuada para cada uno de los asuntos discutidos.

Package final offer arbitration. También prevista para discusiones en las cuales existen varias cuestiones en disputa, a diferencia de la anterior el árbitro sólo puede escoger la oferta de una de las partes en bloque; es decir, no puede dar la razón a cada uno de los litigantes en función de la cuestión debatida, sino que debe dársela a uno de ellos de forma conjunta.

Multi-round pendulum arbitration. Consiste en permitir a las partes más de una ronda de ofertas, lo cual sirve para que éstas vayan ajustando sus posturas en las sucesivas rondas e, idealmente, lleguen a un acuerdo que evite que el árbitro tenga que decidir en última instancia.

Dual final offers. En este caso, en lugar de someter a la consideración del tribunal arbitral una única oferta, cada parte puede formular dos posibles soluciones, dando mayor flexibilidad al árbitro e incrementando la posibilidad de alcanzar una decisión aceptable para ambas partes.

Envelope procedure/night-time baseball. En esta variante las partes presentan su oferta de forma cerrada, debiendo el árbitro llegar a una decisión sin conocer dichas ofertas. La oferta que se aproxime más a la decisión del árbitro, constituirá el laudo final.

High-low baseball arbitration. Las partes pactan, de forma previa a entregar al árbitro sus respectivas ofertas, un mínimo y un máximo para el importe de la condena, de los cuales no informan al árbitro. Si el laudo establece un importe que no se halla dentro de la horquilla pactada, debe aumentarse o reducirse dicho importe para coincidir con uno de esos límites, en función de que haya resultado inferior o superior a los mismos.

4. *Ventajas e inconvenientes del arbitraje pendular*

Ventajas. - Existen, principalmente, dos ventajas del arbitraje pendular, en comparación con el arbitraje clásico. La primera ventaja es consecuencia de la percepción de que en el arbitraje clásico los árbitros suelen adoptar soluciones salomónicas, emitiendo un laudo «intermedio» entre las pretensiones de las partes. Dicha percepción lleva a las partes a plantear, tanto en fase de negociación como en el propio arbitraje, pretensiones excesivas, con el objetivo de que el acuerdo final o el laudo se aproximen lo máximo posible a la pretensión que consideran justa. Este fenómeno es denominado por BORRIS el «*chilling effect*» del arbitraje (porque «enfriá» las posibilidades de negociación). Por poner un ejemplo: si creo que tengo derecho a que la adversa me pague 100, pediré 150, ya que la contraparte sólo estará dispuesta a pagar 50, de forma que en la negociación me quede margen para ceder o que el árbitro acabe otorgándome esos 100.

Esta tendencia se evita con el arbitraje pendular, al no ser posible para el tribunal arbitral separarse de una de las dos opciones que le plantean los litigantes. En el sencillo ejemplo que acabamos de proponer, a una parte ya no le convendrá pedir 150, puesto que si la contraparte propone pagar 60, y el árbitro, efectivamente, cree que lo correcto sería otorgar a la actora 100, acabará optando por la oferta de la contraparte de 60, que es la más cercana a la solución que considera «justa». En definitiva, el arbitraje pendular proporciona un incentivo a las partes para moderar sus pretensiones y evaluar de forma realista, qué podrán obtener si el conflicto acaba siendo resuelto por el árbitro. Este esfuerzo favorece las posibilidades de alcanzar un acuerdo sin necesidad de llegar al procedimiento arbitral. BORRIS menciona que en la Liga de Béisbol Profesional Americana se han alcanzado tasas de acuerdo entre las partes del 90%.

La segunda ventaja es la mayor rapidez del procedimiento. A diferencia del arbitraje estándar, en el arbitraje de oferta final no se celebra, en principio, una fase de alegaciones y otra de prueba, y mucho menos una fase previa de *discovery*. Si bien las partes suelen tener un intercambio de opiniones antes de plantear sus ofertas respectivas al árbitro, el arbitraje pendular es muy expeditivo y las partes están más interesadas en resolver el conflicto de forma ágil, que en hacerlo de forma precisa y estrictamente ajustada a derecho. De hecho, es frecuente acordar que el árbitro no estará obligado a redactar un laudo motivado, bastando con que el laudo contenga su decisión sobre las cuestiones planteadas. Adicionalmente, esta mayor rapidez comporta menores costes para las partes.

Inconvenientes. - El inconveniente más claro del arbitraje pendular deriva, paradójicamente, de la ventaja que acabamos de referir. Al preconizar una decisión rápida, no siempre alcanza la solución más justa. En palabras de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, el arbitraje pendular «no atiende demasiado a consideraciones jurídicas ni siquiera fácticas sobre la posición de las partes». En este sentido, otros autores han calificado esta institución como una forma de apuesta, más que un procedimiento jurídico de solución de controversias (BORRIS).

Otra crítica habitual al arbitraje de oferta final es su supuesto «efecto narcótico», que derivaría de que las partes que lo han utilizado en el pasado, tienden a recurrir a él con frecuencia, dejando de hacer un esfuerzo

por llegar a una solución negociada. No obstante, BORRIS matiza que dicho efecto es común a cualquier tipo de arbitraje y, en cualquier caso, está demostrado que el arbitraje pendular llega a la fase de vista oral en menor proporción que el arbitraje convencional.

Finalmente, LEW y MISTELIS subrayan que el arbitraje pendular puede resultar injusto, a menos que ambas partes tengan un conocimiento similar de los hechos básicos del caso. En efecto, al no desarrollarse un proceso completo, con su correspondiente fase probatoria, si una de las partes desconoce aspectos fácticos relevantes, se halla en peor situación para hacer una estimación de la conclusión que puede alcanzar el árbitro; y, por tanto, para decidir su oferta.

(Autor: *Guillermo Bayas Fernández. Coordinador del Área Procesal de INLEY Estudio Legal. Profesor Asociado en la Universidad de Barcelona*).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MITROVIC, L. «L'Arbitrage Baseball: Arbitrage ou Mode Alternatif de Reglement?». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, 2003, vol. 2003, n.º 4, pp. 1167-1194. BORRIS, Ch. «Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective. How to Play Baseball in a Soccer Country». En *Journal of International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2007, vol. 24, n.º 3, pp. 307-317. LEW, J.D.M. y L.A. MISTELIS. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2003, pp. 1-15; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.⁴ «Avenencia». En *Spain Arbitration Review*. Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid: Wölters Kluwer España, 2012, vol. 2012, n.º 14, pp. 5-22.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de oferta final. Arbitraje béisbol. Métodos de solución alternativa de controversias (ADR).

ARBITRAJE POSTAL

1. *El arbitraje institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

El art. 49 de la Ley n.º 43/2010 de 30 de diciembre de 2010 del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, prevé la posibilidad de que los operadores postales puedan someter los conflictos que se susciten entre ellos al arbitraje institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En particular, el art. 12.d).3º de la Ley n.º 3/2013 de 4 de junio de 2013, atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las funciones arbitrales referidas en el art. 49 de la Ley n.º 43/2010.

Esta función arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se desarrolla, parcialmente, en el art. 46 del Real Decreto n.º 657/2013 de 30 de agosto de 2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La legislación postal no delimita el ámbito objetivo de este arbitraje institucional: se limita a sancionar, como señalábamos, que los operadores postales podrán someter al arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los conflictos que se susciten entre ellos; obviamente, ha de presumirse que han de tratarse de disputas de naturaleza privada, surgidas en el ámbito de su actuación en el marco del mercado postal.

Subjetivamente, la legislación parece exigir que la disputa involucre a operadores postales distintos del operador designado (la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.); así resultaría del título del art. 49 de la Ley n.º 43/2010 («conflicto entre operadores no designados para la prestación del servicio postal universal») y del hecho de que, al menos por lo que se refiere a los conflictos habidos entre el operador designado y otro operador postal, respecto de servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, la legislación postal prevea un procedimiento administrativo específico para su resolución (arts. 48 de la Ley n.º 43/2010 y 12.d). 1º de la Ley n.º 3/2013).

Delimitado el objeto del arbitraje y las partes que pueden serlo en el correspondiente procedimiento, resulta necesario aclarar que, lógicamente, el arbitraje ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es de carácter voluntario para las partes, quienes, además, podrán someter la resolución de su disputa ante cualquier otro tribunal arbitral distinto del facilitado por aquel organismo público.

Esta función arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no tiene carácter público (ya hemos indicado que tiene por finalidad resolver disputas privadas entre operadores postales) y tiene naturaleza de arbitraje institucional, pudiendo resolver tanto en derecho como en equidad.

Al procedimiento arbitral se refiere el art. 46 del Real Decreto n.º 657/2013, que dispone que este arbitraje institucional habrá de ajustarse a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Y, en todo caso, ha de respetar los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Corresponde a la Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la tramitación de los procedimientos arbitrales encomendados a este organismo (art. 11.2.c) del Real Decreto n.º 657/2013); por su parte, al Consejo de esta Comisión le viene atribuida la administración y las funciones decisorias del arbitraje. No obstante, atendiendo a la materia del arbitraje, podrán cada una de las Salas del Consejo designar árbitros, así como determinar los honorarios aprobados por el Consejo (art. 46.3 del Real Decreto n.º 657/2013).

2. El arbitraje de consumo en la legislación postal

En distinto ámbito al hasta ahora expuesto, la legislación postal española ampara la posibilidad de que los derechos de reclamación de los usuarios de los servicios postales puedan hacerse valer ante un arbitraje de consumo. Conforme al art. 9 de la Ley n.º 43/2010 los usuarios de los servicios postales, cualquiera que sea el operador que lleve a cabo tales servicios, tienen el derecho fundamental a ser indemnizados por los daños y perjuicios que pudieren derivarse del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del servicio postal contratado, así como a ser informados del procedimiento que deben seguir para hacer efectiva su pretensión indemnizatoria.

En tal sentido, el art. 10.2 de la Ley n.º 43/2010 exige que los operadores postales tengan establecido un procedimiento transparente, sencillo y gratuito para tramitar las reclamaciones que pudieran ser formuladas por los usuarios. Conforme a dicho procedimiento, los usuarios habrán de poder presentar su reclamación ante cualquiera de las oficinas comerciales del operador postal.

En todo caso, el usuario no estaría obligado a tramitar su reclamación conforme a dicho procedimiento de reclamación del operador postal, y a decir del art. 10.3 de la Ley n.º 43/2010, podrá someter la controversia al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo; es decir, al Sistema Arbitral de Consumo referido en los arts. 57 y 58 del Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 y desarrollado por el Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008. Obvia el señalar que, pese a que no se exprese en el mencionado art. 10.3 de la Ley n.º 43/2010 la sujeción de la disputa al arbitraje de consumo, requerirá, además, el consentimiento del operador postal, que podrá ser o haber sido prestado conforme a lo establecido en la citada normativa consumerista.

Entendemos que el arbitraje de consumo a que se refiere la legislación postal, se contempla como una alternativa, de carácter facultativo, pero no obligatorio, para la resolución de las disputas surgidas en el marco de la prestación de servicios postales.

(Autor: Julio López Quiroga. Abogado. Avante Legal. Madrid. España).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ, E. «Acceso a la red postal y conflictos entre operadores». En la obra colectiva dirigida por PETIT LAVALL, M.V. *Régimen jurídico del sector postal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. CUESTA, J. «La Comisión Nacional del Sector Postal en la Ley Postal n.º 43/2010 y en la Ley n.º 2/2011, de Economía Sostenible». En la obra colectiva dirigida por PETIT LAVALL, M.V. *Régimen jurídico del sector postal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. MONTERO, J. *La Comisión Nacional del Sector Postal. Una nueva administración independiente reguladora*. Revista de Administración Pública. Madrid, 2008, n.º 176.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Convenio arbitral. Juntas Arbitrales de Consumo. Sumisión al arbitraje.

ARBITRAJE SIN VÍNCULO CONTRACTUAL

El pilar fundamental del arbitraje es el consentimiento de las partes a utilizar esta vía como método para resolver sus controversias, ya que, en principio, sin el consentimiento de las partes, no puede haber arbitraje.

Dicho consentimiento suele contenerse, aunque no siempre, en un contrato que contiene una cláusula de sometimiento de las partes al arbitraje. Ahora bien, no siempre existe un vínculo contractual entre las partes de un procedimiento arbitral, sino que en ocasiones las partes pueden haber decidido someter alguna controversia a arbitraje posteriormente a que aquélla haya surgido, sin que mediara antes un contrato entre las mismas. Tal es el caso, por ejemplo, cuando en las reclamaciones por responsabilidad extracontractual las partes deciden, después de que haya acaecido el evento dañoso, someter a arbitraje la disputa sobre responsabilidad y la cuantía de indemnización.

Ahora bien, en el caso anterior, si bien no hay un vínculo contractual previo, es cierto que las partes acuerdan el arbitraje y ahí reside el vínculo contractual de someterse a arbitraje entre esas partes. Por ello, el término de «arbitraje sin vínculo contractual» suele referirse a una cuestión muy distinta, esto es, a los procedimientos arbitrales entre partes que ni están vinculadas contractualmente por un negocio jurídico concreto, ni tampoco por un acuerdo para someter una controversia determinada a arbitraje, pero que se ven atraídas a un procedimiento arbitral como consecuencia de su especial relación con las partes del procedimiento arbitral al que han sido atraídas. Se trata, pues, de controversias en las que una de las partes o ninguna ha suscrito un convenio arbitral, por lo que muchas veces se alude a esta cuestión como la extensión del convenio arbitral a no firmantes o a terceros.

En el ámbito del arbitraje internacional está generalmente aceptado que una persona física o jurídica pueda ser parte de un procedimiento arbitral, aun cuando no haya suscrito ningún convenio en este sentido, siempre que existan ciertas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen que la persona física o jurídica estén vinculados por un convenio arbitral.

En efecto, existen determinadas circunstancias por las cuales terceros al convenio arbitral pueden quedar obligados por éste. Dichas circunstancias suelen estar relacionadas con el comportamiento o la relación de ese tercero con alguna de las partes al convenio arbitral. Se trata, pues, de casos en los que se puede aplicar la teoría del grupo de empresas, o en los que una empresa funciona como agente o como un *alter ego* del tercero, en casos de sucesión o de cesión, o incluso en algunos casos en los que del comportamiento del tercero en las negociaciones o en la ejecución del contrato, puede entenderse que éste está vinculado por el convenio arbitral.

En realidad, el elenco de casos puede ser enorme, incluyendo la posibilidad de que en algunas legislaciones un accionista pueda actuar en nombre de la empresa para ejecutar un contrato que contiene un convenio arbitral, la vinculación de directores de empresa en determinados países, etc.; sin embargo, en lo que sigue se habla de los más habituales.

De todos los casos mencionados en el párrafo anterior, quizás el más habitual sea el caso en que la teoría del grupo de empresas y el levantamiento del velo resulta aplicable, y por el cual el acuerdo arbitral podría extenderse a otros miembros del grupo de sociedades vinculadas o incluso al accionista último (persona natural).

La discusión sobre si debe aplicarse esta teoría a un caso concreto era y es habitual en los casos sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en los que hasta la entrada en vigor del nuevo reglamento, la Corte debía tomar una decisión de conformidad al art. 6.2 del antiguo reglamento. De hecho, fue precisamente en un arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el caso *Dow Chemical*, el que fijó los cimientos para la aplicación de la teoría del grupo de empresas en el arbitraje. En dicho asunto, el tribunal arbitral consideró que estaban vinculadas por el convenio arbitral no sólo las sociedades firmantes del convenio, sino también la sociedad matriz y una sociedad francesa controlada, integrantes del mismo grupo empresarial.

En este asunto se decidió que estas últimas sociedades también estaban vinculadas por el convenio arbitral, no solamente por pertenecer al mismo grupo de empresas, circunstancia que por sí sola no suele ser suficiente para entender que un tercero está vinculado por el convenio arbitral, sino también por las circunstancias que rodearon a la formación y ejecución del contrato principal, ya que, además de que la sociedad matriz estadounidense controlaba las sociedades que habían suscrito el convenio, la sociedad filial también había participado en la negociación y la ejecución del contrato principal, por lo que el tribunal concluyó que el grupo de empresas era una única realidad económica.

Hay que decir que esta teoría no está universalmente aceptada, y que en algunas jurisdicciones existen pronunciamientos contradictorios. Ahora bien, también hay que decir que dicha teoría se aplica con mayor facilidad a las sociedades, mientras que cuando los terceros son personas físicas o Estados, la aplicación de esta teoría ha sido más restrictiva; si bien es cierto que ha habido casos en los que se ha concluido que una persona física estaba vinculada por el convenio arbitral suscrito por una sociedad o un grupo de sociedades que dependían de ella o porque esas sociedades han sido consideradas como sus *alter egos*.

Además de la extensión a terceros de un convenio arbitral por la pertenencia al mismo grupo de empresas, el mismo también puede extenderse mediante una cesión de un contrato que contiene una cláusula de arbitraje. En estos casos, para determinar si la cesión del contrato principal implica que el convenio arbitral contenido en el mismo, también obliga al tercero cesionario, habrá que estar a lo que establezca la ley aplicable correspondiente sobre la posibilidad de ceder un convenio arbitral y los requisitos de forma para ello.

Igualmente, la cuestión puede plantearse cuando un agente o un mandatario contrate en nombre de su principal y el acuerdo contenga una cláusula arbitral, en cuyo caso, de nuevo habrá que estar a lo que establezcan las leyes pertinentes, puesto que la regulación es diferente según los países. Por ello, el problema puede plantearse a la hora de determinar cuál es la ley que debe servir para determinar si el principal debe estar vinculado por el convenio arbitral, y si debe ser la ley que rige este último o la ley que rige el contrato de agencia. Ante este problema, algunos autores han propuesto la aplicación del principio de validez, de modo que sería suficiente con que, de acuerdo con una de estas leyes, obligue al principal para que se entienda que está vinculado por el mismo.

Cuestión similar a la anterior es la relativa al mandato aparente, por el que una parte puede verse vinculada por los actos que realice una parte, incluso si dichos actos no estaban autorizados, si el principal crea la apariencia de haber otorgado la autorización, de manera que la contraparte razonablemente tenga la creencia de que dicha autorización existe. Así, pues, de la misma manera, dicha apariencia podría estar relacionada con la firma de un convenio arbitral.

También puede ocurrir que una sociedad suceda a otra que ha suscrito un convenio arbitral, y por esa razón la sucesora se vea vinculada por el convenio arbitral. Se trata de aquellos casos de reestructuraciones empresariales como consecuencia de fusiones, escisiones, cambios de denominación social o forma societaria, etc.

De todos los casos mencionados en los que puede extenderse la cláusula arbitral a un tercero, los más complejos son los que suponen la aplicación de la teoría del levantamiento del velo y del grupo de empresas debido a la indefinición de criterios que permitan concluir que un convenio arbitral debe vincular a terceros. En efecto, para determinar si se ha creado la apariencia de un consentimiento a la cláusula arbitral será necesario tener en cuenta no sólo la pertenencia al grupo, sino también las circunstancias; esto es, de los comportamientos, incluida la aplicación de la doctrina de los actos propios, el silencio, la situación particular, etc., de modo que existiendo una infinidad de combinaciones, será el órgano dirimente el que decida según su apreciación.

En fin, la apariencia de haber prestado el consentimiento es lo que puede determinar que, incluso en casos en los que el tercero no tiene relación alguna con las sociedades, ni tampoco está relacionado por medio de un contrato de cesión, mandato ni tampoco es el sucesor de una empresa, pueda ver cómo se le aplica una cláusula arbitral que no ha suscrito formalmente, como puede suceder cuando este tercero actúe como garante o sea un subcontratista de alguna de las partes de un contrato que contiene una cláusula arbitral. En estos casos, también las circunstancias serán fundamentales para discernir si el tercero está vinculado por el convenio arbitral.

(Autor: Víctor Bonnin Reynes. *VBArbitration*. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: VULLIEMIN, J.M. *La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral vs. convenio arbitral?* En *5 Spain Arb. Rev.* 53, 2009. DERAIS, Y. and E.A. SCHWARTZ. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, pp. 89 y ss. REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY and C. PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 3-30 ss. BORN B. Gary *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, pp. 1142- 1211.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Extensión a terceros de la cláusula arbitral.

ARBITRAJE SINDICAL

En el campo sindical es posible diferenciar dos clases de conflictos: los arbitrajes intra-sindicales y los arbitrajes inter-sindicales. Los primeros suponen un diferendo que se plantea en el interior de una determinada organización sindical, mientras que los segundos son conflictos que enfrentan a dos o más organizaciones sindicales entre sí.

Los conflictos intra-sindicales pueden versar sobre diversas cuestiones relacionadas con la vida interna y funcionamiento de los sindicatos, tales como: impugnación de acuerdos de asambleas, impugnación de sanciones disciplinarias o separación de afiliados y conflictos de carácter electoral, cuando se objetan decisiones del órgano electoral relativas a la participación en el proceso respectivo (inscripción y tacha de candidatos, procedimientos electorales, etc.), el acto de escrutinio o el resultado mismo de las elecciones. Estos asuntos, y

otros de naturaleza similar, deben resolverse en base a las normas que rigen la vida sindical; esto es, la ley y el estatuto del sindicato, razón por la cual deben clasificarse como conflictos de derecho o jurídicos.

Para ello, los ordenamientos suelen habilitar la vía judicial y, en algunos casos, procedimientos administrativos. Nada obsta, sin embargo, para que las partes de la controversia decidan libremente sustraerse a estas vías y someterla al arbitraje. Debido a la naturaleza del conflicto, éste será un arbitraje de derecho, de carácter voluntario, debiendo descartarse la posibilidad del arbitraje obligatorio e, incluso, el potestativo.

En lo que se refiere a los conflictos intersindicales el panorama es, básicamente, el mismo. Estos conflictos tienen lugar, por lo general, en torno a la representatividad de los sindicatos en la negociación colectiva, allí donde el ordenamiento concede una situación privilegiada al sindicato más representativo, o respecto a la inserción de éstos en organismos de concertación o de colaboración con el Estado en la formulación de políticas laborales o sociales, así como, eventualmente, en el derecho de acceder a determinados apoyos o subsidios económicos. De la misma manera que en el caso anterior (conflictos intrasindicales), los sindicatos en conflicto pueden tener expedida la vía judicial y, acaso, la administrativa, pero pueden decidir libremente someter el diferendo al arbitraje.

(Autor: Carlos Blancas B. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ariel, 1981, 7.^a (edición actualizada). ALONSO OLEA, Manuel y M.^a Emilia CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, 19.^a edición revisada. DE BUEN, Néstor. *Derecho procesal del trabajo*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1988. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical, recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, 5.^a edición revisada. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho procesal del trabajo*. Lima: Ael, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje laboral.

ARBITRAJE SOCIETARIO

Por «arbitraje societario» debe entenderse la posibilidad de acudir a los cauces del arbitraje para resolver un determinado conflicto que surge en relación a la violación de las normas contenidas en los estatutos de una sociedad; y, por extensión, en las leyes imperativas que deben regir o respetar estos últimos.

En España, concretamente, la discusión en torno a la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir estos conflictos puede afirmarse, sin lugar a dudas, que viene de lejos. Y es que el arbitraje societario tendría su origen, según CREMADES, en el Derecho romano, y ha sido tradición de nuestro Derecho histórico, al reconocerse incluso en la propia Constitución de 1812. Sin embargo, la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y de la Ley de Arbitraje de 1953, supusieron un importante retroceso en dicha evolución, debido a la excesiva rigidez formal y al carácter excesivamente cerrado de esta última ley.

No obstante, todo empezó a cambiar a tenor de la promulgación de la Ley n.º 3/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, que motivó un importante cambio en la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de Registros y del Notariado, a través de su importante resolución de 19 de febrero de 1998, posteriormente acogida por la STS de 18 de abril de 1998.

En la actualidad, la Ley n.º 11/2011, de reforma de la Ley de Arbitraje, ha reconocido expresamente la posibilidad de arbitrar litigios societarios introduciendo el novedoso artículo 11 *bis* en el articulado de la misma, y exigiendo, como principal novedad, para la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. Por último, también indica el art. 11 *ter* que el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil y que, en el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en dicho Registro, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

Por lo demás, es de significar también que en otros ordenamientos jurídicos como el francés, por ejemplo, las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje se consideran plenamente válidas, y sólo son inarbitrables aquellas disputas que queden expresamente excluidas del arbitraje de forma taxativa e imperativa como, entre otras, ha determinado la *Cour d'appel* de París en una sentencia de 16 de febrero de 1989. Por su parte,

también los ordenamientos jurídicos finlandés o peruano admiten ampliamente este tipo de cláusulas, al ser la propia norma legal la que autoriza la inclusión de una cláusula de estas características en los estatutos de una sociedad.

¿Qué problemas han suscitado o suscitan, sin embargo, en la práctica, este tipo de cláusulas?

En primer lugar, en función del tipo societario de que se trate, parte de los autores favorables a la arbitralidad de las cuestiones societarias, distinguían, según se tratara de sociedades abiertas; y, en particular, de sociedades anónimas familiares o de sociedades de responsabilidad limitada. Su postura partía, en efecto, del hecho de que en la primera tipología de sociedades, la trascendencia del orden público era mayor; y, por tanto, el campo de actuación del arbitraje era también más limitado, a diferencia de lo que acontece en las sociedades cerradas. Otro sector de la doctrina, en cambio, mantenía, desde otra perspectiva, que los acuerdos contrarios a la ley (y que fueran nulos, por tanto), debían de quedar al margen del arbitraje, mientras que los contrarios a los estatutos y los que lesionaran intereses de la sociedad tan sólo eran anulables; y, por tanto, sometibles a arbitraje.

Hoy en día, sin embargo, esta postura puede entenderse ampliamente superada a favor de la arbitralidad de la materia societaria en ambos tipos o clases de sociedades.

En segundo lugar, se ha cuestionado también la pertinencia de acudir al arbitraje, cuando la impugnación judicial de un acuerdo por parte de un tercero, coexiste con una correlativa impugnación arbitral interpuesta por socios o administradores. ¿Qué procedimiento debe primar, entonces? En principio, todo apunta, siguiendo la doctrina mayoritaria, a que debe primar el procedimiento judicial, por cuanto que el tercero no se encuentra vinculado por el convenio arbitral, incluso si ha recaído laudo arbitral antes de caducar el plazo de impugnación judicial, en méritos del principio de inmodificabilidad de las sentencias y laudos.

En tercer lugar, se han cuestionado, asimismo, las consecuencias que conlleva optar por un convenio arbitral estatutario o extraestatutario: ¿qué instrumento formal es, en efecto, el más idóneo para recoger el convenio arbitral? Sobre este particular, la doctrina más autorizada parece convenir también, para el supuesto de que se plasme dicho convenio en los estatutos de la sociedad, que dicho acuerdo abarcará tanto a los socios fundadores como a los futuros; y, a su vez, a los órganos de la propia sociedad. Por el contrario, si dicho convenio se plasma en un pacto extraestatutario, tan sólo vinculará a las partes firmantes del mismo y extenderá, por tanto, sus efectos únicamente a quienes lo pactaron, en méritos del consabido principio de relatividad de los contratos establecido en nuestro Código Civil.

En cuarto lugar, también se ha discutido si cabe o no acudir al arbitraje en función de la imperatividad o de la indisponibilidad de la norma: así, ha sido reiterada la discusión en relación a la delimitación del concepto de lo disponible, apoyándose los sectores menos favorables al arbitraje en la imperatividad de ciertas normas, en la irrenunciabilidad de algunos derechos, en el orden público y en los intereses de terceros, como supuestas causas limitativas de la arbitralidad de determinadas materias. Sin embargo, también aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales, más autorizadas insisten en que no cabe identificar los conceptos de imperatividad de la norma aplicable con el de indisponibilidad de la materia. Y es que, efectivamente, el mero hecho de que el funcionamiento de los órganos que configuran las sociedades mercantiles, se base en normas de carácter imperativo, no puede o no debería, por lo menos, de impedir el sometimiento de dichas materias a arbitraje, pues el árbitro se encuentra tan vinculado a dichas normas imperativas a la hora de resolver, como lo puede estar el juez, en su caso.

Por último, también se ha cuestionado si cabe o no arbitrar en equidad la materia societaria, atendida la imperatividad de las normas que la gobiernan. Y es que, sobre este particular, la doctrina y jurisprudencia parecen estar divididas: así, mientras un sector parece sostener una postura contraria (como el mantenido por la SAP Barcelona de 2005, cuando literalmente dice que «la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje, lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas»), otro sector doctrinal, encabezado por el propio Tribunal Supremo, parecen inclinarse a favor de dicha posibilidad dado que, como sostiene este último órgano jurisdiccional, juzgar en equidad no significa, al fin y al cabo, prescindir del Derecho.

En síntesis, puede afirmarse, por tanto, que el arbitraje societario está cada día más extendido, admitiéndose ampliamente por parte de la gran mayoría de operadores jurídicos.

(Autor: Juan Pablo Correa Delcasso. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CARAZO LIÉBANA. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005. CREMADES. *El arbitraje societario*. Buenos Aires: La Ley, 2000, Ref. D-281, tomo 9. PÉREZ DE MIGUEL. «Arbitraje societario, evolución y perspectivas». *Iuris*. Madrid: La Ley, 2005, n.º 100, pp. 46 y ss.

ARBITRAJE TELEMÁTICO (VER «ARBITRAJE ON LINE»)

ARBITRAJE TESTAMENTARIO

1. Introducción

Dentro de los conflictos familiares, los relativos al reparto de la herencia representan, social y económicamente, una parte muy significativa de los mismos. Muchos de esos conflictos terminan en un largo y complicado proceso judicial, no sin antes suponer un elevado desgaste en las relaciones familiares de los sujetos afectados. Por ello, de modo alternativo a la solución judicial del correspondiente pleito sucesorio, se presentan en nuestro panorama jurídico otras vías alternativas de resolución de estas controversias. El arbitraje sucesorio puede ser una de ellas, aunque su órbita de aplicación es, quizá, demasiado limitada, a tenor de su configuración normativa en la vigente Ley de Arbitraje.

Tan sólo un precepto de la vigente Ley española de arbitraje de 2003, se ocupa de regular este tipo de arbitraje y ni una sola mención recibe esta modalidad en su Exposición de Motivos. El art. 10, intitulado «Arbitraje testamentario», dentro del Título ii (Del Convenio arbitral y sus efectos) dispone lo siguiente: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Si bien, en la práctica, no es nada habitual encontrar cláusulas testamentarias en las que se otorga a un tercero la facultad de dirimir —con efectos similares a los de una sentencia—, determinados conflictos sucesorios, sí es altamente frecuente encontrar cláusulas en los testamentos en los que el testador prohíbe la intervención judicial en las cuestiones litigiosas derivadas de su herencia. La prohibición de la intervención judicial en la herencia suele ir acompañada, como contrapartida, de la designación de un sujeto que, a modo de albacea o contador-partidor, resuelva los problemas de interpretación derivados de la sucesión, o bien realice la partición de la herencia. Pero, esto no es «arbitraje testamentario», como tampoco lo es la decisión de todos los sucesores de someter a arbitraje las controversias relativas a la partición de la herencia.

Veamos, pues, en qué consiste el arbitraje testamentario a través de los sujetos y el objeto del mismo.

2. *Ámbito de aplicación del arbitraje testamentario*

2.1. *¿Quién puede ser árbitro testamentario?*

Las personas designadas como árbitros testamentarios deben reunir los requisitos generales establecidos en la ley. Estos requisitos se hallan definidos en tres preceptos de la vigente Ley de Arbitraje (arts. 13, 15 y 17). Todos ellos conducen al nombramiento de árbitros que desempeñen el arbitraje de modo independiente e imparcial. «En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», dice el apartado segundo del art. 17 de la ley. Esta norma vincula al testador si en el testamento designa árbitro o árbitros, pero si encomienda la designación a un tercero, ha de ser ese tercero el que vele por el cumplimiento de este requisito de desvinculación personal, profesional o comercial. En este sentido, creo que la administración del arbitraje encomendada por el testador a instituciones especializadas, garantiza el cumplimiento de esa triple desvinculación.

Parece que no hay inconveniente en que un albacea o contador, partidor pueda ser también árbitro, si así lo desea el testador o el tercero habilitado por éste (VERDERA SERVER). Hay opiniones contrarias, según las cuales «la función que asume el albacea es diferente e incompatible con la realizada por el árbitro designado en testamento, pues mientras aquél *vigila* para que se cumplan todas y cada una de las disposiciones ordenadas por el causante [...], y puede intervenir como parte procesal, sosteniendo la validez de las disposiciones de última voluntad, en juicio o fuera de él [...], el árbitro se erige como «juez» de los litigios que nacen entre herederos voluntarios y legatarios, las cuales pueden tener su origen en las decisiones adoptadas por el albacea».

Los inconvenientes para que un albacea o contador-partidor puedan, también, ser designados árbitros, residen, en mi opinión, en el tipo de controversia ante el que nos encontremos. Ello decidirá, a mi juicio, si

la imparcialidad o neutralidad que deben presidir la actuación de los árbitros, se cumplen en el ejercicio de su arbitraje.

Si, por ejemplo, el contador-partidor designado por el testador para realizar la partición de su herencia entre sujetos no legitimarios debe, además, resolver, con efectos de cosa juzgada, las posibles controversias que surjan a propósito de esa partición, parece que no está garantizada su imparcialidad y lo normal es que defienda (en el laudo que ha de dictar) la decisión adoptada en el cuaderno particional. Lo mismo sucedería en el caso de un albacea, también nombrado árbitro, que ha de resolver una controversia en la que ha sido «parte» por haber interpretado una cláusula testamentaria en contra del interés defendido, por ejemplo, por uno de los legatarios.

Se puede plantear también qué solución adoptar si el testador ha instituido el arbitraje en su testamento, pero no ha designado árbitro, ni ha encomendado su designación o administración a un tercero. En este caso, parece que habrá de procederse a la formalización judicial del arbitraje que debería ser solicitada por los sucesores interesados (art. 15.3 de la Ley de Arbitraje). Si no lo hicieren, entiendo que perderían sus derechos en la sucesión, al no estar habilitados ellos para designar directamente el árbitro o árbitros. La formalización judicial del arbitraje también procedería en el caso en que el árbitro designado por el testador no quiere o no puede aceptar el cargo.

2.2. ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?

El art. 10 de la ley española vigente se refiere a los problemas surgidos entre herederos no forzosos y legatarios. *Sensu contrario*, los herederos forzosos (aquellos sujetos que deben recibir una parte determinada de la herencia del testador, de la que éste, por tanto, no puede disponer libremente) quedan fuera de las decisiones arbitrales en este ámbito. El precepto no es otra cosa que una proyección, en el ámbito del arbitraje testamentario, del principio que inspira la Ley de Arbitraje según el cual sólo son arbitrables las cuestiones disponibles. Tal principio se concreta en el art. 2.1 de la precitada normativa: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». La legítima de determinados parientes del causante no es una materia de libre disposición y, en consecuencia, no es materia arbitrable. En contra de este criterio se muestra O'CALLAGHAN, según el cual «la legítima no debe estar excluida del arbitraje testamentario, sino que, una vez deferida la herencia o legado o incluso la donación que la haya atribuido, pertenece a la libre disposición, no ya del testador que ha muerto, sino de los legitimarios».

El principal problema que plantea el precepto, es el de la comprensión del término «herederos no forzosos». Como se sabe, no todo legitimario es heredero. El testador puede atribuir bienes y derechos a sus legitimarios por un título diferente al de heredero. Puede hacerse esta atribución a través de un legado o a través de una donación. En fechas no muy lejanas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de julio de 2002, manifestaba que «no es acertada la calificación que el Código Civil hace del legitimario como heredero foroso. Pues, el causante puede cumplir con su obligación de respetar la legítima, disponiendo de bienes y derechos a favor del legítimo hasta las cuotas legales, mediante la institución de heredero o de legado o incluso mediante una donación *intervivos* (“por cualquier título” dice el art. 815 del Código Civil)».

Así, pues, si aplicamos literalmente el art. 10 de la Ley de Arbitraje, serían susceptibles de arbitraje los conflictos de los legitimarios que reciban su «herencia» a través de un legado o de una donación. Parece obvio que no quería ser éste el espíritu del precepto, sino el de la «protección» de los intereses de los legitimarios, independientemente del título por el cual reciban la atribución.

Ante esta situación, se ha propuesto la sustitución de «herederos no forzosos o legatarios» por «sucesores no forzosos», ya que de este modo quedaría también excluido del ámbito del arbitraje, el cónyuge viudo que, al ser usufructuario y no heredero en sentido estricto, podría quedar incluido en una aplicación literal del art. 10 (ALBALADEJO).

3. El objeto del arbitraje testamentario

Se ha criticado la estrechez del ámbito de aplicación de la figura. De hecho, algunos autores sugieren que hubiese sido preferible adoptar la denominación genérica de «arbitraje sucesorio», en lugar de «arbitraje testamentario». Con esta denominación más amplia, quedarían incluidas todas las formas de disposición *mortis causa*, tanto a través de negocios unilaterales (testamento) como a través de contratos o pactos sucesorios, no reconocidos en el Código Civil, pero de larga tradición y con proyección legislativa en algunas comunidades del territorio español.

El art. 10 somete a arbitraje las «diferencias [...] por cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia». La expresión «administración de la herencia» es clara –al menos en su significado teórico– y puede ser comprensiva, tanto de la administración y gestión, como de la conservación del caudal hereditario (ALBALADEJO).

Por el contrario, el término «distribución» ofrece dudas mayores en cuanto a su significado. Parece no estar comprendido –al menos de modo expreso– en el ámbito del arbitraje testamentario, la partición de la herencia, cuestión ésta que representa en la práctica la mayor parte de los litigios sucesorios.

¿Pueden identificarse los términos «distribución» y «partición» de la herencia, término éste usado por nuestro Código Civil? ¿O la «distribución» se identifica, mejor, con «operaciones divisorias», a las que hace referencia explícita la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)? En todo caso, el término «distribución» es raramente utilizado por el legislador español. A él hace referencia el art. 1058 del Código Civil, al establecer lo siguiente: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Parece que es defendible la equivalencia semántica de los términos distribución y partición porque, muy probablemente, el término «distribuir» se utiliza en el citado precepto con la única finalidad de evitar la reiteración léxica. Distribuir equivale, pues, al conjunto de operaciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante) detalladas en el art. 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, se ha entendido, que el término «distribución» engloba aquellas cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador (ALBALADEJO).

4. Utilidad del arbitraje testamentario

Hoy parece superada la polémica sobre la validez jurídica de la institución arbitral dimanante de la voluntad unilateral del testador.

El denominado arbitraje testamentario goza de cobertura legal suficiente para constituir, no una excepción a la tutela judicial efectiva, sino una alternativa perfectamente válida en la sociedad contemporánea. En primer lugar, el legislador español, y también otros, han optado por reconocer su legitimidad expresa. Por otro lado, la ley permite que en determinados casos el testador prohíba la intervención judicial en su sucesión, con lo que se está abriendo la puerta a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales, el arbitraje cobra protagonismo, porque tiene todas o casi todas las ventajas de un procedimiento judicial, en un tiempo y con unos costes inferiores.

La voluntad del testador, a la hora de establecer el arbitraje testamentario, no es la de imponer una carga sino la de facilitar a sus sucesores un mecanismo para resolver de forma ágil sus diferencias. El arbitraje testamentario se incardina en la tendencia actual de ampliación de la autonomía del testador hacia una, cada vez mayor, libertad de testar. Si la autonomía testamentaria es cada vez mayor, el arbitraje testamentario tiene, cada vez más, abonado su campo de aplicación.

(Autora: Fátima Yáñez Vivero. Profesora titular de Derecho civil de la UNED. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COLINA GAREA. «El negocio jurídico constitutivo del arbitraje testamentario». *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid: Civitas, 2011. VERDERA SERVER. «Comentario al art. 10 de la Ley de Arbitraje». En BARONA VILAR (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2004. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. HIDALGO GARCÍA. «Comentario del art. 10 de la Ley de Arbitraje». En GUILARTE GUTIÉRREZ. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Lex Nova, 2004. O'CALLAGHAN. «El arbitraje en derecho sucesorio». *La Notaría*, 2007, n.º 47-48, pp. 57-68. ALBALADEJO. «El arbitraje testamentario». *Actualidad Civil*, 1990, n.º 1. HERNÁNDEZ BURRIEL. «Comentario de los arts. 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En HINOJOSA SEGOVIA (dir.). *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Grupo Difusión, 2004. GONZÁLEZ CARRASCO. «Comentario del art. 10 de la ley de arbitraje». *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.). Barcelona: Bosch, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad.

ARBITRAJE EN EL TRANSPORTE TERRESTRE INTERNACIONAL (CONVENIOS CMR Y COTIF)

1. *El arbitraje en el Convenio CMR*

El Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera de Ginebra de 19 de mayo de 1956, según resultó modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 y por el Protocolo Adicional de Ginebra de 20 de febrero de 2008 relativo a la carta de porte electrónica («CMR») se configura como la principal norma reguladora del mencionado contrato de transporte internacional en el territorio europeo.

Dicho texto internacional, junto a la determinación de los órganos judiciales competentes para la resolución de las disputas surgidas entre las partes de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera sujeto al CMR, a que se refiere su art. 31, establece expresamente, en el art. 33, la posibilidad de someter tales litigios a arbitraje: «el contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que dicho tribunal arbitral aplicará el presente Convenio».

Del citado precepto cabe señalar, en primer lugar, que si bien la validez del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera no está sujeto, como requisito de su validez, a forma escrita alguna (tal como cabe inferir de lo dispuesto en los arts. 4 y 9.1 del CMR); sin embargo, como ha destacado la doctrina, el compromiso de arbitraje sí requiere la plasmación de tal acuerdo por escrito, pues así resultaría de la reiterada mención a su inclusión mediante una «cláusula» (MESSENT, A. y D.A. GLASS. *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*. Londres: Lloyd's London Press Ltd., 1995, 2.ª edición, p. 257).

Por otro lado, la referencia a un «tribunal» no debe entenderse como la necesaria atribución de competencia a un órgano arbitral colegiado, con exclusión de la validez de aquellos compromisos arbitrales que refieran la competencia a un árbitro único (SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J. *El contrato de transporte internacional. CMR*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 308). Es por ello que debe admitirse que, conforme al CMR, resultan plenamente válidas las cláusulas arbitrales que atribuyan la competencia a un único árbitro.

El art. 33 del CMR, en tercer lugar, condiciona la validez de la cláusula compromisoria a la expresa previsión de la aplicación de las normas del CMR. A falta de tal expresa referencia se ha venido considerando, con amparo en el art. 41 del CMR, que la cláusula arbitral carece de efecto alguno, aun cuando la sede del tribunal arbitral acordada entre las partes estuviese radicada en un Estado parte del CMR [así, *A.B. Bofors-UVA vs. A.B. Skandia Transport* [1982] 1 Lloyd's Rep. 410; Tribunal de Distrito de Rotterdam de 10 de noviembre de 1970 (1971) 6 E.T.L. 273, 278; Cour d'Appel de París de 27 de junio de 1979, B.T. 1979.440, citadas todas ellas por CLARKE, M.A. *International Carriage of Goods by Road: CMR*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, p. 191].

A decir de la doctrina, tal requisito esencial tiene su razón de ser ante la imposibilidad de impugnar, bajo determinadas legislaciones nacionales, un laudo que resolviese la disputa al margen de las normas del CMR, no obstante resultar éste aplicable. De esta forma, la expresa previsión en la cláusula compromisoria requerida por el art. 33 del CMR, impediría al tribunal arbitral apartarse de las normas de la convención, bajo sanción de nulidad del laudo o, cuanto menos, la imposibilidad de su reconocimiento internacional.

De tal requisito formal puede inferirse, además, que el CMR proscribe el arbitraje de equidad, a diferencia, por tanto, de lo establecido en el art. 16 de la Convención Interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera de Montevideo de 15 de julio de 1989, a cuyo tenor «las partes en el contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera podrán someter a decisión arbitral las diferencias que pudieren surgir o que hayan surgido entre ellas. El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional y, si se tratara de un arbitraje de derecho, se aplicarán las disposiciones de esta Convención».

En principio, ha de admitirse que la cláusula arbitral acordada conforme a lo establecido en el art. 31 del CMR, vincula a las partes que la hubieren suscrito; es decir, y con carácter general, el cargador y el porteador. Ahora bien, la propia particularidad del contrato de transporte de mercancías, conlleva el que terceros que originariamente no son parte del mismo; sin embargo, coadyuvan a su ejecución y llegan a ser titulares de derechos y obligaciones que traen causa de aquel contrato. Así, por ejemplo, el destinatario de las mercancías; también, aquellos otros transportistas que ejecuten total o parcialmente todas o parte de las obligaciones asumidas por el porteador que comprometió la ejecución del transporte; o, en fin, el asegurador de las mercancías subrogado en el asegurado tras el pago de la indemnización.

Aunque la cuestión dista de ser pacífica; sin embargo, puede afirmarse con carácter general, que la cláusula arbitral acordada en el contrato de transporte no vincula más que a aquéllos que la suscriben y a los terceros que actúen subrogados en sus derechos (por ejemplo, los aseguradores subrogados en los derechos del cargador) (PIÑOLETA, L.M. *Arbitraje de transportes y Convención CMR*, en la publicación coordinada por MARTÍNEZ SANZ, F. *Problemas en la aplicación del CMR. Especial referencia a la responsabilidad*. Madrid: Fundación Francisco Corell, 2002, pp. 100-102). Y ello es así por cuanto, al contrario de lo que sucede con los conocimientos de embarque marítimos, la carta de porte terrestre (prueba del contrato de transporte según el art. 9.1 del CMR), carece de la naturaleza jurídica de título-valor, de forma que los derechos y obligaciones, tanto del destinatario como de otros porteadores intervinientes en la ejecución del transporte, no derivarían de dicho documento sino del propio CMR.

En otro orden de cosas, la exigua regulación del CMR en materia arbitral, nada dispone sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados al amparo de una cláusula compromisoria acordada de conformidad con su art. 33; tampoco sobre el efecto que el acuerdo arbitral hubiese de tener sobre las acciones que se intentasen ante los órganos jurisdiccionales (a diferencia de cuanto se regula en el art. 31 del CMR, en relación con la competencia judicial).

Las consecuencias prácticas que pudiesen derivarse de dicha falta de regulación quedan relegadas a un plano puramente teórico, toda vez que, a la fecha, todos los Estados contratantes del CMR son, asimismo, partes del Convenio de Nueva York de 1958, por lo que el reconocimiento de la cláusula arbitral y del laudo dictado al amparo de ella (así como su ejecución), encuentra su adecuada regulación en esta convención.

De carácter ciertamente institucional, la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU) aprobó, en 1994, unas Reglas de Arbitraje destinadas a la resolución de disputas nacidas en el ámbito de los contratos de transporte internacional de mercancías por carretera.

Por último, conviene señalar que, no obstante la ausencia de cláusula arbitral acordada entre las partes en un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, las partes (incluso aquéllas que no fueron partes originarias del contrato de transporte) pueden verse abocadas a instar su reclamación en un procedimiento arbitral. Así ocurre, por ejemplo, en ordenamientos como el español que atribuyen competencia a las Juntas Arbitrales de Transporte para la resolución de determinados litigios (art. 38 de la Ley n.º 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres).

2. El arbitraje en el Convenio Cotif

El Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril de 9 de mayo de 1980, en la versión que resulta de su modificación por el Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999 («Cotif»), constituye el instrumento normativo principal regulador del transporte ferroviario internacional en el ámbito europeo; de tal forma es así que la Unión Europea se adhirió al Cotif mediante la Decisión del Consejo de 16 de junio de 2011. El Convenio Cotif, que crea la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril («Otif»), con sede en Berna, incorpora (a) un Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril y, por lo que ahora interesa, dos apéndices: (b) el apéndice A, integrado por las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional de Viajeros por Ferrocarril («CIV»), y (c) el apéndice B, que establece las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril («CIM»). El Convenio Cotif incluye otros anexos relativos, por ejemplo, al Reglamento sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID-apéndice C); las Reglas Uniformes relativas a los Contratos de Utilización de Vehículos en Tráfico Internacional por Ferrocarril (CUV-apéndice D); las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Utilización de la Infraestructura en Tráfico Internacional por Ferrocarril (CUI-apéndice E); etc.

Definido el contrato de transporte de viajeros sujeto a las Reglas Uniformes CIV como aquél en virtud del cual «el transportista se compromete a transportar al viajero, así como, en su caso, equipajes y vehículos, al lugar de destino y a entregar los equipajes y vehículos en el lugar de destino», y el contrato de transporte de mercancías regulado en las Reglas Uniformes CIM como el acuerdo conforme al cual «el transportista se compromete a transportar la mercancía a título oneroso al lugar de destino y a hacer entrega de la misma al destinatario», la cuestión a determinar es si una disputa surgida al amparo de un contrato de transporte internacional por ferrocarril al que resulten de aplicación las Reglas Uniformes CIV o las Reglas Uniformes CIM, puede ser sometida a arbitraje.

Pues bien, ni las Reglas Uniformes CIV ni las Reglas Uniformes CIM contienen disposición alguna que haga referencia a la posibilidad de arbitrar las disputas surgidas al amparo de un contrato de transporte

ferroviario internacional; por el contrario, sí regulan la competencia de los tribunales judiciales ante los cuales pueden interponerse las acciones que resulten de tales negocios jurídicos.

Esta omisión ha sido interpretada por señalada doctrina, como una voluntad de prohibir el procedimiento arbitral como forma de resolver los conflictos que surjan de aquellos contratos de transporte ferroviario internacional sujetos a las Reglas Uniformes CIV o a las Reglas Uniformes CIM [EMPARANZA, A. *Reclamaciones y acciones: presupuestos, competencia y prescripción*. En la obra colectiva dirigida por EMPARANZA, A. y A. RECALDE. *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, p. 292. GÓRRIZ, C. *Transporte por ferrocarril (II)*. *Derecho internacional*. En la obra colectiva dirigida por MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho del Transporte*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 328].

Sin embargo, y aunque es cierto que en las Reglas Uniformes CIV o en las Reglas Uniformes CIM no existe referencia alguna a la resolución arbitral de los conflictos que deriven de los contratos de transporte ferroviario internacional, la posibilidad de arbitrar las disputas que deriven de dichos negocios jurídicos viene contemplada en el art. 28.º2 del Cotif. Conforme al citado precepto, los litigios (distintos de aquéllos que, enmarcados en el ámbito del Derecho internacional público, son referidos en el art. 28.º1 del Cotif) surgidos de la interpretación o de la aplicación del Convenio podrán someterse, mediante acuerdo entre las partes interesadas, a un tribunal de arbitraje. Y, sin duda, también aquéllos que hubieren surgido con ocasión de la interpretación y aplicación de las Reglas Uniformes CIV o de las Reglas Uniformes CIM, pues, a decir de los arts. 6.º2 y 7 del Cotif, el término «Convenio», incluiría tales apéndices. Es así que la posibilidad de dirimir una controversia en arbitraje sólo quedaría proscriba si los Estados miembros del Cotif, al momento de adherirse al Cotif, hubiesen hecho reserva de no aplicar el citado 28.º2 del Cotif (así, por ejemplo, Albania, Irak, Portugal, Rumanía, Chequia y Eslovaquia).

Ahora bien, sí conviene advertir que, de los términos en los que se expresa el art. 28.º2 del Cotif, puede afirmarse que el arbitraje aquí regulado refiere su aplicación al momento en que nazca la disputa; es decir, a un arbitraje *ex post*. Así, como decíamos, resulta de la propia redacción del art. 28.º2 del Cotif a cuyo tenor podrán someterse a arbitraje los «litigios surgidos [...]» en caso de no haber sido resueltos de manera amistosa o sometidos a la decisión de los tribunales ordinarios; y también, como en seguida se verá, de la regulación del arbitraje contenida en los arts. 28 a 32 del Cotif.

Lo anterior, no obstante para que al margen del art. 28 del Cotif, haya de considerarse válida una cláusula compromisoria pactada en un contrato de transporte ferroviario internacional que prevea, *ex ante*, la resolución arbitral de las controversias surgidas del mismo [EMPARANZA, A. *Reclamaciones y acciones: presupuestos, competencia y prescripción*. En la obra colectiva dirigida por EMPARANZA, A. y A. RECALDE. *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, p. 292] siempre que, en todo caso, tal acuerdo se hubiese establecido de conformidad con las normas que han de disciplinar la validez de tales pactos y no resulte contrario a disposiciones de imperativa aplicación. La observancia de tales disposiciones resulta especialmente relevante en aquellos contratos de transporte internacional de pasajeros que hayan de ser considerados usuarios protegidos por la legislación consumerista y en los que el contenido clausular se incorpora mediante condiciones generales (en todo caso, y por lo que a la legislación ferroviaria española se refiere, conviene advertir que se prevé expresamente que los pasajeros puedan hacer valer sus derechos bajo un contrato de transporte ante las Juntas Arbitrales de Transporte, en los términos reguladores de tales instituciones).

El procedimiento arbitral regulado en los arts. 28 a 32 del Cotif, de carácter marcadamente institucional y, como decíamos, previsto para acuerdos de arbitraje *ex post*, se inicia, a decir del art. 29 del Cotif, mediante la comunicación al Secretario General de la OTIF del acuerdo que hayan alcanzado las partes para someter la controversia a arbitraje y en el que habrá de especificarse: (a) el objeto de la controversia que ha de someterse al conocimiento arbitral; (b) la composición del tribunal arbitral y los plazos establecidos para el nombramiento del árbitro o árbitros y (c) la sede del arbitraje.

El tribunal arbitral podrá estar compuesto por uno, tres o cinco árbitros, según lo acordado en el compromiso alcanzado por las partes. Los árbitros serán designados por las partes (excepto el tercer o quinto árbitro, que será nombrado por los otros árbitros), necesariamente, de entre aquellos que consten en la lista de árbitros que, a tales efectos, haya sido confeccionada por el Secretario General de la OTIF con aquellos propuestos por cada Estado miembro del Cotif. Sólo cuando el compromiso arbitral prevea la constitución de un tribunal de cinco árbitros, cada parte podrá designar, fuera de dicha lista, a uno de los dos árbitros que a cada una correspondería nombrar. En cualquier caso, el árbitro único, el tercer o el quinto árbitro debe tener una nacionalidad distinta de la de las partes (excepto cuando éstas tengan una misma nacionalidad).

Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, señala el art. 31 del Cotif, éste será acordado por el tribunal quien, en todo caso, deberá atenerse a los hechos y elementos facilitados por las partes en el procedimiento y resolver la disputa conforme al principio de congruencia (es decir, con sujeción a las pretensiones de las partes). El laudo arbitral, que ha de ser motivado y redactado por escrito por el tribunal arbitral, será notificado a las partes por el Secretario General (que será quien, además, fije los honorarios de los árbitros). En dicho laudo, además, se resolverá sobre la atribución a las partes de los gastos, costas y honorarios de los árbitros.

Es de mencionar que la OTIF ha aprobado unas *Arbitration Rules* (cuya última versión data del 1 de enero de 2007) que resultan aplicables a aquellas disputas que, de conformidad con el art. 28.º2 del Cotif, han sido sujetas a la competencia de un tribunal arbitral, siempre que las partes en conflicto no hubiesen establecido otras normas de procedimiento.

El laudo arbitral así emitido será firme (salvo disposición en contrario de derecho imperativo conforme al ordenamiento de la sede del arbitraje o salvo acuerdo en contrario de las partes) y tendrá fuerza ejecutoria en los demás Estados miembros del Cotif (siempre que se hubieren cumplido las formalidades establecidas en el Estado donde vaya a ser ejecutado) que, obviamente, no hubieren formulado reserva a la aplicación de las disposiciones relativas al arbitraje.

Al margen del procedimiento arbitral para la resolución de disputas entre particulares que acabamos de desarrollar, el art. 28.º1 del Cotif prevé que los litigios que surjan entre los Estados miembros del Cotif relativos a la interpretación o la aplicación del «Convenio» (con el alcance que ha de darse a este término, según ya vimos), así como las disputas entre cualquiera de los Estados miembros del Cotif y la OTIF que traigan causa de la interpretación o aplicación del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización Intergubernamental para los transportes internacionales por ferrocarril, podrán ser sometidas, a petición de una de las partes, a un tribunal arbitral. Existiendo acuerdo entre las partes, la disputa será resuelta por un tribunal arbitral cuya composición y procedimiento será libremente determinado por aquéllas (es decir, que este arbitraje de Derecho internacional público no queda regulado por los arts. 29 a 32 del Cotif).

(Autor: Julio López Quiroga. Abogado. Avante Legal. Madrid. España).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MESSENT, A. y D.A. GLASS. *CMR, Contracts for the International Carriage of Goods by Road*. Londres: Lloyd's London Press Ltd., 1995, 2.ª edición. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J. *El contrato de transporte internacional*. Madrid, Tecnos, 1996. CLARKE, M.A. *CMR, International Carriage of Goods by Road*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997. PIÑOLETEA, L.M. *CMR, Arbitraje de transportes y Convención*. En la publicación coordinada por MARTÍNEZ SANZ, F. *Problemas en la aplicación del CMR. Especial referencia a la responsabilidad*. Madrid: Fundación Francisco Corell, 2002. EMPARANZA, A. *Reclamaciones y acciones: presupuestos, competencia y prescripción*. En la obra colectiva dirigida por EMPARANZA, A. y A. RECALDE. *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2008. GÓRRIZ, C. *Transporte por ferrocarril (II). Derecho internacional*. En la obra colectiva dirigida por MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho del Transporte*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje internacional. Cláusula arbitral abusiva. Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958. Juntas Arbitrales de Transporte. Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Exequátur. Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral. Impugnación del laudo arbitral. Ineficacia del convenio arbitral. Reservas a los tratados internacionales. Sumisión al arbitraje.

ARBITRAJE EN LAS TASACIONES PERICIALES

La admisión del arbitraje en el ámbito tributario ha sido objeto de discusión doctrinal muy extensa, aunque su cometido básico es la reducción y atenuación de la litigiosidad tributaria, como afirma FERREIRO LATPAZA, J.J. «Resolución extrajudicial de conflictos tributarios». *Quincena Fiscal*, 2002, n.º 3, p. 917. Sin embargo, en España aún no se ha llegado a una plena cultura de arbitraje en materia tributaria, según afirma LORENZO ROMERO, C. «Arbitraje y fiscalidad un compromiso ineludible (I): Hacia una racionalización en España del arbitraje en materia tributaria». *Revista Peruana de Derecho Tributario*, 2009, n.º 14, p. 5. A pesar de lo cual se plantea como un instrumento útil en este campo del derecho, para dar una respuesta más diligente y clara a la aplicación de las normas.

Los dos supuestos en los que se ha desarrollado el arbitraje en el Derecho tributario interno español son: el arbitraje forzoso regulado en los arts. 23 y 24 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y la tasación pericial contradictoria, descrita como medio de comprobación de valores en el art. 57 de la Ley General Tributaria:

1. El valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria podrá ser comprobado por la administración tributaria mediante los siguientes medios: [...]
 - e) Dictamen de peritos de la Administración.
 - f) Cualquier otro medio que se determine en la ley propia de cada tributo.
2. La tasación pericial contradictoria podrá utilizarse para confirmar o corregir en cada caso las valoraciones resultantes de la aplicación de los medios del apartado 1 de este artículo.

Este medio de comprobación de valores también se prevé en el art. 120 del R.D. n.º 828/1995 de 29 de mayo de 1995, regulador del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Y es que, las transmisiones gravadas por los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como las transmisiones lucrativas *mortis causa* o *inter vivos* gravadas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, son aquéllas en las que se hace más necesario acudir a este medio de comprobación de valores, ya que, la base imponible de ambos tributos la constituye el valor real de los bienes transmitidos; y, en ambos casos, son susceptibles de corrección por parte de la administración. «En determinadas ocasiones la autoridad financiera puede decidir qué resulta más conveniente para la eficaz satisfacción del mandato constitucional que se ha encomendado el acudir a un tercero que decida de forma vinculante, que tomar unilateralmente la decisión. Ello se producirá cuando la administración se sienta incapaz de llegar sola a la solución correcta, debido a la complejidad de los hechos acontecidos y que son objeto de investigación o a la dificultad de conocer el sentido de la norma aplicable al caso». GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L. «El arbitraje en el Derecho tributario». *Revista de Estudios Financieros*, 1997, p. 21.

La figura del arbitraje se hace patente en este medio de comprobación de valores, pues se plantea como un derecho que puede ejercitar el obligado tributario por manifestar su desacuerdo con la valoración del bien realizada por la administración. Y en aquellos casos en los que la diferencia entre la valoración del perito elegido por el particular y el valor dado por la administración, no difiera en más de 120.000 € y al 10% de la primera valoración, prevalece la valoración de la parte. Sin embargo, si esta diferencia es superior, se designará un perito tercero, según prevé el art. 121.4 del Real Decreto n.º 828/1995 de 29 de mayo de 1995, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Esta valoración final vincula a las partes y tiene un doble efecto; material y procesal. «Material porque mediante el pacto surge una vinculación entre las partes en el sentido de que la administración queda obligada a recoger el contenido del laudo en el posterior acto de liquidación; y procesal puesto que el obligado tributario renuncia a recurrir dicho acto por cualquier motivo relativo al contenido de la resolución arbitral. Esta nota de vinculación diferencia el arbitraje de figuras como la mediación o la conciliación». CRUZ PADIAL, I. «¿Es posible el arbitraje tributario?». *Impuestos*, n.º 1, p. 397.

(Autora: María Crespo Garrido. Profesora Titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CRUZ PADIAL, I. e Y. GARCÍA CALVENTE. «Arbitraje tributario: su posible viabilidad». *Quincena Fiscal*, 2002, n.º 8, pp. 7-14. FERREIRO LATPAZA, J.J. «Resolución extrajudicial de conflictos tributarios». *Quincena Fiscal*, 2002, n.º 3, p. 917. FALCÓN Y TELLÁ, R. «Ni en el procedimiento de verificación de datos ni en el de comprobación limitada pueden realizarse tasaciones de inmuebles; y menos basadas en *Google Maps*». *Quincena Fiscal Aranzadi* 19, noviembre 2013, pp. 9-13.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje tributario. Tasación pericial. Valor catastral. Valor real.

ARBITRAJE TRIBUTARIO

El arbitraje tributario es un mecanismo de resolución de controversias surgidas en la relación entre el contribuyente y el sujeto activo de la relación tributaria.

Cabe distinguir dos ámbitos del arbitraje tributario: el interno, que es el que se origina en un ámbito estrictamente doméstico, como consecuencia de las controversias originadas en las relaciones entre el contribuyente y la administración tributaria; el internacional en el que las partes que dirimen sus diferencias son las administraciones tributarias que, de forma directa o indirecta, se consideran acreedoras de la deuda tributaria de un contribuyente.

El arbitraje tributario interno es un mecanismo de resolución de conflictos que tiene escasa recepción en los ordenamientos jurídicos. El principio de indisponibilidad de los créditos tributarios que se impone a

los fiscos, limita su ámbito de actuación y, en especial, la posibilidad de que acepten soluciones que se aparten de la estricta y rigurosa aplicación de la legislación tributaria. Al fin y al cabo, este principio de indisponibilidad es consecuencia del principio de legalidad y de reserva de ley, que afecta a los tributos y del principio de igualdad que impide que ante situaciones equivalentes, se alcancen soluciones distintas.

No cabe duda, sin embargo, que desde la doctrina científica se reclaman con mayor asiduidad soluciones de este tipo que permitan, ante el colapso de los órganos de resolución de controversias de las administraciones fiscales y de los tribunales de justicia, la creciente complejidad de las relaciones tributarias y las dificultades derivadas de la aplicación de normas previstas con carácter general a determinadas situaciones concretas en las que se producen inequidades manifiestas.

El arbitraje tributario internacional, tiene, por el contrario, una mayor receptividad, en particular, desde que algunos convenios de doble imposición lo han incorporado como posible vía de solución a las controversias derivadas de su aplicación y que la propia OCDE incorporó esta posibilidad en su Modelo de Convenio de 2008. Este arbitraje se origina con ocasión de una controversia derivada de la exacción de un tributo a un contribuyente no residente que considera que esa imposición no resulta conforme a las disposiciones del convenio. El convenio permite a ese sujeto pasivo, acudir a su administración tributaria de residencia, ésta deberá tratar de solventar la cuestión de forma unilateral, pero si no resulta posible, instará a la administración del otro Estado para que se avenga a una solución, en el marco del procedimiento amistoso previsto en el convenio. Sin embargo, la realidad ha mostrado cómo este procedimiento amistoso, que no obliga a alcanzar resultados positivos en plazo alguno, resulta inadecuado para las numerosas controversias originadas en una economía cada vez más globalizada y que debe hacer frente a sistemas impositivos de notable complejidad. Por ello, el recurso al arbitraje como solución de último recurso ante la falta de acuerdo entre las administraciones en el ámbito del Derecho tributario internacional, se convierte en la solución preferida por la OCDE.

El arbitraje tributario internacional puede resolver cuestiones de derecho, como la interpretación a la que deben someterse ciertas disposiciones, pero está especialmente destinado a resolver cuestiones de hecho, en especial, en el ámbito de los precios de transferencia, donde la solución adecuada dista de ser el resultado de una ciencia exacta y contiene notables márgenes de maniobra que, en la práctica, requieren de soluciones no maximalistas.

Los autores que defienden el arbitraje tributario internacional alegan que permitirá una rápida solución a las controversias planteadas, evitando los largos plazos a los que se ven enfrentados en la actualidad los contribuyentes, que no ven otro mecanismo alternativo al procedimiento amistoso, lo que permitirá un importante ahorro de costes, tanto desde el lado del contribuyente, que no se verá obligado a entablar largos y costosos procesos judiciales, y desde el lado de la administración, que ahorrará efectivos y largos procedimientos.

Existen, no obstante, opiniones que entienden que este mecanismo no aportará verdaderas soluciones, que las ventajas son mínimas y que es el resultado de una estrategia de algunos grupos de presión, que alcanzarán, de este modo, soluciones *ad hoc* a sus problemas tributarios al margen del principio de legalidad.

(Autor: Joan Hortalà. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje mixto. Arbitraje ambiental. Arbitraje del Estado. Doble imposición.

ARBITRAJE UNILATERAL (EN EL MARCO DE INVERSIONES)

El consentimiento de las partes para someter sus controversias a arbitraje, es el pilar fundamental del arbitraje. En el marco del arbitraje de inversiones, los inversores pueden iniciar un arbitraje Ciadi contra el Estado receptor de la inversión, si existe un contrato que contiene una cláusula arbitral o un acuerdo separado por el que el Estado receptor de la inversión y el inversor, acuerdan someterse al arbitraje. Pero, la particularidad en el arbitraje de inversiones, es que también se puede iniciar un arbitraje, incluso si no existe un contrato entre el Estado y el inversor. Por eso, en este último caso se suele hacer referencia al término «arbitraje sin consentimiento», más conocido por su denominación inglesa acuñada por Jan Paulsson, «*arbitration without privity*», debido a que no existe un documento entre las partes que recoja el consentimiento de ambas para someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas.

En realidad, no es que no exista consentimiento para acudir al arbitraje, sino que el consentimiento de las partes para utilizar este medio de resolución de conflictos se presenta de una manera muy diferente a

como se expresa en el arbitraje comercial. Así, cuando no existe el vínculo contractual, puede darse el caso de que el inversor pueda recurrir al arbitraje, en particular del Ciadi, si el Estado receptor de la inversión se ha sometido a la jurisdicción del Ciadi, lo que puede hacerse a través de la legislación nacional o a través de un tratado bilateral o multilateral de inversiones, lo que es más frecuente.

En efecto, en estos tratados es habitual que los Estados parte de los mismos se sometan a la jurisdicción del Ciadi para resolver las controversias que surjan en materia de inversiones entre uno de los Estados parte del tratado y los nacionales de los otros Estados parte del mismo. Así, pues, el Estado receptor de la inversión consiente el sometimiento al arbitraje a través del tratado en un momento anterior al surgimiento de la controversia, mientras que el inversor presta su consentimiento posteriormente, en cualquier momento por escrito o a través de la presentación de la solicitud de arbitraje, que es lo más frecuente.

De lo dicho se desprende que cuando el Estado receptor de la inversión, manifiesta su consentimiento a someterse a la jurisdicción del Ciadi a través de su legislación interna, en realidad está realizando una oferta para someterse a la jurisdicción del Ciadi, que debe completarse con el acuerdo del inversor para que el Ciadi tenga jurisdicción. Como se ha mencionado, el inversor puede prestar su consentimiento en cualquier momento, ya sea por escrito o mediante la solicitud de arbitraje, y mientras el inversor no lo haga, el Estado puede retirar su consentimiento modificando su legislación nacional, y por ello, es recomendable que los inversores manifiesten su consentimiento, tan pronto como sea posible, sin esperar a que surja una controversia y a presentar la correspondiente demanda de arbitraje.

Igualmente, cuando el consentimiento del Estado receptor se encuentra expresado en un tratado bilateral o multilateral de inversiones, también se puede considerar como una oferta de los Estados parte a someterse a la jurisdicción del Ciadi, si así se puede deducir de la cláusula de arbitraje, ya que en muchos casos la fórmula de redacción elegida en el tratado no supone una obligación para el Estado firmante de acudir al arbitraje. Ahora bien, cuando de la redacción sí se permite concluir que el Estado ha presentado una oferta para arbitrar, para que el Estado pueda retirar esta oferta, deberá respetar los principios del Derecho internacional, así como las disposiciones previstas en el tratado correspondiente para la denuncia del mismo.

La posibilidad de que pueda prestarse el consentimiento de esta manera tan flexible en el ámbito de las inversiones viene avalada, no sólo por el art. 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados al establecer, simplemente, que es suficiente con que las partes presten su consentimiento por escrito, sin fijar otras indicaciones, sino también por las decisiones de tribunales arbitrales en materia de inversiones.

El primer caso en el que se habló de un consentimiento unilateral fue en el caso SPP contra Egipto, en el que se decidió a favor de la jurisdicción del Ciadi porque Egipto había prestado su consentimiento para resolver las controversias relativas a inversiones por medio de su legislación interna sobre inversiones, mientras que el inversor había aceptado la jurisdicción del Ciadi a través de una carta enviada a las autoridades egipcias aceptando expresamente la jurisdicción del Ciadi.

Mientras que en el caso descrito el Estado había prestado su consentimiento a través de su legislación interna, el primer caso en el que el consentimiento unilateral se basó en un tratado bilateral de inversiones, fue el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contra Sri Lanka*. En dicho caso, se tuvo en consideración el tratado bilateral de inversiones entre Sri Lanka y el Reino Unido que contenía una cláusula de sumisión de controversias entre un Estado y un nacional del otro Estado a la jurisdicción del Ciadi.

Desde entonces ha habido muchos laudos que han fundado la jurisdicción del Ciadi en cláusulas similares, pero también han surgido voces que han considerado que una mera referencia al arbitraje Ciadi en un tratado bilateral no es suficiente para crear la jurisdicción del Ciadi, sino que habría que tener en cuenta la redacción de una cláusula de este tipo. Por ello, para evitar cualquier duda sobre esta cuestión, los tratados bilaterales de inversiones más recientes intentan ser totalmente claros y establecen que el tratado constituye el consentimiento a la sumisión al Ciadi, a los efectos del art. 25 del Convenio Ciadi, y en algunos casos, se establece, incluso, que cada Estado parte del tratado, presta su consentimiento de manera irrevocable.

Dicho esto, se explica mejor la utilización del término «arbitraje unilateral» en el marco de arbitraje de inversiones. Dicho término hace referencia a la misma realidad a la que se hace referencia cuando se habla de «*arbitration without privity*», puesto que deriva de las mismas circunstancias particulares en cuanto a la forma de prestar el consentimiento en el arbitraje, sólo que con el término arbitraje unilateral se pone el énfasis en la forma particular en la que el Estado receptor emite el consentimiento al arbitraje, sin conocer siquiera quién será el receptor de esa oferta de arbitraje, pues ese consentimiento se realiza de una forma unilateral, general

y abstracta, y en la forma, también particular, en que se inicia el arbitraje, pues es la iniciativa del inversor la que comienza el arbitraje y la que lleva a la concreción ese consentimiento general y abstracto realizado por el Estado receptor de la inversión.

Si bien es cierto que esta teoría se ha desarrollado en el contexto del arbitraje Ciadi, la misma no se aplica solamente a éste, sino que también se puede aplicar a arbitrajes de inversión bajo los auspicios de instituciones como la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional o de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, puesto que en muchos tratados bilaterales además del arbitraje Ciadi se prevén otros tipos de arbitraje como los mencionados ofreciendo, incluso, el arbitraje Ciadi junto con otras alternativas. Así, de la misma manera, cuando del texto del tratado se desprende que los Estados prestan su consentimiento unilateral a someterse al arbitraje mencionado en el tratado bilateral, falta solamente el consentimiento del inversor, que lo prestará de las maneras ya mencionadas más arriba. Y en el caso en que el tratado prevea varias posibilidades, se entiende que el Estado presta su consentimiento a cualquiera de los tipos de arbitraje previstos, siendo el inversor el que tome la decisión final de qué arbitraje prefiere.

(Autor: Víctor Bonnin Reynes. VBArbitration. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PAULSSON, J. *Arbitration Without Privity*. 10 *Icsid Rev.* 2, 1995, pp. 232-257. SCHREUER, C., L. MALINTOPPI, L. REINISCH, A. SINCLAIR. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª edición. REED, L., J. PAULSSON, N. BLACKABY. *Investment Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 35-71. PRUJNER, A. «L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?». 1 *Rev. Arb.*, 2005, pp. 63-99. HAMIDA, Ben W. «L'arbitrage transnational unilateral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique». Bélgica: Bruylant, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje. Arbitraje internacional. Arbitraje de inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Oferta del consentimiento estatal al arbitraje.

ARBITRAJE Y CONCURSO INTERNO

La relación entre el arbitraje y el concurso comprende cuestiones reguladas fuera y dentro de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal (en adelante, «LC»), que ha sido modificada, en lo que interesa a esta voz «arbitraje y concurso interno», con posterioridad al envío de esta voz para su publicación (el 22 de mayo de 2011), por lo que incluimos la modificación legislativa operada por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, publicada en el BOE de 21 de mayo de 2011 (n.º 121), en adelante Ley n.º 11/2011. En particular, su disposición final tercera modifica el número 4 del art. 8, y el apartado 1 del art. 52 de la LC. Dado que la citada reforma entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, nos referiremos tanto a la vigente como a la futura regulación de esta materia.

Entre las cuestiones reguladas fuera de la LC, destacan la posible condición de concursado en el árbitro; la administración del concurso por árbitros cuando una de las partes está incursa en procedimiento de insolvencia o ha sido declarada insolvente; la arbitrabilidad de las cuestiones concursales; la libertad subjetiva de las partes para someter la insolvencia a arbitraje y la jurisdicción estatal exclusiva y excluyente de las cuestiones arbitrales (art. 8 LC); la compatibilidad del arbitraje con los procedimientos concursales; la posibilidad de arbitrajes con múltiples partes, y derivado de ello la eficacia *inter partes* del convenio arbitral. Los procedimientos extraconcursales, realizados fuera del procedimiento de insolvencia, se asemejan más a la conciliación y al contrato de transacción, que al arbitraje.

El examen de esta voz se limita a las cuestiones reguladas por la LC que relacionan el concurso y el arbitraje. En el ámbito internacional, el Derecho comparado ofrece diversidad de soluciones al «encaje» de las instituciones concursal y arbitral, que es objeto de otra voz en esta enciclopedia (arbitraje concursal internacional), por lo que nos limitamos a aclarar que la nacionalidad o internacionalidad del arbitraje, es cosa distinta de la nacionalidad o internacionalidad del laudo. En España, a partir de la LC, la doctrina se ha ocupado de estudiar la novedosa regulación de la relación entre concurso y arbitraje.

Los efectos que la declaración del concurso produce sobre los convenios de arbitraje, aparecen en el párrafo 1 del art. 52 de la LC, que ha sido objeto de modificación por la Ley n.º 11/2011, como se expone más

adelante, y que establece que «los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales». Algunos ordenamientos ofrecen otras soluciones.

La ineficacia de las cláusulas de arbitraje durante la tramitación del procedimiento, se explica por el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción mercantil, en relación a la materia concursal (Ley Orgánica n.º 3/2003 de 9 de julio de 2003, para la Reforma Concursal). La eficacia del convenio arbitral queda desplazada por voluntad del legislador en aras del principio de unidad procedimental del concurso.

El efecto que la declaración de concurso produce sobre las cláusulas de arbitraje pactadas, ha sido considerado, por la doctrina autorizada, que es el propio de un efecto sobre un contrato.

Los convenios de arbitraje que son declarados sin valor ni efecto son, necesariamente, aquéllos que tienen trascendencia sobre el patrimonio del deudor (art. 8.1º LC) y que entran en el ámbito del juez del concurso. En consecuencia, si el convenio de arbitraje se refiere a cuestiones que afectan al deudor en aspectos diferentes, o que quedan sustraídos a la competencia del juez del concurso, dichos convenios son eficaces. Se plantea la necesidad de interpretar en cada caso qué acciones tienen trascendencia patrimonial.

El ámbito subjetivo del art. 52 LC ha de ser interpretado restrictivamente, en el sentido de que la ineficacia se refiere a convenios en los que sea parte el deudor. Se trata de convenios arbitrales bilaterales entre el deudor y un tercero, dotados de trascendencia patrimonial y en la persona misma del deudor. Otra interpretación impediría, entre otros, los convenios de arbitraje entre varias partes por la circunstancia de que una de ellas fuera el deudor.

Si bien el ámbito internacional no es objeto de esta voz, al menos conviene mencionar que los convenios arbitrales celebrados por el deudor, no perderán su valor o eficacia durante la tramitación del concurso si algún tratado internacional permite sostener lo contrario. Esta mención interesa aquí, toda vez que la aplicación de los tratados internacionales plantea el posible reenvío a los derechos nacionales, como la LC.

El art. 52.2 LC regula la incidencia de los procedimientos arbitrales en el concurso, estableciendo que «los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso, se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior». Con ello se cumple la tendencia propia del arbitraje consistente en la continuación de los procedimientos arbitrales en las circunstancias descritas en el art. 52.2 LC, lo que conlleva la aplicación de las reglas generales en esta materia, como son las reguladas en la Ley de Arbitraje (en adelante, «LA»). En particular, la firmeza del laudo se producirá cuando transcurra el plazo de interposición del recurso de anulación, o cuando se resuelva dicho recurso denegando la anulación.

El significado de «procedimiento arbitral en tramitación» comprende, al menos, el caso de un procedimiento arbitral que haya comenzado. La LA (art. 22) señala que el arbitraje comienza cuando los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del mismo, siendo de aplicación la interpretación del art. 15.2 LA. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 722) permite otra interpretación, dado que la LC no se refiere al inicio o comienzo del procedimiento arbitral, sino a un procedimiento en tramitación, lo que puede interpretarse en el sentido de la puesta en marcha de los trámites necesarios para el inicio jurídico del procedimiento arbitral. En este sentido, téngase en cuenta la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad al momento jurídico de iniciación del proceso arbitral.

La disposición final tercera de la Ley n.º 11/2011, establece que el apartado 1 del art. 52 de la LC, pasa a tener la siguiente redacción:

La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los párrafos 2 y 3 del art. 51 LC se refieren a normas de orden público fundamentales para el reconocimiento y ejecución del laudo. Así, el árbitro que es informado de la declaración de concurso de una de las partes, no podrá desconocer las reglas.

La incidencia de las sentencias y los laudos firmes en el procedimiento concursal se regula en el párrafo 1 del art. 53 LC, que dispone: «las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración

de concurso vincularán al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda».

El art. 53.2 LC establece que «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude». Sorprende la falta de referencia expresa del citado precepto a la posible impugnación del laudo por parte de la administración concursal.

La competencia de los jueces de lo mercantil sobre el arbitraje se regula en la Ley Orgánica de Reforma Concursal, donde el arbitraje se atribuye, no de forma generalizada, sino exclusivamente por razón de la materia allí enunciada (conforme al art. 86 *ter* de la Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, «conocerán de cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje a materias a las que se refiere este apartado»). Este precepto no casa bien con la institución arbitral, al tiempo que ha planteado problemas de interpretación y de distribución de competencias entre los juzgados del orden jurisdiccional civil.

Una de las cuestiones controvertidas es la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, aun cuando éstas puedan afectar al patrimonio del concursado, entrando en conflicto con la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso (art. 8.4 LC). La LA contempla expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares al juez competente durante la pendencia del recurso de anulación del laudo (art. 50 LA), pero guarda silencio sobre si es posible solicitarlas con anterioridad a la emisión del mismo. La LA no menciona la concesión de medidas cautelares por el árbitro, como suele ocurrir en las leyes de arbitraje, si bien la tendencia está cambiando.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 721 y ss.) permite la asistencia de los tribunales del Estado al arbitraje en esta materia, si bien no se pronuncia sobre si los árbitros pueden adoptar medidas cautelares.

La LC, además del art. 8.4, prevé la continuación de los procedimientos arbitrales en tramitación (art. 52.2 LC), lo que implica cierta contradicción, al privar al árbitro que conoce el fondo del asunto de la posibilidad de dictar medidas cautelares en relación con el litigio que está conociendo y llevando. Igualmente, el art. 53.1 LC establece que los laudos firmes dictados antes o después de la declaración del concurso vinculan al juez de éste, siendo común en la práctica arbitral que las medidas cautelares adopten la forma de laudos parciales.

La disposición final tercera de la Ley n.º 11/2011, modifica el número 4 del art. 8 en el sentido de que «toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1 de este precepto; y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso».

Conviene tener presente el contenido del Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado de 2003, aprobado el 16 de julio de 2010 por el Consejo de Ministros, que se acompañó de un Proyecto de Ley Orgánica complementaria por la que se modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1995, en lo que se refiere a las funciones de apoyo al arbitraje de los tribunales, Proyectos de Ley que fueron remitidos a las Cortes Generales. Entonces, entre otras modificaciones, destacaba la vigente regla de nulidad del convenio arbitral en caso de concurso de acreedores por la de su vigencia, sin perjuicio de que el juez del concurso pudiera anularlo en caso de perjuicio para los acreedores. Asimismo, las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje se atribuían a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que hoy corresponden a los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil.

En suma, como expresa el Preámbulo de la Ley n.º 11/2011, ligada a la reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se encuentra la reforma del art. 52.1 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de

reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiéndose que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso (esta voz es resultado del proyecto DER-2009-10387; «Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal», Ministerio de Ciencia e Innovación).

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó. Profesora de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: VERDERA TUELLS, E. «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 2004, pp. 11-68. PERALES VISCASILLAS, P. «Arbitraje y Concurso». En *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, vol. 3, pp. 3061-3086. *Idem*, «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal n.º 22/2003 (i) y (ii)». En *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, n.º 3, pp. 1838-1848, y pp. 1849-1859. CORDÓN MORENO, F. «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje». *Anuario Derecho Concursal*, 2008, n.º 15, pp. 9-32.

RESOLUCIONES JUDICIALES: Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja (1.ª) de 8 de octubre de 2009. Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 1992 y de 3 de marzo de 1997. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de octubre de 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje concursal internacional. Arbitraje de consumo. Medidas cautelares. Reglamento n.º 1346/2000.

ARBITRAJE Y LEY DE MARCAS

1. Introducción

La Ley española n.º 17/2001, de Marcas, regula, entre varios aspectos de la protección de la propiedad industrial de empresas y particulares, el procedimiento de registro de las marcas y nombres comerciales, desde su solicitud hasta el otorgamiento del título de registro por la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), título que otorga un derecho de uso exclusivo del signo protegido en el territorio español.

El proceso de registro de una marca española (o nombre comercial) es un procedimiento administrativo que, en caso de incidencias u obstáculos, puede desembocar en conflictos contenciosos-administrativos ante los Tribunales Superiores de Justicia competentes.

Los principales obstáculos a la concesión del registro de una marca están constituidos por las prohibiciones absolutas y las prohibiciones relativas de registro.

No vamos a entrar a analizar en profundidad todas y cada una de dichas prohibiciones, pero para entender en qué contexto opera la posibilidad de arbitraje prevista por la Ley de Marcas, es importante diferenciar los dos grupos de prohibiciones.

Las prohibiciones absolutas conciernen las características y la naturaleza del signo como tal, y su capacidad de constituir una marca. Por ejemplo, no pueden constituir marca los signos genéricos o los signos engañosos.

Por otro lado, las prohibiciones relativas consisten en la existencia de derechos de propiedad industrial (o intelectual) anteriores, respecto a los cuales la nueva solicitud resulte incompatible. En particular, el art. 6 de la Ley de Marcas establece que «no podrán registrarse como marcas los signos que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos o que por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público, incluyendo el riesgo de asociación con la marca anterior».

Es importante destacar que la Ley de Marcas española introduce el arbitraje como un camino alternativo para solucionar los procedimientos de oposición surgidos contra el registro de una marca, pero únicamente en relación con conflictos basados en la existencia de prohibiciones relativas y no ante la presencia de prohibiciones absolutas de registro.

El arbitraje se plantea, eso sí, como alternativa a la interposición del recurso contencioso-administrativo; es decir, habiéndose resuelto un procedimiento administrativo de solicitud de marca ante la Oficina de

Patentes y Marcas («OEPM»), las partes pueden optar por iniciar un arbitraje para dirimir sus diferencias y evitar la interposición del recurso en vía contencioso-administrativa correspondiente.

2. *El arbitraje, mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos*

En los arbitrajes, las partes renuncian a que un juzgado resuelva sus diferencias y las someten a un árbitro: una persona de su confianza o una institución arbitral.

En España, la Ley de Arbitraje permite que se sometan a arbitraje todas las cuestiones de libre disposición. Excluye, por tanto, las materias de Derecho público: no disponibles. Es así que, en principio, las disputas sobre el registro de una marca quedarían excluidas del arbitraje.

El arbitraje parece contradictorio con el sistema de concesión de marcas, que depende de la administración: la Oficina Española de Patentes y Marcas. Pero, las ventajas del arbitraje —rapidez o especialización de los árbitros— aconsejan su uso.

3. *El arbitraje en la ley*

El procedimiento previsto se contiene en el art. 28 de la Ley de Marcas, que establece lo siguiente:

Art. 28.- Arbitraje:

1. Los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca, de conformidad con lo establecido en el presente artículo.
2. El arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los arts. 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la presente Ley. En ningún caso podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro.
3. El convenio arbitral sólo será válido si está suscrito, además de por el solicitante de la marca:
 - a) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieren causado la denegación de la marca y, en su caso, por sus licenciatarios exclusivos inscritos.
 - b) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, por sus licenciatarios exclusivos inscritos.
 - c) Por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo.
4. El convenio arbitral deberá ser notificado a la Oficina Española de Patentes y Marcas por todos los interesados una vez finalizado el procedimiento administrativo de registro de la marca y antes de que gane firmeza el acto administrativo que hubiera puesto término al mismo. Resuelto el recurso administrativo de carácter ordinario contra el acto que conceda o deniegue el registro, quedará expedita la vía contencioso-administrativa sin que pueda hacerse valer la firma del convenio arbitral.
5. Suscrito el convenio arbitral, y mientras subsista, no cabrá interponer recurso administrativo alguno de carácter ordinario, declarándose la inadmisibilidad del mismo. Igualmente, de haberse interpuesto con anterioridad a la suscripción del convenio, se tendrá por desistido.
6. El laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución.
7. El laudo arbitral firme deberá ser comunicado fehacientemente a la Oficina Española de Patentes y Marcas en el plazo de 6 meses a contar desde la fecha de recepción de la notificación prevista en el apartado 4. Transcurrido este plazo no procederá ejecutar el laudo arbitral.

El procedimiento de arbitraje se rige por la legislación general en materia de arbitraje, con las siguientes especialidades:

a) *Objeto*

Sólo se puede plantear arbitraje respecto a conflictos relativos a prohibiciones relativas de registro (arts. 6 a 9 de esta Ley) y dentro de éstas se excluyen los supuestos de doble identidad de signo distintivo y campo aplicativo contenidos en los arts. 6.1.a) y 7.1.a) de la Ley de Marcas; es decir, cuando se trata de un conflicto entre dos marcas idénticas aplicadas a productos o servicios idénticos. En este supuesto, se tiende a favorecer el interés público y la protección de los consumidores ante casos de inevitable confusión.

Como consecuencia de lo anterior, se establece que no se pueden someter a arbitraje cuestiones relacionadas con prohibiciones absolutas de registro ni a la concurrencia de defectos formales. Por ello, el legislador distingue claramente las prohibiciones absolutas, cuya protección ostenta la OEPM por afectar a intereses gene-

rales (como la defensa de la competencia o el orden público), y las prohibiciones relativas que, en cuanto afectan a derechos subjetivos, queda a la voluntad de sus titulares su defensa ante los actos de terceros (excluidos los supuestos de identidad absoluta).

b) Partes del convenio arbitral

La Ley de Arbitraje establece que las partes que deseen someter sus controversias a un arbitraje, deberán otorgar por escrito un convenio arbitral expresando su voluntad inequívoca a este respecto.

En el caso concreto de un procedimiento administrativo de solicitud de marcas, las partes que deberán suscribir el convenio arbitral son las siguientes: i) El solicitante de la marca, ii) Los titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca así como quienes hubieran planteado oposición contra la misma y, en su caso, los licenciarios exclusivos de tales derechos, cuya licencia estuviera inscrita en la OEPM, iii) Quienes hubieran recurrido la resolución dictada en el expediente de solicitud de marca y quienes se hubieran personado en el mismo. Esto, en el caso de que se hubiera interpuesto recurso administrativo antes de la firma del convenio, en cuyo caso ese recurso se tendrá por desistido.

Vemos, pues, que la OEPM quiere que sean parte en el arbitraje todos aquéllos que tengan un interés directo en el expediente de solicitud de marca y que hayan tomado acciones para obtener su concesión o denegación.

c) Notificación del Convenio a la OEPM e incompatibilidad con el recurso contencioso-administrativo

El convenio arbitral suscrito por todos los anteriores debe ser notificado en el plazo existente entre la finalización del procedimiento administrativo y la firmeza del acto administrativo que puso fin al mismo. De acuerdo con la vigente ley de marcas, a partir de la fecha de denegación o concesión definitiva de la solicitud de marca por parte de la OEPM, se abre un plazo de dos meses para interponer recurso contencioso-administrativo: ante la finalización de este plazo, las partes interesadas deberán notificar el convenio arbitral a la oficina de marcas.

Por tal motivo, la ley establece que, vencido el plazo para acudir a la vía contencioso-administrativa sin notificar el convenio arbitral (e interponer recurso), la resolución de concesión o denegación de la marca quedará firme y ya no se podría acudir a la vía arbitral.

Por el contrario, si las partes interesadas hubieran presentado un recurso contencioso-administrativo anterior a la firma del convenio, se tendrá por desistido al recurrente que, como se ha visto, debe haber firmado el convenio arbitral.

Finalmente, si el recurso se interpone con posterioridad a la firma del convenio arbitral se inadmitirá el mismo.

d) Efectos del laudo arbitral y notificación del mismo a la OEPM

El laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales firmes. El laudo debe ser notificado fehacientemente a la OEPM en el plazo de seis meses a contar desde la notificación del convenio arbitral. Transcurrido este plazo sin que se haya producido esa notificación, quedará sin efecto el mismo y no podrá ejecutarse el laudo dictado.

5. Conclusiones

El art. 28 de la Ley de Marcas, de forma novedosa, establece dicha posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan en el registro de marca, y de este modo poder evitar excesivas complicaciones en esta fase de registro y no tener que acudir a la vía jurisdiccional-ordinaria.

Lo que se pretende es tan sólo facilitar un procedimiento sencillo y económico, al que los ciudadanos puedan acudir como una auténtica alternativa ágil y eficaz en la resolución específica de un conflicto a la hora de registrar la marca.

Las ventajas del arbitraje radican, principalmente, en la rapidez de solución del conflicto y que la cuestión suscitada puede ser analizada y resuelta por juristas expertos en la materia del derecho de marcas, lo que

tiende a garantizar que las resoluciones estarán ajustadas al estado de la cuestión desde la perspectiva jurídica y del mercado económico.

Todas estas cuestiones hacen conveniente la posibilidad de un arbitraje para que los interesados solucionen las controversias que aparezcan al registrar una marca.

No obstante, al no existir una libertad de disposición de las partes para acudir al arbitraje de marca, el mismo resulta restringido por el legislador a los casos señalados de prohibiciones relativas y, en cierto sentido, obstaculizado por la necesidad de cumplir con numerosos requisitos «administrativos» que, en ocasiones, traban la celeridad de su procedimiento y aplicación.

En cualquier caso, no hay que olvidar que el arbitraje podría contribuir a disminuir el número de recursos contencioso-administrativos que encuentran su raíz en el conflicto entre la marca que se pretende registrar y otra marca preexistente.

(Autor: Riccardo Ciullo. Abogado de Propiedad Industrial, Intelectual y Nuevas Tecnologías. Fundador del bufete Ipwisely. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LANCINA RUIZ, M.J. «El arbitraje en la Ley de Marcas: Ley n.º 17/2001 de 7 de diciembre de 2001, de Marcas». *Noticias Jurídicas*, 2005. MERCHÁN MERINO, F. *El arbitraje en el proyecto de Ley de Marcas*. LOBATO, M. *Comentario a la Ley de Marcas*. Navarra: Aranzadi, 2008. CASAS, A. «El arbitraje de marcas». En www.injef.com/derecho/arbitraje/1327. GÓMEZ DE LAS ROCES, H. *La nueva Ley de Marcas y el Arbitraje*. Zaragoza: IberForo.

ARBITRIUM BONI VIRI

El *arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad es la decisión que adopta un tercero ajeno a la relación contractual, mediante la cual determina algún elemento esencial o accidental del contrato, cumpliendo así con el encargo o atribución que las propias partes contratantes le confrieron con ese fin.

«En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido de que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual» (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, tomo II, p. 87). Por tal motivo, el tercero no es propiamente un árbitro sino un arbitrador, su rol no es el de un juez porque no actúa para dirimir una controversia; por el contrario, es el que aporta el elemento faltante para consumir el acuerdo de voluntades o viabilizar su ejecución.

Así, por ejemplo, será un arbitrio de equidad la decisión encargada por dos contratantes a un tercero mediante la cual éste determine el plazo dentro del cual el vendedor deberá entregar al comprador el automóvil usado que le vendió. Como se aprecia, no media entre comprador y vendedor controversia alguna. Antes bien, ambos contratantes se valen del arbitrio del tercero para hacer posible un acuerdo de voluntades que, de otro modo, no se habría logrado o se habría conseguido a un costo diferente.

La decisión del tercero no puede ser arbitraria, caprichosa o antojadiza. La decisión *boni viri* debe basarse en un criterio de equidad. Como afirma ROPPO, «la determinación según apreciación equitativa es aquella por la cual el tercero debe determinarse mediante el equilibrado y racional empleo de criterios objetivos, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que específicamente caracterizan el caso concreto» (ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, p. 534). Consiguientemente, si bien se espera que el arbitrador de equidad proceda según las reglas de la buena fe y de acuerdo a su sentido de justicia, también se quiere que actúe del modo más objetivo posible, de forma que no se aparte del criterio estándar o, generalmente, aceptado para situaciones similares o equivalentes.

El *arbitrium boni viri* se diferencia del *arbitrium merum* o mero arbitrio en que la decisión del tercero en este último caso es discrecional, sin que por ello tal decisión pueda ser de mala fe o sobrepasar los límites de la razón.

En ambos casos el arbitrador debe desempeñar el encargo de buena fe, pero en el *arbitrium* de equidad la decisión debe aproximarse lo más posible a la solución típica, razonablemente predecible para circunstancias equivalentes de personas, tiempo y lugar, en tanto que en el *arbitrium merum* la decisión se basa en la libertad del tercero para aplicar el criterio que mejor le parezca, discrecionalmente, aunque tal decisión se aparte de la norma o difiera de la que habría correspondido de haberse usado un criterio de equidad.

Existe amplia discusión en la doctrina acerca de cuáles son los aspectos específicos del contrato cuya determinación puede deferirse a la decisión un tercero. Sin embargo, hay relativo consenso en que el arbitramento del tercero debe tener su fuente de sustento en el propio contrato del cual emana el encargo. No debería admitirse como válido el acuerdo que deja totalmente indeterminado e indeterminable el objeto de la prestación, con el fin de que sea un tercero quien lo determine, pues en tal caso no se le estaría pidiendo al tercero una determinación propiamente, sino la definición unilateral de la prestación contractual, hecho que desnaturalizaría el presunto origen contractual de la misma. Por ejemplo, no sería admisible el contrato por el cual una parte acuerde vender cierto bien a cambio del pago al contado de 1.000 monedas, encargándose a un tercero la determinación del bien materia de la venta. En este ejemplo, es claro que entre el vendedor y el comprador no llega a perfeccionarse contrato alguno, pues el acuerdo celebrado no contiene estipulación alguna sobre el bien materia de la venta; o, por lo menos, la definición de elementos mínimos que permitan más tarde determinar el bien a partir de las señas que las propias partes acordaron.

No obstante lo indicado, es admisible para ciertas legislaciones que falten ciertos elementos esenciales al contrato, cuya determinación es asumida por la propia ley, supletoriamente. Es común, por ejemplo, que las normas regulatorias de la compraventa contemplen mecanismos de determinación del precio cuando las partes nada han estipulado al respecto, o lo pactado no resulta suficiente para determinar el precio posteriormente. En estos casos, no existe inconveniente alguno para que las partes deliberadamente eviten la solución de la ley y se sometan a la solución de un tercero. Tal sería el caso de la venta de un bien cuyo valor de mercado es posible estimar con relativa exactitud, en el que las partes contratantes optan por no acordar el precio ni someterse a la solución que supletoriamente ofrece la ley aplicable, y confían la determinación del precio a un tercero. Nótese que en este ejemplo las partes no incorporan a su acuerdo de voluntades elemento alguno que sirva de guía o criterio al arbitrador, pero aun así el encargo será válido y la decisión del tercero obligará a las partes como si ellas mismas hubieran estipulado el precio en cuestión.

El *arbitrium boni viri* es de gran utilidad para ciertos negocios que sin esta figura se complicarían demasiado o terminarían en pleitos seguros. No es extraño encontrar este tipo de pactos en las operaciones de compra de acciones de grandes compañías, en las que el precio provisional se fija en función de los balances y estados financieros que presenta el vendedor, pero sujeto a reajustes en función de lo que resulte de la revisión y auditoría final de dichos estados financieros.

En estos casos, puede resultar altamente conveniente confiar a un tercero, tanto la revisión de los estados financieros como la consecuente determinación del precio definitivo, o confiarle la dirimencia de las observaciones que formule el comprador, que no sean aceptadas por el vendedor, en tanto tengan un efecto en la determinación del precio final. Si bien en algunos casos la tarea del tercero se asemeja a la de un árbitro y su decisión se parece a un laudo arbitral, no deja de ser un *arbitrium boni viri* en el que su misión es determinar el precio final, o determinar la situación definitiva de factores que incidirán en el cálculo del precio final.

También suele usarse la figura del *arbitrium boni viri* en las obligaciones de dar bienes inciertos, determinados sólo por su especie y cantidad. Siendo preciso que se practique la elección, es admisible que las partes confíen esa tarea a un tercero y se sometan a lo que éste decida. Las reglas de la equidad aconsejan, en estos casos, elegir bienes de calidad media, de forma que no se favorezca a una parte contratante en detrimento de la otra.

Cuando los contratantes deciden recurrir al *arbitrium boni viri*, se exponen a que el tercero, llegado el caso, no quiera o no pueda cumplir con el encargo, colocando a las partes en la situación de un contrato inejecutable. Desde luego, las partes pueden prever esta situación y contemplar alternativas de solución. En definitiva, es aconsejable que lo hagan. La cuestión es determinar, en caso de no haberse estipulado soluciones alternativas, si les asistiría el derecho de recurrir a un juez para que sea éste quien decida aquello que el tercero no resolvió.

En nuestra opinión, el encargo al tercero para decidir *boni viri* es *intuitu personae*, por lo que no sería posible subrogar al tercero por un juez, a menos que las partes lo hayan contemplado y autorizado en su contrato, o sea ésa la solución supletoria contemplada en la ley aplicable.

Igual criterio debería aplicarse al caso en que se impugne la decisión del tercero, por haber sido adoptada vulnerando los límites impuestos por las partes en el contrato, o con violación de las reglas de la buena fe, o por ser manifiestamente inequitativa, irrazonable o errónea, supuestos todos en los que la decisión del tercero nacería viciada. Si bien un juez puede estar en perfecta capacidad de aplicar los criterios acordados por las partes para determinar la prestación objeto de la obligación, no es su buen juicio, sabiduría y criterio al que

las partes acordaron confiar la decisión *boni viri*, por lo que no podría aceptarse la sustitución del arbitrador elegido inicialmente por las partes, a menos que la ley o los mismos contratantes así lo hubieren previsto.

Si no se ha contemplado en el contrato o en la ley aplicable la posibilidad de que el arbitrador original sea sustituido por otro o por el juez, la consecuencia de que la decisión del tercero no se produzca o sea impugnada con éxito, será que el contrato devenga ineficaz o inejecutable. Sin embargo, aun en estos casos es posible que algunas legislaciones contemplen reglas supletorias destinadas a determinar aquello que ni las partes ni el tercero se ocuparon de decidir, supuesto en el que la solución será la prevista en la ley.

La decisión del tercero, adoptada dentro de los límites aplicables, es obligatoria para las partes contratantes y no está sujeta a aprobación ulterior. «En realidad, lo que ocurre es que la decisión se integra automáticamente a la relación jurídica creada por el contrato, sin intervención de las partes, de tal manera que esta relación queda con el contenido que le dieran las partes más la decisión del arbitrador» (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 95).

En cierta forma, la decisión de las partes de confiar a un tercero la designación del tribunal arbitral que habrá de resolver las controversias que puedan surgir entre ellas con motivo de una relación patrimonial, constituye una aplicación concreta del *arbitrium boni viri*, cuya materialización ocurrirá si alguna de las partes requiere recurrir al convenio arbitral.

El arbitrador está obligado a cumplir con el encargo si aceptó previamente hacerlo. Si bien su decisión —aquella que le ha sido confiada— se integrará a una relación jurídica en la que él no forma parte, sin duda su compromiso de actuar como arbitrador *boni viri* constituye una obligación contractual en sí misma, de la cual son acreedores quienes le confirieron el encargo. Por consiguiente, el arbitrador que incumple el encargo queda sujeto a las responsabilidades de quien no ejecuta sus obligaciones contractuales por dolo o culpa.

(Autor: Enrique Ferrando. Socio del Estudio Osterling. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, tomo II, pp. 87 y 95. ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, p. 534.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Árbitro. Arbitraje de equidad.

ÁRBITRO

Árbitro es la persona encargada de dirimir una controversia jurídica o litigio entre dos o más personas que deciden nombrarle como tercero independiente encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.

El título III de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje en España (BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109), con las modificaciones operadas por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, se dedica a la regulación de la figura de los árbitros. No obstante, en el Título I de la ley vigente, dedicado a las Disposiciones Generales, aparece una modificación importante en el art. 8.1: «Para el nombramiento y remoción judicial de los árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección».

La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, debido a que ésta pudiera provocar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos, la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquéllos en los que el árbitro es único.

La ley española opta por establecer que las partes pueden fijar con libertad el número de árbitros, siempre que sea impar, pero que, a falta de acuerdo de las partes, se designará un solo árbitro. Es ésta una opción guiada por razones de economía. En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad para las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada

impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad plena de obrar. La nacionalidad no se considera un impedimento para poder actuar como árbitro.

Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y designar árbitros tanto a corporaciones de Derecho público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, como a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Se trata del arbitraje institucional recogido en el art. 14.

Conforme a la nueva redacción del art. 15.1, «salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista». Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones nombren a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje. En estos casos es necesaria la actuación judicial, si bien se pretende, de un lado, que el procedimiento judicial pueda ser rápido; y, de otro, dar criterios al Juez de Primera Instancia para realizar la designación. Muestras de lo primero son la remisión al juicio verbal y la no recurribilidad separada de las resoluciones interlocutorias que el juzgado dicte en este procedimiento, así como de la que proceda a la designación. Muestra de lo segundo es la regla acerca de la conveniencia de que en los arbitrajes internacionales el árbitro único o el tercer árbitro sea de nacionalidad diferente a la de las partes. Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral; esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.

Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. De hecho, no pueden mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general. La Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, añadió un apartado nuevo al art. 17, concretamente, el 4, que reza así: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas».

Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento.

La vigente Ley n.º 60/2003, con las reformas operadas por la Ley n.º 11/2011, se ocupa igualmente de otros supuestos que pueden conducir al cese de alguno de los árbitros en sus funciones y al nombramiento de sustituto. Se prevé la posibilidad de que en tales casos haya que repetir actuaciones ya practicadas, pero no se obliga a ello. Una novedad interesante es que exige en el art. 21 a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente, a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas.

El título IV de la ley española se dedica a la importante cuestión de la competencia de los árbitros. 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). La ley española establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas *a limine*. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de *kompetenz-kompetenz*: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quién o a quiénes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia. La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un sólo laudo resolviendo todas ellas.

El art. 23 incorpora una de las principales novedades de la Ley n.º 60/2003: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares, será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.

Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.

Por último, habría que destacar la modificación operada por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, en los apartados 2, 3, 4 del art. 37. Concretamente, el apartado 3 resalta la necesidad no sólo de que el laudo conste por escrito sino de que sea firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

(Autora: Cristina Hermida del Llano. Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS LEGISLATIVAS: Exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje de 2003.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GONZÁLEZ SORIA (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. OPPETT, B. *Teoría del arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención (de los árbitros). Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Buena fe. Competencia sobre la competencia (*kompetenz-kompetenz*). Deber de declaración (de los árbitros). Defensa y contradicción. Imparcialidad. Independencia. Mala fe. Medidas cautelares/preliminares. Neutralidad. Recusación (de los árbitros). Tercero interviniente. Tribunal arbitral.

ARMONIZACIÓN ARBITRAL

El régimen jurídico del arbitraje, en particular, del comercial internacional, precisa de una armonización de sus legislaciones arbitrales para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación,

en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias. De ahí que una verdadera cultura arbitral pretenda favorecer la armonización de las legislaciones de arbitraje para favorecer con ello su difusión en la práctica a través de la unidad y seguridad a la hora de tomar en consideración los criterios de aplicación. La armonización de leyes de arbitraje se ha acometido mediante la elaboración de leyes-modelo a seguir e incorporar por los ordenamientos jurídicos nacionales. En el arbitraje, el instrumento armonizador que ha resultado más eficaz, ha sido la Ley Modelo, o Ley Tipo, de la Uncitral sobre Arbitraje Internacional, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985.

La armonización arbitral, hoy en día, es una realidad a través de la Ley Tipo. La armonización no sólo ha venido de la adaptación, más o menos literal, de la Ley Modelo en las leyes nacionales de arbitraje. Además, las reglas contenidas en las propias leyes nacionales de arbitraje han experimentado un desarrollo notable en el camino hacia dicha armonización. Para llegar a este punto de arbitraje unificado, armonizado y moderno, el arbitraje y la cultura arbitral asociada al mismo, ha sufrido una larga evolución en la que ha tenido que vencer resistencias de todo tipo vinculadas a concepciones demasiado nacionalistas del arbitraje o, simplemente, por la carencia de una auténtica cultura arbitral más allá de la incorporación a los instrumentos arbitrales convencionales.

No obstante, de un tiempo a esta parte, por diversas causas, pero, sea en definitiva por favorecer el clima tendente a establecer una cultura arbitral propiamente dicha, el hecho es que las reformas legislativas operadas en todo el mundo se han dejado llevar por un espíritu de armonización arbitral, adaptando prácticamente por unanimidad, la Ley Modelo de la Uncitral, haciendo así realidad, la armonización legislativa arbitral que hoy domina. Y ello ha ocurrido tanto en Europa como en Iberoamérica.

En este sentido, los países iberoamericanos dieron un verdadero ejemplo al romper con las viejas hostilidades hacia el arbitraje internacional (propiciados por la soberanía nacional y el Estado como *ius* persona en la cláusula compromisoria, abandonando así la doctrina Calvo y Drago), gracias a un proceso de reforma de las leyes de arbitraje bajo la influencia y guía de la Ley Modelo Uncitral. Precisamente, la actual Ley española de Arbitraje, Ley n.º 60/2003 (en proceso de reforma), tomó en consideración como modelo de referencia, a las leyes de arbitraje iberoamericanas en su propia adaptación o adopción de la Ley Modelo. Aquí, el área iberoamericana sirvió al legislador español como laboratorio de experimentos, que permitiese a la nueva legislación arbitral que se estaba preparando en España, adoptar la fórmula de más éxito según las técnicas de incorporación de la Ley Modelo y el análisis real del acoplamiento de las nuevas leyes que surgieron en estos sistemas jurídicos tan próximos al español.

De entre las numerosas reformas acaecidas en los últimos años en los países iberoamericanos, que han procedido a adoptar con mayor o menor intensidad la Ley Modelo de la Uncitral, destacan las siguientes: México reformó su legislación arbitral en 1993, donde la reforma del Título IV, Libro IV, del Código de Comercio de 22 de julio de 1993, dedicada al arbitraje comercial, se erigió como punto de partida en América Latina para desarrollar el arbitraje internacional, al adoptar casi de manera literal la Ley Modelo de la Uncitral. Guatemala, en noviembre de 1995, mediante el Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República. En Perú, el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, derogó la anterior Ley n.º 26572. Lo mismo ocurrió en Brasil, con la Ley de Arbitraje n.º 9307 de 23 de septiembre de 1996, que entró en vigor el 23 de noviembre de 1996.

Una nueva y moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en Ecuador desde el 4 de septiembre de 1997, reemplazando a una ley especial que estuvo vigente desde el 28 de octubre de 1963. En Bolivia, la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley n.º 1770 de 10 de marzo de 1997. En Costa Rica, la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social. Ley n.º 7727 de 1997. Y, en Paraguay, la Ley de Mediación y Conciliación, presentada el 6 de mayo de 1997. En Colombia, por el Decreto n.º 1818 de 7 de septiembre de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La Ley de Arbitraje venezolana, publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998, contiene las normas jurídicas que rigen en la actualidad el arbitraje en Venezuela. La reforma en Panamá, tuvo lugar, gracias al Decreto Ley n.º 5, el 8 de julio de 1999. Incluso aquí se planteó un problema bastante serio porque la Ley de Arbitraje panameña fue declarada inconstitucional en un artículo relativo, nada más y nada menos, al reconocimiento del principio de competencia-competencia de los árbitros. Cuestión que ha sido resuelta en la actualidad de manera excepcional, ya que el interés por el reconocimiento del arbitraje fue tal, que se ha llegado a reconocer expresamente en Panamá el principio de competencia-competencia en el arbitraje.

En la actualidad, rige la Ley n.º 15 de 22 de mayo de 2006, por la cual se modifica, adiciona y restituyen artículos del Decreto Ley n.º 5, el 8 de julio de 1999. Siguiendo con las reformas cronológicamente enume-

radas, Honduras y Paraguay reformaron su legislación arbitral en el año 2000; El Salvador en el 2002; Chile, con la Ley n.º 19.971 de 10 de septiembre de 2004. Incluso, en la actualidad, en Argentina se encuentra muy avanzado el proyecto de ley argentina de arbitraje basada, también en la Ley Modelo de la Uncitral. Mención particular merece la República de Cuba, donde existe un nuevo texto legislativo cuyo objetivo es el de actualizar las disposiciones vigentes en el país en materia de arbitraje comercial internacional. Se trata así de modificar la Ley n.º 1303 de 1976, con el objetivo de perfeccionar la legislación sobre materia arbitral y atemperarla a la realidad económica del país y a las nuevas corrientes internacionales de arbitraje. Texto que originará una importante renovación en la fuente interna del arbitraje comercial internacional en Cuba y que se ha materializado en el actual Decreto-Ley sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

De este modo, ante la disyuntiva ofrecida por la Ley Modelo, los países latinoamericanos han seguido dos caminos diferentes al perfeccionar sus leyes de arbitraje mediante la Ley Modelo: 1) Adoptar de modo literal y casi en su totalidad el articulado de la Ley Modelo. Técnica seguida, por los menos, por un buen grupo de países, entre los que destacan: México, Guatemala, Perú y Paraguay. 2) Los más, han optado por «inspirarse» en el texto de la ley, tomándolo como modelo, pero adaptándolo a su sistema. Así, para la mayoría ha sido suficiente adoptar las grandes orientaciones de la ley tipo y adaptar el resto o, incluso, ser innovadores con algunas de ellas. Claro ejemplo de esto último ha ocurrido en España, a través de las innovaciones producidas en relación con el convenio arbitral que superan, incluso, a la flexibilidad que ya caracterizaba en este aspecto a la Ley Modelo de la Uncitral. Especificidades aparte, se puede decir que, en general, esta opción de adaptación de la Ley Modelo a la idiosincrasia de cada sistema arbitral, ha sido seguida por las leyes de arbitraje de Costa Rica, Bolivia, Brasil, Panamá y Venezuela. Países que, en consecuencia, han optado por adoptar las grandes orientaciones de la ley tipo y continuar aplicando; sin embargo, las normas o tradiciones de su ordenamiento, que se mantiene en sus líneas esenciales.

Así, Iberoamérica se ha convertido, en los últimos años, en un escenario de experimentación de los sistemas de incorporación de la Ley Modelo a los ordenamientos nacionales que, gracias a la flexibilidad propia de dicha LM, frente a la rigidez de los Tratados y Convenios Internacionales, va desde las formas integrales de incorporación a la Ley Tipo, hasta fórmulas que introducen modificaciones sustanciales, aunque manteniendo el espíritu y la finalidad esenciales del procedimiento adoptado. En lo que se refiere al acoplamiento de las nuevas leyes de arbitraje que han seguido en su armonización a la Ley Tipo en cualquiera de las formas expuestas en el anterior apartado, se puede decir que, en líneas generales, el acoplamiento de estas leyes de arbitraje en sus sistemas jurídicos ha sido, en la mayoría de los casos, técnicamente perfecto.

La adopción progresivamente generalizada de la Ley Modelo ha permitido armonizar, y en cierta medida uniformar, los procedimientos arbitrales internacionales, liberando al arbitraje de las leyes locales y nacionales, sustituyéndolas por leyes técnicamente más avanzadas, aunque, eso sí, éstas no acogen muchas veces las soluciones más recientes. Ahora bien, estas leyes han sabido dejar atrás los corsés soberanistas y sus leyes procesales exclusivamente adaptadas a las disputas internas y, al aceptar progresivamente la Ley Modelo, han introducido en sus sistemas jurídicos normas universalmente aceptadas de arbitraje internacional, otorgando a las partes un alto grado de libertad y autonomía para diseñar el procedimiento arbitral y reducir el papel de los tribunales locales, siguiendo así los principios básicos de todo sistema moderno de arbitraje. Aunque, claro está que desde el punto de vista de la Uncitral, lo ideal sería que todas las naciones que participan en el tráfico mercantil internacional adoptarán en su integridad la Ley Modelo. De tal manera que la Ley Tipo pudiera ser considerada como el mínimo común denominador del consenso internacional del arbitraje.

Del mismo modo, en las últimas reformas operadas en las leyes de arbitraje europeas (Alemania, Suecia, Italia, Holanda, España) se ha dejado sentir la gran influencia de la Ley Modelo como base o guía necesaria. La adaptación ha propiciado un alineamiento de las leyes europeas nacionales de arbitraje del mismo modo que el experimentado en los países iberoamericanos y en otros confines del globo. De tal forma que la mayoría de éstas siguen los mismos postulados y modernas tendencias en cuanto a la regulación del arbitraje, en general, y del arbitraje internacional, en particular. A través de la armonización arbitral guiada por la Ley Tipo, la mayoría de las leyes arbitrales nacionales han conseguido adaptarse con éxito a las nuevas corrientes internacionales de arbitraje comercial internacional.

Hoy en día, la mayoría de los países, en especial los aquí referidos iberoamericanos y europeos, han procedido a reformar sus legislaciones arbitrales con mayor o menor acierto y aunque no todos los países cuentan con una normativa adecuada, la mayoría sí la tienen, al menos desde el punto de vista de que ésta se encuentra armonizada, modernizada y actualizada frente a las exigencias del comercio internacional. Ahora bien, un hecho que hay que destacar muy positivamente, es que el desarrollo del arbitraje comercial internacional en países como España e Iberoamérica no ha dependido, como muchos temían, de establecer en cada país un régimen legal que le permitiese ser considerado un paraíso arbitral, sino de fomentar una base

legislativa interna que, en aras de la armonización entre sistemas, ha propiciado la recepción del arbitraje internacional. Se ha consolidado así una cultura arbitral auténtica a través de un sistema jurídico arbitral armonizado y moderno.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Los países, pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos, que en la actualidad han adoptado la Ley Modelo de la Uncitral, son más de cuarenta. Todos ellos en la página web de la Uncitral: <http://www.uncitral.org>. CHILLÓN MEDINA, J.M.^a y F. MERINO MERCHÁN. *Tratado de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Cívitas, 2007, pp. 1002-1011. MANTILLA-SERRANO, F. «Major Trends in International Arbitration». *Journal of International Arbitration*, 2005, vol. 17. GONZALO QUIROGA, M. «Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, RCEA, 1999, vol. xv, pp. 339-352. GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. GONZALO QUIROGA, M. «Proyección latinoamericana de la nueva Ley española de Arbitraje». *Libro Homenaje a E. Elías-Laroza: Estudios de Derecho Societario*. Lima, 2005, pp. 297-326. CREMADES, B.M.^a *Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina*: <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm>. SILVA-ROMERO, E. *América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, DeCITA*, 2004, n.º 2. GONZALO QUIROGA, M. «Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional?». *RCEA*, 2000-2001, vol. xviii, pp. 83-123. NOODT TAQUELA, M.B. *Avances del Proyecto de Ley argentina de Arbitraje respecto de la Ley Modelo de Uncitral*. AA.VV. *Avances del Derecho internacional privado en América Latina, «Liber Amicorum»*. JÜRGEN SAMTLEBEM (coord.). KLEINHEISTERKAMP, J. y G.A. LORENTE IDIARTE. Montevideo, 2002. VERDERA y TUELLS, E. «La Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje entre la tradición y la innovación». *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid, 2005, p. 60. GARRO, A.M. *Armonización del arbitraje en el Caribe: Ventajas y desventajas de los modelos propuestos por la Ohada y Uncitral*. Conferencia pronunciada en la ciudad de La Habana, el 25 de junio de 2010, en el Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Regulación arbitral. Autorregulación. *Kompetenz-Kompetenz*. Cultura arbitral. Globalización. Unidroit.

ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES (PRINCIPIO DE)

Para la *solución de las controversias internacionales*—desacuerdos que se producen entre sujetos internacionales sobre puntos de hecho o de derecho, como resultado natural de los intereses encontrados— los sujetos de la misma han antepuesto en muchas ocasiones el recurso a la fuerza armada a las vías de solución pacífica. Desde principios del siglo xx asistimos a un creciente interés de las naciones por el manejo pacífico de las controversias internacionales, con el objetivo de prevenir el uso de la fuerza o la violencia. Prueba de ello fue la firma de los Convenios de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, de octubre de 1907, o el Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones en septiembre de 1928. Sin embargo, los mayores avances están en la Carta de las Naciones Unidas (CNU), firmada en junio de 1945, donde se habla de «naciones que aman la paz» y se confirman dos principios fundamentales que representan la consagración del principio de arreglo pacífico de controversias internacionales. El primero, el art. 2.3, obliga a los Estados a arreglar sus controversias internacionales «por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». Y el segundo, complemento lógico del anterior, el art. 2.4, obliga a todos los Estados a «abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado [...]».

Más reciente en el tiempo es la *Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales* (Res. n.º 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de noviembre de 1982), donde se reafirman los dos principios fundamentales de la Carta y se plantea que las partes están obligadas a resolver sus controversias por medios pacíficos. Además, es significativo que el principio de la buena fe figure de manera expresa en repetidas ocasiones en el texto, así como el hecho de que los Estados pueden elegir libremente los medios (parte I, párr. 3).

El art. 33.1 de la CNU establece que para la solución de las controversias se han creado diversos medios de arreglo, que se sistematizan como: a) Medios políticos o diplomáticos o no jurisdiccionales: Negociación, Buenos Oficios, Mediación, Investigación y Conciliación; y b) Medios Jurídicos: Arbitraje y Arreglo Judicial.

Otro de los procedimientos de arreglo pacífico de controversias, recogido en el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas, consiste en el «recurso a organismos o acuerdos regionales», método que conforme a la propia Carta adquiere carácter prioritario en el caso de la solución de controversias de carácter global. Desde esta perspectiva, las diferentes organizaciones regionales, que han desarrollado sus propios sistemas de arreglo

pacífico a través de la adopción de diferentes textos, tratan de resolver la disputa dentro de su seno. En concreto, el Consejo de Europa fue la primera organización europea que se preocupó por establecer un sistema regional eficaz de arreglo pacífico.

Por lo tanto, hay una tercera vía para la solución de las controversias internacionales, las organizaciones internacionales, cuyos procedimientos combinan elementos diplomáticos y jurídicos.

- a) *Los medios diplomáticos* se utilizan para la solución de controversias políticas, mientras las disputas jurídicas se resuelven por medios jurídicos. No existe una frontera absoluta entre ambos métodos; de hecho, para la solución de algunas controversias se recurre al uso conjunto. Por otra parte, los medios diplomáticos no son permanentes ni tan elaborados como los métodos jurídicos. Teóricamente, estos últimos tienen un carácter legal y sus sentencias son *per se* obligatorias y vinculantes.

Los rasgos comunes de los medios políticos, una vez elegido el mecanismo concreto de arreglo por las partes, son que los sujetos de la controversia conservan su autonomía respecto a la eventual solución final; que de conseguirse el acuerdo, éste tiene carácter obligatorio para aquéllas, y que el mismo no tiene que basarse necesariamente en el Derecho internacional.

La distinción entre los distintos medios políticos radica en: 1) La intervención o no de un tercero. El tercero puede ser: un Estado, una organización internacional, un órgano de una organización internacional, una ONG o una personalidad independiente. En todos los medios políticos de solución de controversias interviene un tercero, salvo en la negociación. 2) La intensidad de la intervención del tercero. De menor a mayor intensidad: buenos oficios, mediación, investigación y conciliación.

La *negociación*.- Es el método político más simple y el más utilizado para resolver las diferencias entre las partes. Se basa en el contacto directo entre los sujetos que motivan la controversia y constituye el primer paso en todo proceso de arreglo diplomático. Incluso la Carta de las Naciones Unidas determina que no puede someterse un asunto a consideración del Consejo de Seguridad, si de manera previa no se ha hecho uso de la negociación. Por su parte, los *buenos oficios* y la mediación implican el uso de un tercero que intenta persuadir a las partes contendientes para llegar a un acuerdo. Ejemplo: Buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas relativos a Afganistán en 1988.

Mientras que los buenos oficios culminan con el exhorto a un arreglo de las diferencias, el sujeto internacional *mediador* sí entra a conocer el propio asunto controvertido y propone soluciones al problema, pero sin que éstas tengan otra virtualidad que el mero consejo, sin fuerza vinculante alguna. La mediación sólo se da por consentimiento de las partes involucradas y no puede forzarse. Ejemplos: Mediación de la UE en diversas fases del conflicto yugoslavo de la década de 1990.

La *Comisión de Investigación* es un método propicio para resolver discrepancias relativas a hechos y no a la interpretación de normas. Mediante este método, un tercero imparcial –en ocasiones otro sujeto internacional o bien una comisión *ad hoc*– investiga minuciosamente sobre los hechos que motivan la controversia con el propósito de preparar el camino hacia una solución negociada del problema. Si bien las partes no están obligadas a aceptar las conclusiones de las comisiones de investigación, casi siempre lo hacen.

Por su parte la *conciliación* tiene un aspecto semijudicial porque se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial (comisión de conciliación), que examina todos los elementos de la controversia –investigación de los hechos, reglas de Derecho internacional aplicables, factores de oportunidad política–, con el objetivo de proponer una solución que se materializa en un informe. La comisión encargada de conciliar tiene que dilucidar los hechos, oír a las partes y proponer términos de acuerdo que no necesariamente obligan a las partes.

- b) *Medios jurisdiccionales de resolución de controversias*.- El arbitraje y el arreglo judicial. Este tipo de mecanismos jurisdiccionales, sujetos al Derecho internacional, se utilizan menos porque se ocupan de asuntos de mayor dificultad y obligan a las partes a someterse al Derecho internacional. Una de sus principales diferencias radica en el carácter preexistente y permanente del órgano judicial y la constitución *ad hoc* de la institución arbitral dirigida a solucionar la controversia.

Por lo tanto, mientras en el *arbitraje internacional*, las partes en disputa acuerdan someter su controversia a la resolución de un tercero o de un tribunal formado específicamente –órgano arbitral–, que concluye con una resolución vinculante –laudo arbitral–, basada generalmente en la aplicación del Derecho interna-

cional, el *arreglo judicial* es el medio de solución de controversias internacionales en virtud del cual un órgano generalmente permanente, independiente e imparcial, resuelve con carácter obligatorio los litigios que le son sometidos a través de un procedimiento preestablecido y mediante la aplicación del Derecho internacional. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y su función es resolver, de conformidad con el Derecho internacional, las controversias jurídicas que le remitan los Estados, y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas planteadas por los órganos debidamente autorizados y agencias internacionales.

(Autora: Sagrario Morán Blanco. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. Paz. «El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985. BADÍA MARTÍ, Ana María. *El arreglo pacífico de controversias en la Organización de las Naciones Unidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1994. DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel. *El uso de la fuerza en las relaciones internacionales*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1989. MORÁN BLANCO, Sagrario y ANDRÉS GONZÁLEZ MARTÍN. *Asimetría, guerras e información*. Madrid: Dilex, 2009. PIGRAU SOLÉ, Antoni. «Arreglo pacífico de controversias: medios jurisdiccionales». En *Prácticas de Derecho internacional público*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005. REQUENA CASANOVA, Millán. *Arreglo pacífico de controversias en los convenios multilaterales de codificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Local Remedies*. Protección diplomática. Principios del Derecho internacional. Universalidad del arbitraje.

ASISTENCIA JUDICIAL (EN EL ÁMBITO ARBITRAL)

Podemos definirla como la tutela que deben dispensar los órganos jurisdiccionales a fin de dotar de apoyo al procedimiento arbitral, de forma que se puede hablar de distintos grados de asistencia y colaboración en función de la actividad a desarrollar por el referido órgano jurisdiccional.

La asistencia judicial en el ámbito arbitral tiene dos expresiones clásicas (i) la negativa y (ii) la positiva.

- (i) El carácter negativo (art. 11.1 Ley de Arbitraje Española –LA–), puede definirse como el deber que tienen los órganos jurisdiccionales de abstenerse a la hora de conocer de un procedimiento declarativo, a fin de permitir que el árbitro o el tribunal arbitral lo resuelvan.

Así, resulta relevante conocer qué grado de control tiene el órgano jurisdiccional a la hora de evaluar, *prima facie*, la existencia de un convenio arbitral.

Al menos en España, la Ley de Arbitraje no aclara la cuestión, de forma que como complemento conviene traer a colación el sentido de las resoluciones judiciales dictadas al albur de la función de revisión del convenio arbitral, y que vienen predicando una cognición plena sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en el momento en el que se plantea la correspondiente declinatoria de jurisdicción, de forma que se puede afirmar que la actuación de los juzgados en torno a la revisión de la cláusula arbitral escapa de un mero control *prima facie*, para centrarse en un estudio detallado del contenido del pacto.

Precisamente, este control pleno de validez del convenio arbitral es el expresamente recogido, tanto en el art. 11.3 del Convenio de Nueva York como el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral. A la vista de dicho contenido, y teniendo en cuenta que en España la Ley de Arbitraje sigue el modelo inspirado por la Ley Modelo Uncitral, todo parece indicar que el criterio a seguir es el de la cognición plena, si bien el anteproyecto de ley de arbitraje apunta la idea de una cognición limitada, al utilizar el término «manifestamente nulo».

- (ii) El carácter positivo puede definirse como la intervención necesaria o complementaria del órgano jurisdiccional dentro del procedimiento arbitral, de forma que podemos hablar de distintos grados de tutela (cautelar y ejecutiva), las cuales pueden ser desarrolladas en régimen de colaboración (la primera) y, en exclusiva, la segunda.

Igualmente, se puede hablar de funciones de control o supervisión y de asistencia o apoyo.

Ejemplos típicos de las funciones de supervisión las encontramos en la designación del árbitro (art. 15.3 LA), la terminación de su mandato, la determinación de la competencia arbitral y la más relevante, consistente en la resolución de la acción de anulación (art. 40 LA).

En cuanto a las funciones de asistencia y apoyo, podemos destacar la colaboración en la práctica de pruebas (art. 8.2 LA), la adopción de medidas cautelares (art. 8.3 y 23 LA), el eventual reconocimiento de la declinatoria de parte, además del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (arts. 44 y 46 LA).

Por tanto, la asistencia judicial en el ámbito arbitral debe entenderse, no como una desnaturalización del arbitraje, sino como un mecanismo complementario y necesario que permite dotar de mayor seguridad jurídica a la institución, con el único fin de potenciar su utilización.

(Autora: Antonia Magdaleno. Profesora Derecho procesal de la Universidad de Valencia. Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARANGÜENA FANEGO, A. «Comentario al art. 7». En GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2005. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A y K. MENÉNDEZ. «La intervención judicial del arbitraje». En *Spain Arbitration Review*, n.º 8/2010, pp. 51-73.

ASOCIACIÓN EUROPEA DE ARBITRAJE (AEADE)

1. Introducción

La Asociación Europea de Arbitraje, Aead, que nació en el año 2000 y está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones de España con el n.º 166.770, administra arbitrajes como mecanismo de solución de conflictos al amparo de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, entre sus funciones, la Asociación dispone de un medio de resolución de controversias, de manera amigable, con la ayuda de un tercero neutral: la mediación, en la que el consentimiento de todas las partes es un requisito esencial para poder dar inicio a cualquier proceso.

Aead se ha adaptado a la gran diversidad del mundo de la empresa y a las distintas relaciones contractuales; cada una de ellas requiere unos tiempos, unos expertos y un procedimiento distinto, por lo que la especialización ocupa un lugar privilegiado en el *know-how* de la Asociación. El objetivo es administrar con éxito, y en la forma y plazos esperados por las partes, en sectores tan diversos como el bancario y financiero, la construcción, la ingeniería, los arrendamientos urbanos, la propiedad horizontal, el transporte, las compraventas, las franquicias, las telecomunicaciones, los servicios, etc., consolidando el arbitraje como un instrumento jurídico eficaz para la resolución de todo tipo de conflictos en aquellos supuestos permitidos por la ley.

2. Visión, misión y valores

Visión.- Ser referente nacional e internacional en la administración de arbitrajes sin descuidar otros métodos alternativos de solución de conflictos, como la mediación.

Misión.- Fortalecer la actividad en la administración de arbitrajes, así como el capital humano de manera que la sociedad española (judicatura, ciudadanía, empresariado y abogacía) adquiera una auténtica cultura del arbitraje y de la mediación, equiparable a la que se posee en otros países europeos.

Valores.- Ésos son:

- *Transparencia.*- Entidad dedicada, en exclusiva, al arbitraje y a la mediación; así como a su fomento para la resolución de conflictos.
- *Compromiso social.*- Institución sin ánimo de lucro que asume su compromiso social para la consecución de una auténtica cultura del arbitraje.
- Firme creencia en que el arbitraje y la mediación son opciones válidas y legítimas que representan una solución eficaz a los conflictos, en los supuestos permitidos por la ley.
- Eficaz escuela para árbitros jóvenes que quieran iniciarse en el ejercicio del arbitraje.
- *Solvencia ética.*- Única entidad arbitral que dispone de un Comité de Garantías y Designaciones, que vela por la solvencia ética y profesional de los árbitros asignados a cada procedimiento.
- *Especialización y profesionalidad.*- El arbitraje se adapta a la gran diversidad del mundo de la empresa y a las distintas relaciones contractuales. Cada una de ellas requiere unos tiempos, unos expertos y un procedimiento distinto.
- *Independencia.*- Entidad no vinculada a despachos colectivos, gremios u otros grupos de interés.

3. Estructura

La Asociación Europea de Arbitraje, como asociación privada sin ánimo de lucro con sede en Madrid, es una entidad que dedica enteramente su día a día al desarrollo y fomento del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos. Para ello, dispone de una plantilla estructurada para dar respuesta a los requerimientos de la actividad arbitral de la manera más efectiva, atendiendo a una serie de criterios de calidad.

La Junta Directiva, fruto de la Asamblea General, acuerda el nombramiento de un secretario general, Javier Íscar de Hoyos, de quien depende la organización de la asociación, que estaría estructurada en tres grandes áreas: la Dirección Jurídica, que engloba a la Secretaría de Arbitraje y Mediación, al Comité de Garantías y Designaciones y al servicio de Asesoría Jurídica; la Dirección Financiera, con los departamentos de Administración y Contabilidad; y la Dirección Comercial, que engloba los departamentos de Expansión y Logística. Marketing y Comunicación, considerado un departamento transversal, dado que afecta a todas las áreas de la organización, se encuentra en dependencia directa de la Secretaría General.

4. Comités de Expertos

Uno de los aspectos en los que Aeade ha incidido y destacan sobre los demás, es en la división de los árbitros en función de su especialidad incorporándose en los diferentes Comités de Expertos que se han constituido en el seno de la asociación. Los diferentes comités aseguran la especialización, la transparencia y el rigor en la designación de los árbitros y son los siguientes: Comité Bancario y Financiero; Tribunal para la Contratación Pública; Comité de Construcción; Comité Marítimo y de Transportes, Comité de Energía e Ingeniería y Comité de Derecho Societario y Mercantil.

5. Comité de Garantías y Designaciones

El Comité de Garantías y Designaciones vela por la solvencia ética y profesional de los árbitros asignados a cada procedimiento. Los miembros, no más de tres y designados por la Junta Directiva, velan por la pureza del procedimiento arbitral, garantizando los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

El Comité nunca interviene de oficio en procedimiento arbitral alguno, sino sólo cuando es requerido para resolver alguna consulta que pueda formular el tribunal arbitral o a solicitud de la Junta Directiva de la entidad.

6. Aeade y América Latina

América Latina es uno de los pilares de la Asociación y una de las regiones donde se ha centrado la institución. Los acuerdos con la Corte de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; con el Centro de Arbitraje de México, CAM, con la CICA de Costa Rica, con el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Habana y otros, hacen de Aeade una institución de referencia en las relaciones comerciales con una identidad cultural común.

7. Aeade y la Corte Hispano-Marroquí de Arbitraje

En los últimos años se han potenciado de forma muy significativa las relaciones comerciales entre España y Marruecos y entre empresas de ambos países.

En el reforzamiento de las relaciones bilaterales de ambos reinos, es prioritario fortalecer los intercambios en el ámbito comercial buscando mecanismos concretos para ofrecer respuestas a este reto.

Ante la intensificación de las relaciones comerciales y de inversión entre España y Marruecos, nace, en el seno de Aeade, la Corte Internacional de Arbitraje Hispano-Marroquí, como mecanismo ágil y equitativo para resolver eventuales diferencias entre empresas. Se trata de un instrumento que permite incrementar la seguridad jurídica y la confianza mutua en las relaciones contractuales entre sujetos de derecho de ambos países. La Corte Internacional Hispano-Marroquí de Arbitraje se constituyó en septiembre del 2006, siendo la sede en España, Madrid; y la sede en Marruecos, la sede de la Cámara de Comercio e Industria de España en Casablanca.

8. *La Secretaría de Aeade*

El papel de la Secretaría de Arbitraje y Mediación es esencial para el buen desarrollo del procedimiento arbitral. Uno de sus valores es la plena disponibilidad, lo que facilita la labor de los árbitros y la relación de las partes y sus letrados con la institución.

El departamento está formado por una dirección y un grupo de profesionales que administran los diferentes procedimientos y atienden a las partes.

A cada asunto se le asigna un profesional de la Secretaría que vela por el cumplimiento de los plazos y dota al procedimiento de todos los medios necesarios, ya sean de apoyo externo (salas de vistas, audio, video, transcripción, etc.), como interno.

9. *Los árbitros*

Los árbitros de Aeade son personas de reconocido prestigio profesional, tanto nacional como internacional, seleccionadas por el Comité de Garantías y Designaciones de la Asociación, partiendo siempre del acuerdo de las partes y siguiendo criterios escrupulosos de transparencia.

Para la designación del árbitro idóneo se tienen en cuenta diversos factores: la capacitación, la experiencia, la complejidad de la controversia, la cuantía del arbitraje y la disponibilidad del propio árbitro.

10. *La cláusula arbitral*

La cláusula arbitral recomendada por Aeade es la que sigue:

Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él –incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución– será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de derecho/equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (Aeade), de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]...].

(Autor: Javier Íscar. Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje (Aeade)).

ASOCIACIÓN SUIZA DE ARBITRAJE

La *Swiss Arbitration Association* (ASA por sus siglas en francés e italiano), fundada en 1974 (sustituyendo al *Comité Suisse de l'Arbitrage*), es una de las asociaciones de arbitraje líderes en el mundo, a pesar de no ser una institución administradora de arbitrajes. Ello se debe a que Suiza es una de las principales sedes de arbitraje y tiene a su disposición un amplio elenco de árbitros, habiéndose nombrado más árbitros suizos que de ningún otro país en arbitrajes administrados por la CCI, según el informe estadístico de la CCI de 2009. A ello se añade que el Derecho suizo es también, frecuentemente, elegido como un derecho «neutral» por las partes que concluyen un contrato internacional.

La ASA es una asociación no lucrativa con más de mil miembros que ejercen o tienen interés en el mundo del arbitraje internacional y nacional (más de trescientos cincuenta de sus miembros residen fuera de Suiza).

Durante tres décadas, la ASA ha contribuido al desarrollo del derecho y a la práctica del arbitraje en Suiza y en el extranjero, a través de conferencias y grupos de trabajo, cursos (incluyendo los *ASA Practice Building Seminars*), reuniones de grupos locales y la publicación del *ASA Bulletin* y de los *ASA Special Series*. Sus presidentes han incluido académicos y ejercientes de primer rango en el campo del arbitraje, como son el profesor Pierre LALIVE y la profesora Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, siendo su presidente actual el señor Michael E. SCHNEIDER.

La ASA suele celebrar una conferencia de un día completo en enero o febrero y otra conferencia de medio día en septiembre, tratándose temas de actualidad en el mundo del arbitraje. Los cursos organizados

por la ASA, incluyendo los *ASA Practice Building Seminars* (un curso intensivo de orientación práctica de dos días, cuyos tutores y participantes provienen de todo el mundo, cuidándose el equilibrio entre la tradición romano-germánica y el *Common Law*) se dirigen a todos aquéllos que quieran mejorar sus conocimientos en el área del arbitraje. El *ASA Group Below 40* (de asistencia gratuita) organiza conferencias para jóvenes abogados en ejercicio de la profesión en el mundo del arbitraje en Suiza y en el extranjero una o dos veces al año. El *ASA Special Series* presenta temas específicos que se han tratado en una conferencia de la ASA como puede ser «La protección de inversiones extranjeras por medio del arbitraje basado en un tratado» (publicado en mayo del 2010).

El *ASA Bulletin* es una publicación líder en el mundo del arbitraje internacional (su publicación está a cargo de *Kluwer International*). Se empezó a publicar en 1983 por iniciativa de su presidente en aquella época, el profesor Pierre LALIVE. Es una publicación trimestral (los miembros lo reciben gratuitamente) e incluye artículos sobre la actualidad arbitral internacional y suiza (sobre todo, en inglés, aunque también en francés, alemán o italiano), la última jurisprudencia suiza e internacional relativa al arbitraje, laudos arbitrales y resoluciones procesales de interés y anuncios de publicaciones. Se puede acceder a la totalidad de los números del *ASA Bulletin* a través de sitio web para abonados *Kluwer Arbitration* (www.kluwerarbitration.com).

La ASA también participa como ONG en las conferencias del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la Cnudmi.

En definitiva, la ASA forma uno de los pilares del arbitraje internacional en Suiza cuya labor es, a su vez, completada con las actividades de las Cámaras de Comercio suizas, las cuales actúan como instituciones de administración de arbitrajes desde 1911. Siete Cámaras de Comercio suizas (Ginebra, Zurich, Lausana, Basel, Berna, Lugano y Neuchâtel) actúan bajo un reglamento unificado de arbitraje, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (*Swiss Rules of International Arbitration*), el cual puede emplearse en arbitrajes con sede dentro o fuera de Suiza. Éste se basa en el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976, aunque con adaptaciones para su uso en el contexto institucional y otras modificaciones.

Son dignas de mención tres características innovadoras del Reglamento Suizo: la primera es la obligatoriedad de un procedimiento abreviado cuando el monto reclamado sea inferior a 1 millón de francos suizos; también se puede acceder a este procedimiento abreviado de forma voluntaria cuando el monto reclamado exceda 1 millón de francos suizos. La segunda característica innovadora es el mecanismo por el cual se facilita la consolidación de arbitrajes y la acumulación de partes. La tercera es la posibilidad de incluir en el arbitraje una defensa basada en la compensación, incluso cuando dicha defensa surja de una relación que no esté sometida a una cláusula compromisoria. La dirección del sitio web de la *Swiss Chambers' Court of International Arbitration and Mediation* es <https://www.sccam.org>.

La dirección del sitio web de la ASA es <http://www.arbitration-ch.org>. La candidatura a la ASA está abierta a personas de todas las nacionalidades sin importar su nivel de experiencia. Los miembros tienen la posibilidad de hacer constar una reseña de su trayectoria en el sitio web de la asociación.

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra.
Jaime Gallego, Asociado Sénior, LALIVE, Ginebra).

ATRIBUCIÓN IMPERATIVA DE JURISDICCIÓN (ESTATAL)

Término utilizado para precisar determinadas contiendas (tradicionalmente: juicios universales, posesorios, societarios y arrendaticios) que por imperativo legal han de ser sometidas a la jurisdicción estatal. La imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias tiene su justificación en la protección especial de determinados ámbitos considerados relevantes en el tráfico jurídico interno e internacional: Derecho de la competencia, propiedad industrial, sociedades, quiebra, etc., reservados inicialmente en exclusiva a las jurisdicciones estatales. Así, en principio, en los casos en los que el legislador haya procedido a una atribución imperativa de jurisdicción o competencia, podría deducirse que no cabría en estas materias la arbitrabilidad; y, en consecuencia, el conocimiento de las mismas a través de la jurisdicción arbitral quedando, pues, el arbitraje, automáticamente excluido.

No obstante, la extensión de la arbitrabilidad ha generado un importante cambio en la teoría tradicional de exclusión del arbitraje por la mera existencia de atribuciones imperativas de jurisdicción.

Hoy en día, la tendencia prácticamente unánime, en el marco interno e internacional, entiende que la llamada «atribución imperativa de jurisdicción» es una mera «demarcación de órganos judiciales» que no impide el sometimiento del Derecho material a juicio de los árbitros. El hecho de que el legislador concrete, tanto en el Derecho procesal como sustantivo, reservas de jurisdicción para resolver cuestiones litigiosas específicas no implica, hoy por hoy, ningún impedimento de orden público para someter al convenio arbitral tales materias, a excepción de aquellas materias, claro está, que sean indisponibles; y, por tanto, inarbitrables.

En efecto, la autonomía del arbitraje vinculada a su liberalización ha hecho también efecto en aquellas materias que tradicionalmente habían quedado cerradas a la competencia arbitral bajo la llave de una atribución imperativa de jurisdicción o, lo que es lo mismo, de una competencia exclusiva. La imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias tiene su justificación en la protección especial de determinados ámbitos considerados relevantes en el tráfico jurídico interno e internacional.

Sectores en los que la imperatividad ha ido cayendo en algunos campos reservados inicialmente, en exclusiva, a las jurisdicciones estatales. Materias como el Derecho de la competencia, de la propiedad industrial, Derecho de sociedades, quiebra, etc. No existe, pues, una correspondencia directa que permita deducir que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia, la arbitrabilidad vaya a quedar automáticamente excluida de la misma. En los supuestos internos, se refleja también la inconsistencia de que una atribución imperativa de jurisdicción equivalga a la inarbitrabilidad automática de la materia sobre la cual recaiga dicha competencia exclusiva. Ello se pone claramente de manifiesto en el ordenamiento español en materia de seguros, donde a pesar de que exista una atribución imperativa de jurisdicción, lo único que ésta implica, es la competencia territorial, pero no tiene trascendencia alguna para la arbitrabilidad.

De hecho, entre las materias arbitrables se encuentran competencias exclusivas, como la impugnación de acuerdos sociales, las cuestiones relativas al Derecho de la propiedad intelectual e industrial, los sectores protegidos por el arbitraje de consumo, etc. En definitiva, las competencias exclusivas no equivalen a la inarbitrabilidad de la materia controvertida. Dependen del alcance de dicha exclusividad sin que se haga depender a las mismas de un mero control competencial en relación con el orden público. Por ello, es éste un criterio que raras veces ha sido regulado positivamente como único método para determinar de manera general la arbitrabilidad, a no ser que tengamos en cuenta el art. 5 del Concordato intercantonal suizo que lo establece como criterio, combinándolo con el de la libre disponibilidad de derechos; y el art. 1 de la reforma de la Ley de Arbitraje portuguesa de 29 de agosto de 1986: «A menos que no esté sometida exclusivamente a un tribunal judicial o a un arbitraje obligatorio en virtud de una disposición especial, toda controversia que sea disponible puede ser confiada a la decisión de los árbitros». Criterio que, no obstante, como se desprende de la lectura, aparece combinado con el criterio de la disponibilidad.

Continuos pronunciamientos ponen en evidencia la adopción general de criterios más flexibles en lo que concierne a la arbitrabilidad de la controversia internacional, en materias características de competencias exclusivas internas en decisiones relativas a procedimientos colectivos, objeto de laudos interlocutorios de la CCI, donde se observa la compatibilidad de la arbitrabilidad de la controversia, unida indisolublemente a criterios de competencia de los árbitros, con la atribución imperativa de jurisdicción en determinados ámbitos por mor de su internacionalidad. La razón de la imperatividad no es un ataque encubierto a la institución arbitral, ya que al igual que los árbitros quedan excluidos de la posibilidad de arbitrar en estas materias también lo está, en gran parte de las ocasiones, la jurisdicción ordinaria estatal. Por ejemplo, la competencia exclusiva que tiene la Comisión Europea para decidir sobre determinados acuerdos y exenciones en materias relativas al Derecho de la competencia, lo es, por el momento, tanto para los árbitros internacionales como para los jueces nacionales de los Estados miembros.

Pero, la falta de rigurosidad del criterio de la atribución imperativa de jurisdicción no quita para que sea éste un límite que subsiste como importante punto de referencia a la hora de determinar la arbitrabilidad de las controversias y la jurisprudencia haya hecho uso de él en numerosas decisiones relativas a aquélla. Ello es porque, al igual que el resto de los criterios que se utilizan para determinar la arbitrabilidad de las controversias, éste sirve para arrojar un indicio de aquellas materias en las que hay que poner una especial atención en aras de determinar dicha arbitrabilidad. Ello nos lleva irremediablemente a su conexión con la designación de un criterio que sea eficaz para determinar la arbitrabilidad de las controversias como constante en todo trabajo en el que se plantee el tema del objeto material del arbitraje, ya sea éste, en el ámbito legislativo, jurisprudencial o doctrinal.

De todos es sabido que los criterios y los métodos propuestos para determinar la arbitrabilidad de las controversias han sido de lo más heterogéneos, a la par que ambivalentes entre sí. De entre todos los criterios

que existen para definir la arbitrabilidad *ratione materiae* de las diferentes controversias que pueden ser resueltas por medio de arbitraje, hay que destacar, fundamentalmente, cuatro.

El primero, se basa en la libre disponibilidad de los derechos controvertidos. El segundo, identifica la arbitrabilidad con la naturaleza económica o patrimonial de la controversia. Es el criterio de la patrimonialidad. El tercer criterio general es el de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales, o lo que es lo mismo, la atribución imperativa de jurisdicción aquí objeto de explicación. Pero, no cabe duda de que el criterio de determinación de la arbitrabilidad más restrictivo, debatido y polémico se encuentra en el método fundamentado en el interés del orden público, cuyo estricto seguimiento implica el prohibir específicamente el arbitraje en todas aquellas materias tocantes al orden público, entre las cuales durante mucho tiempo se identificaban con aquellas materias protegidas por una atribución imperativa de jurisdicción.

Nuestra propuesta se basa en que el árbitro no se debe centrar con exclusividad en uno solo de los criterios tradicionalmente enunciados para determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional: patrimonialidad, disponibilidad, atribución imperativa de jurisdicción; y, por supuesto, el orden público. Todos tienen que ser tenidos en cuenta, puesto que basta que una controversia sea patrimonial, pero que sobre ella recaiga una atribución imperativa de jurisdicción que sea eficaz en el lugar donde el futuro laudo se tenga que ejecutar para imposibilitar la arbitrabilidad e invalidar todo el proceso llevado a cabo. O puede que una materia sea patrimonial y no exista una atribución imperativa de jurisdicción sobre ella, pero ésta sea ilícita y el orden público vete la arbitrabilidad internacional sobre la misma. Por ello, se defienden los tres primeros elementos como los criterios generales que conforman «la condición necesaria» de la arbitrabilidad, teoría denominada por la autora: «el trinomio de la arbitrabilidad» que responde a la necesidad de agruparlos. Y, una vez superados éstos, se permite pasar a una segunda fase, definitiva para establecer la arbitrabilidad en el contexto internacional. Es «la condición suficiente» de la arbitrabilidad de la controversia internacional determinada por el orden público internacional.

En definitiva, atrás quedaron las concepciones tendentes a prohibir el arbitraje cada vez que una determinada materia era reservada a un tribunal determinado bajo una atribución imperativa de jurisdicción. Hoy en día, la reserva de jurisdicción no constituye un límite a la arbitrabilidad ni resulta oponible al convenio arbitral. Simplemente, son mandatos del legislador dirigidos a atribuir una competencia orgánica a los jueces del Estado. En nada afecta al arbitraje ni a su convenio, ni constituye una cláusula de cierre a la disponibilidad. La eficacia del convenio arbitral sólo dependerá de una cuestión sustantiva, cual es, si la controversia recae sobre materias de libre disposición conforme a derecho con las cautelas necesarias, en el arbitraje internacional, sobre las condiciones necesarias y suficientes de la arbitrabilidad de la controversia antes descrita.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CHILLÓN MEDINA y F. MERINO MERCHÁN. *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*. Madrid: Cívitas, 2007, pp. 331-333. CREMADES, B. M.^a «El arbitraje societario». *Revista de la Corte Española de Arbitraje, RCEA*, 2000, vol. XVI, pp. 13-39. GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. GONZALO QUIROGA, M. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo*. Granada: Salobreña-Alhulia, 2003, pp. 103-126.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Arbitrabilidad. Orden público. Arbitraje societario. Arbitraje concursal. Arbitraje inmobiliario. Arbitraje tributario. Arbitraje testamentario. Arbitraje arrendaticio. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones. Control judicial del arbitraje.

AUDIENCIAS

Audiencia es el acto por el que las partes en un proceso judicial o arbitral, sus abogados y otros partícipes como testigos y peritos, comparecen ante el juez o árbitro que resolverá la controversia, para presentar sus posiciones o cumplir algún acto procesal. Es la oportunidad en la que el tribunal que habrá de decidir el asunto litigioso sometido a su conocimiento oye a quienes participan en el proceso y a quienes son expresamente convocados para exponer o sustentar algo.

Las audiencias no son privativas de los procesos judiciales o arbitrales. En sentido genérico puede entenderse que la audiencia es toda oportunidad que una persona usualmente investida de alguna autoridad o jerarquía, concede a otra para oírlo o conferenciar sobre alguna materia. También es el acto mismo de la reunión.

Así, la audiencia constituye un vehículo de comunicación. Es correcto decir «el gerente solicitó “audiencia” a su directorio para exponer sobre las ventas» como también lo es decir «las partes solicitaron “audiencia” al tribunal para sustentar sus respectivas pretensiones».

El vocablo «audiencia» no se utiliza aquí en su acepción de «tribunal» o «autoridad con jurisdicción sobre un territorio». Únicamente, nos referimos a audiencia como el acto de oír o escuchar de quien concede la audiencia, o de exponer de quien la pide o es convocado para comparecer.

Puede denominarse audiencia a toda diligencia que deba realizarse en presencia del juez o árbitro, y pueden haber tantas audiencias como etapas procesales deban cumplirse en el juicio o proceso arbitral; a saber, audiencia de instalación del tribunal arbitral; de conciliación; de saneamiento; de admisión de medios probatorios; de fijación de puntos controvertidos; de pruebas; de testigos; de alegatos; de informe oral, y cualquier otra que se requiera.

Son características de las audiencias las siguientes:

- a) *Oralidad.*- Con motivo de la audiencia, el compareciente tiene ocasión de ser oído por el juez o árbitro, y dependiendo del tipo de proceso y de las reglas procesales aplicables al mismo, tendrá también oportunidad de escuchar las inquietudes del tribunal y responder a sus interrogantes y requerimientos. Durante el desarrollo de la audiencia se privilegia la oralidad, «que es lo que asegura la vigencia del principio de inmediación. Ella es garantía y seguridad porque el juez tiene la percepción directa y frontal de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos» (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1, p. 762).
 - b) *Unidad.*- Es posible que la audiencia no pueda terminarse en el horario previsto y sea necesario continuarla en otro momento. En estos casos, se preserva la unidad de la audiencia recurriendo a la suspensión de la misma y no a su interrupción, de forma que se retome en el más breve plazo. Puesto que la audiencia dentro del proceso usualmente está referida a un acto o conjunto de actos procesales de igual naturaleza, con cuya actuación precluirá alguna etapa del proceso, al preservarse su unidad se contribuirá a no desnaturalizar los fines para los cuales fue convocada. Por ejemplo, en un proceso judicial o arbitral hay una sola etapa de pruebas, por lo que debería existir una sola audiencia de pruebas. Que dicha audiencia pueda suspenderse y reiniciarse cuantas veces sea necesario no cambia que sea una sola, y que así deba ser entendida para que no se interprete que la etapa del proceso a la cual ésta se refería, se duplicó sin razón ni fundamento.
- Esto no quiere decir que ciertas audiencias no puedan repetirse. Las audiencias de conciliación, por ejemplo, pueden realizarse en cualquier etapa del proceso tantas veces como las partes las soliciten, producto de nuevas y diferentes iniciativas transaccionales, pero aun en este caso, deberá mantenerse la unidad de la audiencia que tenga lugar como consecuencia de cada iniciativa.
- c) *Publicidad/Privacidad.*- Es característica de la audiencia en el proceso civil que sea pública, salvo que el juez o tribunal exceptúen a la audiencia de esta regla en razón de la intimidad o reserva de las cuestiones que deban tratarse en la misma. Por el contrario, en el arbitraje más bien es característica de la audiencia su privacidad, por ser inherente al arbitraje su confidencialidad.

La audiencia está asociada a diversos principios que informan el Derecho procesal moderno, de los cuales no escapan los procesos arbitrales. El más próximo es el de la «inmediación». «Como de su significado literal se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse y los medios de prueba que se utilicen» (ECHEANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*, tomo 1, pp. 38 y 39). Como anota CARRIÓN, «este principio preconiza que el juez, como conductor del proceso y como personaje que va a resolver el litigio, tenga el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales, con la actuación de los medios probatorios, etc.» (CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo 1, p. 51). El principio de inmediación busca que el juez o árbitro entable contacto directo y personal con las partes y demás participantes del proceso, a cuyo efecto la audiencia es el principal medio para hacerlo posible.

Otro principio relacionado a la audiencia es el de «concentración», según el cual es deber del juez o árbitro limitar los actos procesales, procurando que el desarrollo del proceso ocurra en el menor número de actos procesales, sin vulnerar el derecho de defensa de las partes, evitando así que su duración se prolongue injustificadamente. Las audiencias constituyen un excelente medio para concentrar la actividad procesal,

pues posibilitan realizar actuaciones simultáneas con gran agilidad, que de otro modo habrían demandado demasiado tiempo en su actuación.

Merecen también mencionarse los principios de economía procesal y celeridad, cuyos fines están en línea con el ya descrito principio de concentración. Como se infiere de sus nombres, estos principios postulan que el juez o árbitro debe esforzarse por ahorrar tiempo y no malgastarlo en actos inútiles, impertinentes o inconducentes, y debe impulsar el proceso para imprimirle la celeridad debida, de forma que la decisión llegue en tiempo oportuno. Las audiencias pueden ser buenos instrumentos para el cumplimiento de estos fines, pero también pueden convertirse en vehículos de dilación, por lo que su uso debe ser cuidadoso y siempre asociado a una finalidad probadamente útil al proceso.

Finalmente, para el éxito de las audiencias, es importante que las partes del proceso respeten escrupulosamente los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

(Autor: Enrique Ferrando. Socio del Estudio Osterling. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1, p. 762. ECHEANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*, tomo 1, pp. 38 y 39. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo 1, p. 51.

VOCABLOS CONEXOS: Procedimiento arbitral. Prueba. Prueba pericial. Reglamento arbitral.

AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

El principio de autonomía de la cláusula arbitral puede considerarse como uno de los pilares básicos del Derecho arbitral. Para algunos, es incluso un principio de la *lex mercatoria*. Está reconocido en múltiples jurisdicciones, reglamentos de arbitraje; y, sobre todo, en la Ley Modelo de Arbitraje Uncitral.

De conformidad con dicho principio, la cláusula arbitral, que es el embrión de todo arbitraje, es un contrato independiente del contrato del que ha surgido la disputa que se ha sometido a la jurisdicción de los árbitros. En otras palabras, la inexistencia o invalidez del contrato principal (o de las cláusulas sobre las que existe disputa) no implica automática o necesariamente que la cláusula arbitral lo sea también.

La aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral tiene dos consecuencias esenciales. En primer lugar, que la existencia o ineficacia de la cláusula arbitral será examinada con carácter independiente del resto del contrato. Esto se conoce como «separabilidad» de la cláusula arbitral. En segundo lugar, que la ley aplicable a la cláusula arbitral no tiene por qué ser la misma que la ley aplicable al resto del contrato.

Así, la cláusula arbitral puede perfectamente ser inexistente o ineficaz, pero no porque lo sea el contrato principal, sino porque, de conformidad con la ley que le sea de aplicación, deba tenerse por no puesta.

La capitalidad del principio deriva de que, gracias a él, se puede evitar que, si los árbitros declaran tras todo un procedimiento arbitral que el contrato principal es nulo, ilegal o inexistente, el propio laudo en sí no pueda ser dictado o carezca de efectos porque la cláusula arbitral adolecía de las mismas vicisitudes. La situación sería considerablemente decepcionante para las partes.

De este modo, y con el principio de autonomía en la mano, el árbitro o árbitros no entrarán a decidir sobre el fondo del asunto si, de acuerdo con la ley aplicable a la cláusula arbitral, ésta no puede desplegar efectos. Rechazarán la jurisdicción sobre el caso y las partes deberán acudir a los tribunales ordinarios.

Por el contrario, si el árbitro o árbitros consideran que la cláusula arbitral es válida, podrán entrar a conocer el fondo del asunto y dictar un laudo. Cuestión diferente es que el laudo pueda ser anulado por un tribunal si la cláusula arbitral no existía o no era válida, pero éste sería un escenario de revisión judicial del arbitraje distinto al claramente indeseable que se podría producir si todo un arbitraje no puede terminar con un laudo porque el propio resultado de la prueba practicada durante el arbitraje, es que la cláusula arbitral era inexistente o ineficaz.

La autonomía de la cláusula arbitral es una herramienta al alcance de los árbitros para que éstos puedan hacer valer eficazmente el principio *Kompetenz-Kompetenz*. Ambos principios aseguran que un pacto de sumisión a arbitraje no sea fácilmente desvirtuado porque la separabilidad permite que los árbitros puedan

decidir sobre su propia jurisdicción antes de decidir sobre el fondo del asunto. Así, mientras el principio *Kompetenz-Kompetenz* permite que los árbitros puedan decidir sobre su propia competencia, la autonomía de la cláusula arbitral permite que puedan decidir sobre el fondo del asunto sin que la eventual invalidez o inexistencia del contrato causal, implique necesariamente el mismo destino para la cláusula arbitral.

El hecho de que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje es independiente del contrato principal, raramente se discutirá cuando esta voluntad ha sido manifestada separadamente del contrato principal. Aunque la conexión entre el contrato principal y la sumisión a arbitraje es evidente, su independencia no ofrece demasiados problemas. Es por ello que el principio de autonomía se suele predicar de la cláusula arbitral, esto es, de la sumisión a arbitraje contenida dentro del mismo contrato principal.

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral, como hemos indicado antes, ha sido aceptado en la mayoría de jurisdicciones (ya sea por expresa inclusión en la legislación aplicable o por reconocimiento jurisprudencial) desde mediados del siglo xx. Posteriormente, fue recogido en el art. v.3 del Convenio de Ginebra de 1961; pero, sin duda, el hecho de que haya sido expresamente reconocido en el art. 16 de la Ley Modelo Uncitral ha contribuido enormemente a su expansión al día de hoy.

Así, por ejemplo, países como los Estados Unidos de América, España, Perú, Venezuela, México, Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Canadá, Francia, Alemania, Bélgica, Brasil, Rusia, Suiza, Inglaterra, Holanda, Suecia, China, Egipto, Túnez, Algeria y otros, reconocen la autonomía de la cláusula arbitral. De hecho, en algunos de estos países, la separabilidad de la cláusula arbitral no goza de un reconocimiento legal expreso, pero sí cuenta con un reconocimiento jurisprudencial de décadas. En los Estados Unidos de América, se reconoció el principio de la separabilidad en el conocido caso *Prima Paint Corp vs. Flood & Conklin Mfg Co.* –388 US 395 (1967)–. En otros países, el reconocimiento legal ha seguido al reconocimiento jurisprudencial que los tribunales venían otorgando a la doctrina.

Del mismo modo, los reglamentos de arbitraje más relevantes del panorama internacional reconocen la separabilidad. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, el Reglamento de la Cnudmi, el Reglamento de la *London Court of International Arbitration (LCIA)*, el Reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (Cietac)* y las Reglas de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association (AAA)*.

En cuanto a la ley aplicable a la existencia o validez de la cláusula arbitral, su regulación no es tan clara y uniforme como en el caso de la separabilidad. Es una cuestión notablemente más compleja que recibe tratamiento diverso según las jurisdicciones.

La existencia o validez de la cláusula arbitral puede estudiarse a tres niveles: a) Capacidad de las partes; b) Validez formal de la cláusula y c) Validez sustantiva de la cláusula.

En cuanto al primer punto, el art. vi del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, establece que la ley aplicable a la capacidad de las partes será la «aplicable a las partes». Lo mismo cabe decir del Convenio de Nueva York de 1958, que en su art. v 1 (a) permite a los tribunales nacionales rechazar el reconocimiento de un laudo si alguna de las partes es incapaz, de conformidad con la ley que le es de aplicación. Idéntica solución a esta última cabe encontrar en diversas leyes nacionales como la de Hong Kong, Suiza y Alemania. Por su parte, la Ley Modelo Uncitral simplemente menciona la incapacidad de una parte como motivo para rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo, pero no determina conforme a qué ley debe determinarse la incapacidad.

Este panorama de indeterminación obligará a recurrir con frecuencia a las normas de conflicto del tribunal que conozca, por ejemplo, de la acción de anulación o ante el que se solicite el reconocimiento o ejecución del laudo. Si es el tribunal arbitral el que tiene que resolver sobre la validez o existencia de la cláusula arbitral, podrá adoptar otros enfoques, puesto que no está directamente vinculado a ninguna norma de conflicto.

En cuanto a la validez formal de la cláusula arbitral; es decir, el cumplimiento sus requisitos esenciales de forma, es un aspecto que cuenta con mayor regulación y mayor uniformidad en las diversas jurisdicciones, que tienden a tratarlo como cuestión de Derecho internacional privado sustantivo.

De hecho, el art. 7 de la Ley Modelo Uncitral hace referencia a los requisitos que debe cumplir la cláusula arbitral para su validez formal. Exige que el acuerdo esté documentado por escrito e indica que determinados medios de comunicación electrónica se deben considerar, a estos efectos, como comunicación escrita.

Resulta de especial trascendencia el art. II del Convenio de Nueva York de 1958, que establece, del mismo modo que, para ser reconocida, la cláusula tiene que ser documentada «por escrito» o documentada en canje de cartas o telegramas (esto último, evidentemente, debe ser contextualizado en el momento en que se redactó el convenio). Está, generalmente, aceptada la interpretación de dicho artículo consistente en que establece, simplemente, un máximo; es decir, un nivel de exigencia formal que no debe superarse por las legislaciones estatales o que, de superarse, no debe ser óbice para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. El art. 9 de la Ley de Arbitraje española permite cualquier tipo de medios de telecomunicación que permitan dejar constancia del acuerdo.

La validez o existencia de cláusulas arbitrales contenidas en contratos de adhesión o con consumidores puede plantear una problemática especial, por cuanto nos encontramos ante una materia de derecho imperativo y que cuenta, en la mayoría de países, con legislación específica que afecta, precisamente, a la forma en que se concluyen los contratos como garantía de ciertos derechos del consumidor.

Por último, la validez sustantiva de la cláusula arbitral es la que presenta mayores dificultades en la mayoría de jurisdicciones. Ni el Convenio de Nueva York de 1958 ni la Ley Modelo Uncitral tienen previsiones específicas al respecto, en sede de validez de la cláusula arbitral.

Sí las tiene el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que establece en su art. VI las reglas para determinar la ley aplicable a la existencia o validez del convenio arbitral, reglas diferentes de las previstas para la determinación de la ley aplicable al fondo de la disputa, reguladas en el art. VII. Una situación parecida encontramos en el art. 9.6 de la Ley española de Arbitraje, en la legislación sueca o en la legislación suiza.

El Convenio de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo Uncitral regulan la ley aplicable a la validez sustantiva de la cláusula arbitral, pero sólo en sede de anulación o reconocimiento del laudo.

De todos modos, la tendencia predominante en ambos escenarios (regulación directa o regulación a través de anulación o reconocimiento), es someter la validez sustantiva de la cláusula arbitral a la ley a la que las partes la sometieron voluntariamente, de no existir tal sumisión, de conformidad con la ley del lugar de emisión del laudo (sede del arbitraje). En ciertas ocasiones, incluso se ha considerado que la ley a la que las partes han sometido el fondo de la controversia debe ser aplicable para determinar la validez sustantiva de la cláusula arbitral, pero la ley nacional de la sede del arbitraje será, en la mayoría de ocasiones, la que determine la validez sustantiva de la cláusula arbitral en ausencia de pacto entre las partes (pacto que rara vez existirá). Precisamente, para evitar que el laudo encuentre dificultades para su ejecución, de conformidad con el Convenio de Nueva York de 1958, la práctica arbitral ha tendido a basarse en la ley de la sede del arbitraje.

Ello no ha sido óbice para que, por ejemplo, los tribunales franceses hayan optado en algunas ocasiones por apartarse de cualquier legislación nacional, y hayan preferido recurrir a los usos de comercio internacional y a la que, en cada caso, han considerado la voluntad de las partes. Sólo el orden público y la normativa imperativa francesa han sido considerados de aplicación en estos casos. Este enfoque ha sido seguido en alguna jurisprudencia arbitral posterior.

(Autor: Alfonso Maristany Pintó. Abogado de Rousaud Costas Duran).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, A.M., N. HUNTER, BLACKABY y C. PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. TAWIL, G., E. ZULETA, M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Navarra: Thomson Civitas, 2007. LEW J.D.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL. *Comparative international commercial arbitration*. Londres: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable al convenio arbitral. *Kompetenz-Kompetenz*. Norma de conflicto.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El concepto de autonomía de la voluntad o autonomía privada es un elemento imprescindible dentro de todo ordenamiento privado, en tanto se constituye como núcleo generador de las relaciones jurídicas que los particulares entablan, por cuanto, en términos sencillos, la autonomía de la voluntad no es más que la manifestación, o consecuencia, de un derecho humano fundamental preexistente: la libertad. En el arbitraje, esta libertad (de obrar, de elegir y de celebrar acuerdos) se refleja en la posibilidad de elegir un mecanismo de solución de controversias y acordar un arbitraje.

En este sentido, el art. 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional refleja que: «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».

1. Fundamentos de la autonomía de la voluntad

La libertad como esencia del individuo es el sustento sobre el cual se erige la autonomía de la voluntad. Así, pues, la libertad encierra un poder discrecional de obrar, sin que ello implique, necesariamente, que el Derecho reconozca valor jurídico a los actos que de ésta resulten. Dicho de otra forma, el «poder hacer» que emana de la libertad carece *per se* de aptitud para establecer relaciones de derechos vinculantes entre particulares, pero es fundamento básico indispensable para su realización.

Por ello, es importante diferenciar autonomía de la voluntad de libertad.

La libertad es un genérico «poder hacer» que, por intermedio de la voluntad, requiere del respaldo del ordenamiento para determinar la eficacia, el poder vinculante y la calidad preceptiva de aquel «hacer» o acto en que la libertad se exterioriza, es recién cuando encuentra dicho respaldo en que podemos hablar de autonomía de la voluntad. Por consiguiente, es la autonomía la que se manifiesta como poder de creación, modificación, extinción o reglamentación de relaciones y situaciones jurídicas entre privados; la autonomía es el reconocimiento de soberanía al individuo para gobernar su propia esfera jurídica.

Contemos, entonces, tres nociones del concepto hasta aquí referido. La primera es la libertad, inherente al ser humano; ella es un potencial poder de decisión que constituye base imprescindible para la construcción del concepto. La segunda noción se trata de la voluntad, entendida como conciencia reflexiva, que es herramienta al servicio de las decisiones libres de la persona para convertir la potencia en acto; no se trata de un fin, sino de un medio. Finalmente, surge la autonomía que, con el ulterior respaldo del Derecho, se manifiesta como autorregulación de intereses, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas; esta autonomía presupone libertad y voluntad. Desde ya resulta evidente por qué un vicio en algunas de estas nociones, podría conllevar una situación en la que se produzca la invalidez genérica del negocio jurídico, dependiendo del caso en concreto y la intensidad con la que el vicio se presente.

2. El reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad

En tanto la circulación de bienes y servicios, así como el desarrollo de las relaciones entre individuos, representa una exigencia vital de toda sociedad, es obvio que el Derecho, en el marco de la función directriz que ocupa en el organismo social (*ubi societas ibi ius*), ha de responder a la misma exigencia, y puesto que en un ordenamiento fundado sobre el respeto de la propiedad individual de sus miembros, tal circulación es obra de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, la solución del problema se encuentra en el reconocimiento de esta autonomía.

El reconocimiento jurídico de los términos en que los particulares hayan considerado más conveniente pactar; es decir, de su autonomía, puede ser acogido por el ordenamiento de dos formas principales.

- a. Como fuente de normas destinadas a formar parte integrante del mismo ordenamiento jurídico que la reconoce (es el caso de un contrato de trabajo colectivo entre dos entidades dotadas de autonomía).
- b. Como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas, previstos o regulados con antelación, en modo abstracto y general por las normas de aquel ordenamiento jurídico (es el caso de un contrato privado).

Así, pues, en primer lugar tenemos que el ordenamiento estatal reconoce en la autonomía creadora de normas jurídicas una fuente de Derecho objetivo, dentro del campo de competencia que le corresponde en su origen. Mientras que en el segundo supuesto el orden jurídico se limita a reconocer a los particulares la potestad de dar vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos. Cabe señalar que un sector de la doctrina rechaza que se delegue en los particulares una parte de la competencia normativa, tal como describe el primer supuesto, señalando que únicamente puede atribuirse a los particulares una competencia dispositiva, como la descrita en el segundo supuesto.

Una vez reconocida la autonomía de la voluntad, el ordenamiento avala su eficacia original –recordemos que se trata de un fenómeno social que lo antecede– y la dota de un *enforcement* o «justiciabilidad» que se resume en la transformación de un acto meramente entre particulares en un acto dotado de efectos jurídicos, incluso con el valor de «ley» entre las partes.

Ahora bien, es preciso apuntar, aunque sólo sea de forma escueta, que la manifestación suprema de la autonomía de la voluntad es el negocio jurídico, institución que no desarrollaremos aquí por no ser el lugar para ello.

3. Límites a la autonomía de la voluntad

Siendo así las cosas, también se ha de tener presente que ningún ordenamiento ha aceptado jamás asumir de manera acrítica el papel de protector incondicional de los pactos privados; por ello el Derecho reivindica siempre un papel de dirección y control de los actos de autonomía, para decidir, si acaso conceder «justiciabilidad», cuándo y cómo a los pactos asumidos por particulares.

Existe, entonces, una dialéctica constante entre el plano de libertad y autoridad, en la cual la autonomía privada encuentra su desarrollo. La tarea que aquí el ordenamiento asume, es fijar las condiciones y las formalidades que deben concurrir para que los compromisos privados asuman «fuerza de ley» para las partes. Estos límites están agrupados en dos ámbitos distintos, por un lado tenemos todos aquéllos que tienen que ver con el procedimiento de formación del acuerdo: requisitos de forma de las declaraciones de las partes, determinaciones de elementos y modalidades para las manifestaciones de los consentimientos o para la revocación de los mismos, elementos considerados impeditivos del carácter auténtico del acuerdo –tales como vicios de la voluntad, situación de necesidad, simulación, deberes de información, etc.– y cargas similares. Por otro lado, están ubicados todos aquellos límites que conciernen estrechamente al contenido del acuerdo.

Es manifiesto que el Derecho no puede prestar su apoyo indiscriminado a la autonomía privada para la consecución de cualquier fin que ésta se procure. Antes de respaldarla en conjunto con el negocio, el orden jurídico realiza un proceso de tipificación y evalúa su función práctica, que puede tener tres resultados distintos:

- a. Que no juzgue su función digna o necesitada de tutela, en cuyo caso ignora el negocio y lo abandona a sí mismo como indiferente, dejándolo desprovisto de reconocimiento jurídico.
- b. Que considere, en cambio, su función como socialmente trascendente y digna de tutela, por lo que reconoce al negocio y le otorga su protección.
- c. Que estime la función reprochable, y entonces combate al negocio. De esta manera, sí reconoce trascendencia al comportamiento del particular, pero en sentido de provocar efectos opuestos al fin usualmente perseguido.

4. Arbitraje y autonomía de la voluntad

Es menester proveer algunos supuestos, a manera de ejemplo, en los cuales la autonomía de la voluntad incide decisivamente en la validez del arbitraje y, más concretamente, del convenio arbitral.

El convenio arbitral posee carácter contractual (además de tener una proyección procesal, en la medida de que confiere competencia a los árbitros); es decir, se trata de un contrato y como tal se le aplican las reglas sobre los contratos –sin perjuicio de poseer la facultad de regular relaciones jurídicas no contractuales– entre las cuales figuran capacidad de las partes, formación del acuerdo y vicios del consentimiento, etc. Podemos decir, por tanto, que si se hiciera patente un vicio de la voluntad en alguna de las partes que, en virtud del convenio, someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias, dicho convenio sería inválido e inválido también sería el arbitraje en caso se haya llevado a cabo, sin que ello signifique un obstáculo para la aplicación del denominado principio de separabilidad, según el cual la nulidad del contrato no comportará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria incluida en el propio contrato.

En definitiva, siempre se habrá de tener en consideración que el consentimiento de las partes provee el sustento necesario para que el arbitraje posea el poder de decidir la disputa. Asimismo, el consentimiento de las partes también limita el poder de arbitraje porque únicamente se podrá decidir sobre los temas que se encuentren incluidos en el rango del convenio arbitral.

En otro orden de las cosas, la autonomía de la voluntad en el arbitraje no se presenta únicamente en el marco del convenio arbitral *stricto sensu*, sino que está también presente en el marco procesal, en tanto que

hay situaciones en las que es muy relevante. Pues, por un lado, en el marco de la ejecución del laudo cabe que la parte ganadora del litigio arbitral no inste la ejecución; *v. gr.*, la autonomía de la voluntad; y, por otro lado, en el mismo procedimiento arbitral cabe incluso la finalización del litigio arbitral por acuerdo entre las partes.

(Autor: Diego Alonso Collantes Añaños-Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000, pp. 43-56. SCHLESINGER, Piero. «La autonomía privada y sus límites». *Proceso y justicia*. Revista de Derecho Procesal, 2002, n.º 3, pp. 103-110. FLUME, Werner. *El negocio jurídico, parte general del Derecho civil*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 1998, vol. 1, 4.ª edición, pp. 23-48. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad». *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos*. Homenaje a Fernando Hinesrosa. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 482-502. PALACIOS, Eric. «Autonomía privada, principio de legalidad y Derecho civil». *Derecho PUC*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.º 60, pp. 97-110. MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 2nd edition, pp. 1-10.

VOCABLOS ANEXOS: Convenio arbitral. *Kompetenz-kompetenz*.

AUTORREGULACIÓN

En algunos sectores del ordenamiento jurídico nos encontramos con unos mecanismos de autocontrol basados en sistemas de autorregulación que se encuentran plasmados en instrumentos que se denominan: códigos de conducta de debido respeto, códigos de buenas prácticas, códigos éticos o de deontología. Estos códigos, como su propio nombre indica, tratan de imponer unas reglas de conducta, además de unos principios mínimos, pautas de comportamiento, etc., que deben ser cumplidos por todos aquéllos que se dediquen a ese sector; de modo que, en caso de transgresión de dichas normas, se establece un sistema de sanción de las mismas por parte de un órgano competente en la materia. Ejemplo de ello es el *Jurado de Autocontrol de la Publicidad* español, órgano especializado en materia deontológico-publicitaria.

La autorregulación conlleva un proceso de creación normativa generado desde un colectivo, asociación o grupo profesional o económico, ajeno al poder público y al que se le concede naturaleza colectiva o grupal, cuya finalidad principal reside en la regulación de los comportamientos de quienes integran dicho colectivo. En este proceso de creación de normas se favorece la participación de quienes integran el sector, contribuyendo así al desarrollo y perfeccionamiento de las mismas.

En este sentido, los sistemas de autorregulación son propios de determinados sectores en los que se decide configurar un código de conducta que se autoimponen todos sus integrantes y que debe ser acatado por sus miembros, caracterizándose, además, por concurrir las notas de autocontrol y autosanción. Tengamos en cuenta que la puesta en marcha de los sistemas de autorregulación, su funcionamiento y confianza, es el resultado de la libre iniciativa y del compromiso voluntario de sus componentes, sin que entrañe coacción alguna, por lo que las pautas o reglas de actuación que se elaboran deben respetarse voluntariamente por los integrantes del colectivo en cuestión. Las normas éticas a cumplir por sus miembros, los métodos de solución de conflictos alternativos a la justicia que ofrecen, las exigencias a sus integrantes, etc., proporcionan mayor credibilidad a la vez que garantizan unas pautas mínimas a quienes intervienen en el sector correspondiente.

La autorregulación, además, efectúa una importante labor preventiva, tratando de advertir, aconsejar y prevenir determinadas conductas. Sin embargo, por norma general, las pautas y comportamientos éticos de conducta proclamados por estos sistemas no son suficientes para garantizar su efectivo cumplimiento, lo que conlleva que suela existir alguna entidad o institución que evalúe y denuncie los posibles incumplimientos de los códigos deontológicos como pueden ser, entre otros, un jurado especializado, un comité encargado de tales tareas, etc., los cuales escapan del régimen ordinario de los tribunales de justicia.

Consecuentemente, en el término autorregulación se han englobado conceptos, tales como autocontrol y autodisciplina, o incluso se ha llegado a afirmar que estos dos últimos términos son una variante de la autorregulación, en tanto y en cuanto se crean organismos de control que velan por el cumplimiento de las normas éticas, corrigiendo las infracciones de las mismas e imponiendo sanciones a quienes no respeten los compromisos que de manera volitiva han ido adquiriendo. Es cierto que las resoluciones de los órganos de autodisciplina no suelen tener el mismo carácter que las sentencias judiciales, pero al haber sido voluntariamente aceptados, adquieren plena virtualidad entre sus miembros.

Además, en la mayoría de ocasiones estas entidades proponen algún tipo de resolución negociada de conflictos, fomentando el empleo de los mecanismos alternativos o extrajudiciales de solución de los conflictos, como puede ser la mediación o el arbitraje, incluso, en algunas ocasiones, el sometimiento a los mismos es una de las condiciones que debe respetarse.

Como ya hemos mencionado, los sistemas de autorregulación se plasman en unos códigos de conducta. Estos códigos suelen asociarse a la concesión de un sello o marca de calidad que la entidad que promueve dicho código permite utilizar a las empresas o colectivos que lo suscriben y se someten a las consecuencias que su incumplimiento pueda conllevar, viéndose éstas beneficiadas de la distinción que la marca o sello implica, precisamente, porque la confianza potencial de la atribución de la misma, supone llevar implícita el cumplimiento de una serie de normas que el público conoce y cuya transgresión es susceptible de denuncia y reclamación.

Los sistemas de autorregulación son la respuesta de la propia industria a la exigencia de la sociedad para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en determinados sectores. Uno de los sectores que más se ha caracterizado por emplear sistemas de autorregulación, ha sido el de la publicidad. Desde luego, así ha ocurrido en la mayoría de países de la Unión Europea, quienes han fomentado en las últimas décadas múltiples iniciativas de autocontrol. A título de ejemplo encontramos, entre otros, en Italia el *Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria*, en Austria el *Österreichischer Werberat*, en Bélgica el *Jury d'Ethique Publicitaire* y en España, *Autocontrol* (asociación para la autorregulación de la comunicación comercial), cuya pieza clave es el Jurado de la Publicidad, órgano independiente que se encarga de resolver las reclamaciones en este ámbito.

Una de las actividades más importantes de *Autocontrol* es la elaboración o aplicación de Códigos de Conducta Publicitaria, generales o sectoriales. *Autocontrol* pertenece a la *European Advertising Standards Alliance* (EASA), organismo que engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos y que está formada por treinta y cuatro organismos de autorregulación (la mayoría de países de la Unión Europea, así como organismos internacionales como Suiza, Canadá, Sudáfrica, etc.) y quince organizaciones de la industria publicitaria europea.

Otro sector fuertemente inspirado por los sistemas de autorregulación es el del comercio electrónico, pudiendo destacar, la Directiva Europea n.º 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, que se ocupa de esta materia al establecer el deber de los Estados miembros de fomentar la elaboración de códigos de conducta. En esta línea, determinadas organizaciones internacionales y asociaciones sectoriales han elaborado códigos de conducta en campos relacionados con el comercio electrónico, que tratan de ofrecer mayores dosis de seguridad jurídica y potenciar la confianza –la llamada *e-confidence*– de los usuarios de este tipo de comercio; ejemplo de ello se encuentra en el denominado «*e-terms*» impulsado por la Cámara de Comercio Internacional de París.

En España existe un Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico, de diciembre de 2002, cuyo contenido manifiesta la proliferación de los códigos de conducta asociados a sellos o marcas de confianza.

A pesar de lo previamente mencionado, los sistemas de autorregulación no son exclusivos del ámbito mercantil, sino que también son propios de otras ramas del ordenamiento, como puede ser la laboral. En todo caso, en ninguno de estos sectores la autorregulación pretende ser un sustituto del control legal, sino servir de útil complemento a éste.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho procesal. Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos (ADR)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. BARONA VILAR, S. *Competencia Desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. MALUQUER DE MOTES, C. «La solución extrajudicial de los conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». *La regulación del comercio electrónico*. AA. VV. BARRALS VIÑALS, I. (COORD.). Madrid: Dykinson, 2003. RUBIO GIMENO, G. «Autorregulación y marcas de calidad: códigos de conducta en la red». *Newsletter electrónica* n.º 5/2002 de 19 de diciembre de 2002, disponible en: http://www.e-global.es/confianza/newsletter05_2002.htm. GÓMEZ SEGADÉ, J.A. «Sistemas de autorregulación publicitaria». *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, INP, 1989.

VOCABLOS ANEXOS: Arbitraje. *Code of Ethics*. Cámara de Comercio Internacional de París. Mediación.

AUXILIO JUDICIAL (VER «ASISTENCIA JUDICIAL»)**AYUDA LOGÍSTICA (POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO)**

Para el arbitraje es necesario un lugar (una sala con mesas, sillas, ordenadores en los que redactar los documentos en que se reflejan las actuaciones de las partes, una sala contigua para que los testigos o expertos esperen, quizá los equipos necesarios para una videoconferencia o para grabar o filmar todas las sesiones, así como lavabos, cafés, agua, restaurantes cercanos para las pausas para comer, etc.). Las instituciones arbitrales tienen algunas capacidades para este fin en su sede –así, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional dispone de unas instalaciones en la *Avenue Kléber* de París, aparte de las salas de su sede en *Cours Albert 1^{er}*–, pero como los arbitrajes pueden tener como sede localizaciones distintas, así escogidas por las partes, en esos lugares habrá que hallar una forma de obtener lo necesario para el correcto desarrollo de las reuniones presenciales del arbitraje. Así, aparte de la posibilidad de alquilar las salas necesarias en un hotel o usar la oficina profesional del árbitro, es frecuente que se pida la colaboración de otras instituciones –que quizá tengan sus propios sistemas arbitrales–. Así, por ejemplo, en la Cámara de Comercio de Panamá, el Consejo Superior de Cámaras de España o la Cámara de Comercio de Barcelona, se llevan a cabo no sólo arbitrajes según su procedimiento, sino también arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, que alquila o puede utilizar sus instalaciones.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho internacional de la U. de Barcelona).

B

BIFURCACIÓN DEL PROCESO**1. Introducción y definición**

La «bifurcación del proceso» es un mecanismo mediante el cual el arbitraje se divide en dos o más fases, permitiendo que se emitan laudos parciales con respecto a cada fase del mismo.

La «bifurcación del proceso» es relativamente común en el arbitraje internacional y su uso es aún más importante respecto del arbitraje basado en tratados de inversión. La «bifurcación del proceso» tiene como propósito mejorar la eficiencia del proceso arbitral y procura acortar el plazo del proceso arbitral, reduciendo la complejidad de las cuestiones o limitando su número. Las cuestiones bifurcadas se tramitan mediante un procedimiento por escrito, incluyendo escritos relativos a declaraciones sobre hechos, discusiones de cuestiones legales y testimonios de expertos, y cuando sea necesario hasta pueden requerir un procedimiento oral.

2. Supuestos de bifurcación del proceso

El arbitraje constituye un proceso muy flexible, lo que permite a los tribunales arbitrales ejercer una amplia libertad en materia procesal. Los supuestos de *bifurcación* más comunes son la división entre cuestiones de competencia y fondo, o entre el fondo y el *quantum* (valor) de los daños. Con bastante frecuencia los tribunales dividen el arbitraje en tres partes: jurisdicción, responsabilidad y *quantum* (valor) (*trifurcación*). Pero, los tribunales también pueden decidir en una fase bifurcada que ciertas cuestiones de hecho o de derecho sean tratadas preliminarmente. Los ejemplos de las cuestiones que pueden ser tratadas separadamente incluyen:

- Ley aplicable.
- Jurisdicción.
- Prescripción.
- Atribución de actos ilícitos al Estado.
- Responsabilidad.

- Distintas demandas de responsabilidad.
- *Quantum* (valor).
- Cuestiones específicas de hecho, de derecho o de *quantum*.
- Toda cuestión de hecho que deba decidirse como materia preliminar a fin de reducir el alcance de la disputa.

En ciertas circunstancias, el tribunal arbitral puede decidir que se presente la evidencia del demandante, en cuanto a los daños que ha sufrido antes de discutir sobre la responsabilidad, a fin de determinar si el daño existe, efectivamente. Esto se llama «bifurcación inversa» que también puede existir cuando se decidan otras cuestiones, como por ejemplo, jurisdicción, méritos y *quantum* (valor).

3. Reglamentos de arbitraje que prevén la bifurcación del proceso

Con excepción del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas («ICDR») que contiene una disposición expresa en materia de «bifurcación» (el art. 16), los reglamentos de la mayoría de las instituciones de arbitraje internacional guardan un silencio completo respecto de la «bifurcación del proceso». Sin embargo, los tribunales arbitrales tienen el poder suficiente para adoptar un enfoque procesal flexible y pueden decidir bifurcar el proceso cuando ello sea apropiado, a fin de asegurar que el proceso sea conducido con eficacia; siempre y cuando, se garantice que cada parte tenga suficiente oportunidad de presentar su caso, reciba igual trato y pueda ejercer su derecho de ser oída (por ejemplo: art. 22 pár. 2 y 4 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»); art. 14, pár. 1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»); art. 15 pár. 1 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional; art. 38 del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual («OMPI»); art. 17, pár. 1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil («Cnudmi»); art. 186, pár. 3 de la Ley del Derecho Internacional Privado de Suiza («LDIP»); arts. 33 y 47 de la ley inglesa de arbitraje; y art. 25, pár. 2 de la ley española de arbitraje).

4. Ventajas

Eficacia.- La opinión generalmente aceptada es que la «bifurcación del proceso» promueve la eficacia del proceso arbitral. Ello es así, en especial respecto de litigios arbitrales grandes y complejos. La «bifurcación del proceso» aumenta la eficacia procesal de varias maneras:

- Reduciendo la duración del proceso.
- Reduciendo los costos de las partes.
- Disminuyendo el alcance de la disputa.
- Permitiendo que las partes y el tribunal arbitral concentren su enfoque sobre las cuestiones importantes.
- Permitiendo la concreción de un acuerdo o transacción en el transcurso del proceso (en especial, luego de una sentencia parcial sobre responsabilidad o, una vez resueltas otras cuestiones importantes).

Además, la «bifurcación del proceso» también puede tener ventajas estratégicas y psicológicas, particularmente, para la parte que gana la primera fase de la cuestión bifurcada.

5. Problemas y desventajas

Aunque se admite generalmente que la «bifurcación del proceso» promueve frecuentemente su eficacia, éste no es siempre el caso. No obstante, cuando la decisión en una fase no resuelva todas las cuestiones de dicha fase, la *bifurcación* procesal puede resultar en:

- Procesos más largos.
- Costos adicionales.
- Dificultad en identificar y aislar cuestiones distintas en una etapa temprana del proceso.
- El riesgo de tener que luchar en dos frentes. Por ejemplo, cuando una de las partes conteste la validez del laudo parcial ante las cortes competentes del asiento del arbitraje, mientras el proceso arbitral continúa con la siguiente fase.

Un análisis de los pocos estudios empíricos disponibles en la materia sugiere que la *bifurcación del proceso* conlleva procesos más largos. La gran mayoría de los laudos de arbitraje internacional no son públicos y la mayoría de las instituciones de arbitraje internacional no mantiene estadísticas sobre el uso de la *bifurcación*

en sus procesos. La única fuente disponible proviene del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), debido a su práctica de publicar los laudos emitidos bajo su jurisdicción. Un informe del año 2011 indica que de los 174 casos resueltos por Icsid, 45 fueron bifurcados, 129 no fueron bifurcados, y los casos bifurcados duraron, aproximadamente, 6.96 meses más (o sea, 0.58 años).

6. Consideraciones a tomar en cuenta en caso de bifurcación del proceso

La decisión de ordenar o no la *bifurcación del proceso*, depende de los hechos de cada caso y de la información que el tribunal disponga. A continuación, damos una lista de las consideraciones a evaluar, a fin de decidir si es conveniente bifurcar o no:

- La cantidad y clase de la prueba.
- Si la prueba usada en la primera fase subsiste en la segunda, o si ambas se excluyen mutuamente.
- Si la prueba necesaria para la fase siguiente de la audiencia es perjudicial o inflamatoria.
- Si la prueba necesaria para la fase siguiente de la audiencia es sensible o si existe una razón estratégica para no revelar cierta evidencia clave hasta una fase ulterior.
- Si con la *bifurcación del proceso* se pueden reducir los costos o si, debido a que existen múltiples fases, éstos se aumentan.
- Si la segunda fase del arbitraje es voluminosa.
- El efecto que la *bifurcación del proceso* tendrá sobre la fase del descubrimiento (si está permitida).
- Si la *bifurcación del proceso* presenta un perjuicio o una ventaja injusta para una parte.
- Si la *bifurcación del proceso* es más conveniente para los testigos, las partes o el tribunal.
- Si la *bifurcación del proceso* permite acelerar el proceso y a reducir los costos.

(Autora: Vanessa Alarcón Duvanel. Abogada. White & Case S.A. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GREENWOOD, Lucy. «Does Bifurcation Really Promote Efficiency?». *Journal of International Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2011, vol. 28, issue n.º 2, pp. 105-111. BEERBOWER, John. «International Arbitration: Can We Realise the Potential?». *Arbitration International*. La Haya: Kluwer Law International, 2011, vol. 27, issue n.º 1, pp. 75-90. TALLERICO, Thomas J., J. ADAM BEHRENDT. «The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings». *Journal of International Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, vol. 20, issue n.º 3, pp. 295-305.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Reglamento de Arbitraje del *International Centre of Dispute Resolution of the American Arbitration Association* (AAA/ICDR). Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012. Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres de 1998 (LCIA). Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de 2012. Reglamento de Arbitraje de la OMPI de 2002. Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 2010. Ley suiza de Derecho Privado Internacional (LDIP) de 1992. Ley inglesa de Arbitraje de 1996. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo parcial. Audiencia preliminar. Procedimiento arbitral (normas sobre).

BUENA FE (EN EL ARBITRAJE)

1. Introducción

Se ha indicado que «la buena fe es el alma de los contratos» (GARCÍA GOYENA) y un «puente de conexión entre el Derecho y las convicciones generales» (NARANJO DE LA CRUZ). La comprensión de la actual función de la buena fe, en particular, en el comercio internacional, requiere realizar una breve presentación de su génesis histórica, que se sitúa —como es sabido— en la noción de *bona fides* del Derecho romano (CASTRESENA). Más concretamente, en los siglos III y II a. de C.; y, en particular, en la labor desarrollada por el *praetor peregrinus* (creado en el año 242 a. de C.), autoridad que se ocupó de dar respuesta a las relaciones que mantenían los ciudadanos romanos (a los que se aplicaba el *ius civile* o Derecho romano) con los extranjeros (a los que no se aplicaba el referido ordenamiento, sino el *ius gentium*), como consecuencia de la expansión de las relaciones comerciales del Imperio durante el referido período (CAMACHO EVANGELISTA).

Si bien la buena fe se introduce en el Derecho romano, en primer lugar, en el ámbito del proceso, articulándose una específica modalidad de acción (*actio fiduciae*), precursora de los procedimientos de buena fe (*bonae fidei iudicia*), dicha acción es consecuencia del desarrollo (y extensión a las relaciones internacionales) de la tradicional noción romana de *fides* en el campo de los negocios, que presidía el ámbito de los contratos cuando se realizaban entre vecinos o amigos. La internacionalización de las relaciones comerciales supuso

también la de la noción de confianza, esto es, los pactos entre romanos y peregrinos no eran simplemente obligatorios (de forma que las partes se comprometían a cumplir lo pactado), sino que se obligaban también a lo que era razonablemente exigible, de conformidad con las normas del tráfico. El concepto de *fides* alcanzó un sentido objetivo en el momento en el que se generalizó, estableciéndose una relación entre la *fides* y el *bonus vir* (hombre bueno), de tal forma que la *bona fides* es, desde el punto de vista de la autoridad judicial, el comportamiento que generalmente se espera de un hombre normal en un caso concreto.

A partir del momento en que Roma entra en contacto con todos los pueblos del mundo a través del comercio, el *ius gentium* se convierte en un Derecho común, equivalente al *ius aequum* y contrapuesto al *ius strictum* o Derecho solemne. La doctrina ha puesto de relieve que, si bien suele establecerse una dicotomía entre los ordenamientos en los que existe la noción de buena fe, heredada de la tradición romanista, y los sistemas jurídicos del *common law*, en los que esta idea no es conocida, esta clasificación es reductiva (VAN DER MENSBRUGHE). En todo caso, cada ordenamiento ha recogido el principio de buena fe de forma distinta en el ámbito de los contratos, de conformidad con las características de su sistema económico y social.

2. Buena fe y Derecho transnacional

Se observa con carácter general esta exigencia de buena fe en el ámbito contractual en la nueva *lex mercatoria* (en particular, de origen académico) pudiendo citar, entre otros textos pertenecientes a este nuevo Derecho del comercio de origen transnacional, los Principios Unidroit para los contratos internacionales, en su versión de 1994 y en su actual redacción de 2004. En concreto, el art. 1.7 dispone que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (pár. 1); que hay que poner en relación con el art. 2.1.15. Si bien la primera de las disposiciones citadas se refiere al deber de buena fe, la doctrina considera de forma mayoritaria que constituye en el momento presente un «fondo común» aceptado en el comercio internacional, que rige la formación, la validez, la interpretación, el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos, tanto en el ámbito de los sistemas de *civil law* como de *common law*. Y, por tal motivo, ha de considerarse no sólo un concreto deber, ni una cláusula general, sino un principio general, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a su función en el ordenamiento transnacional del comercio internacional. Los —más modernos— Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PDEC) recogen también este deber general de actuar de buena fe (art. 1.201). Además, el deber de comportarse de buena fe es una norma imperativa en los PDEC (art. 1.201, pár. 2).

Como principio general, la buena fe es fuente de obligaciones (función normativa) y actúa de forma más creativa en la medida en que el ordenamiento no cuente con otros principios expresamente reconocidos. También cumple una función flexibilizadora cuando las relaciones entre las partes están hiperdetalladas, lo que puede suceder en el caso de los contratos complejos, en los que las asociaciones profesionales o los actores que intervienen en estas relaciones, fijan su contenido de forma exhaustiva (por ejemplo, contratos de transferencia de tecnología, operaciones de construcción de plantas «llave en mano», operaciones de *joint venture*, etc.).

De otra parte, el principio general de buena fe desempeña una importante función en la interpretación del contrato internacional, esto es, con la posibilidad de que la autoridad judicial o arbitral precise, concrete o aclare el sentido de los concretos términos empleados por las partes en el clausulado del negocio, dado que puede tratarse de una disposición cuyo sentido requiere ser precisado o hay que determinar su alcance en relación con otras cláusulas del contrato. No obstante, llegado el caso, no siempre es sencillo diferenciar entre la función interpretativa e integradora de la buena fe, dado que todo proceso de interpretación supone o conlleva indicar en el contrato algún aspecto que, al no estar manifestado de forma nítida, es necesario perfilar, y en este sentido, cabe decir que conlleva también su integración. Así, en puridad de sentido, la interpretación ha de realizarse con respecto a los concretos términos o aspectos del contrato, tanto de lo que indica expresamente como de lo que indica de forma implícita. La integración, sin embargo, exige un proceso de deducción de la voluntad de las partes, que no se recogió de forma expresa en el referido documento, pero que puede inferirse de los demás elementos que rodean la vida del contrato, así como del tráfico mercantil en el concreto sector considerado (y de la buena fe), del que derivan determinados efectos para el contrato.

No obstante, dichas tres funciones están muy relacionadas, hasta el punto de que no cabe apreciar diferencia entre ellas en determinados casos, en particular, cuando del principio de la buena fe se derivan un conjunto de deberes (función normativa o integradora), que marcan —además— la interpretación del contrato en este sentido. De otro lado, en la medida en que en el concreto ordenamiento que resulte de aplicación al contrato o en el propio texto del negocio se recojan las obligaciones que han de cumplir las partes, restará ámbito de operatividad a la citada función normativa del principio de buena fe, pero adquirirá más importancia su dimensión interpretativa,

no sólo en el caso de cláusulas oscuras, sino también cuando se trata de dotar de un contenido más específico a los citados deberes.

La función normativa, así como interpretativa del principio general de la buena fe, tiene gran importancia en la fase de negociación del contrato internacional, con especial trascendencia, en particular, si tiene lugar la ruptura de las negociaciones. La práctica arbitral, así como las decisiones judiciales de los distintos países, ponen de relieve la importante función que cumple el citado principio general en orden a la preparación del contrato, esto es, de cara a su negociación. En este sentido, las negociaciones realizadas de mala fe (en sentido subjetivo) tienen como consecuencia, en caso de ruptura, la reparación del daño a la parte a la que le ha causado un perjuicio, con independencia de lo que indique un concreto sistema jurídico.

Por tal motivo, carece de sentido identificar el ordenamiento de conformidad con el que hay que valorar el comportamiento de las partes en la fase de preparación de la operación, que debe enjuiciarse, en todo caso, de conformidad con el principio general de buena fe en su sentido objetivo y también subjetivo, que excluye que una de ellas deje de tomar en cuenta la posición e interés de la otra (circunstancias concurrentes, información intercambiada, etc.) para actuar por su propia cuenta. La buena fe también encuentra una importante aplicación en el cumplimiento del contrato internacional, en particular, cuando han cambiado las circunstancias de forma extraordinaria e imprevisible, y su prosecución se hace, bien imposible, bien mucho más gravosa para el deudor.

Por último, cabe decir que el principio de la buena fe se recoge en el momento actual en la mayoría de los ordenamientos del mundo, así como en las normas de origen convencional y en la *lex mercatoria*.

Consiste en observar las normas de conducta colectiva que han de ser tomadas en cuenta por toda conciencia sana y honrada (LASARTE), de un lado; y de otro, en ponerse en la posición de la otra parte del contrato y despliega en el actual Derecho del comercio internacional una triple función: normativa, interpretativa e integradora de la voluntad de las partes en el contrato. También cabe destacar una cuarta función, limitativa, en la medida en que puede actuar para impedir la aplicación estricta del clásico principio *pacta sunt servanda*, cuando las circunstancias concurrentes hayan cambiado o alterado de forma importante la causa concreta del negocio, como puede ponerse de relieve en las situaciones que permiten el recurso a la técnica de la adaptación (ESTEBAN DE LA ROSA).

(Autora: Gloria Esteban de la Rosa. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAMACHO EVANGELISTA. *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*. Granada: Universidad de Granada, 1962. CASTRESENA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. «La adaptación de los contratos en el comercio internacional». *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2007, pp. 71-93. HARTKAMP. «The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, n.º 1-2, pp. 65 y ss. LASARTE. «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación». *Revista de Derecho Privado*, 1980. NARANJO DE LA CRUZ. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: BOE, 2000. SCHERMAIER. «Bona fides in Roman Contract Law». En ZIMMERNANN, R. y S. LWHITTAKER (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. VAN DER MENSBRUGGHE. «Migrations juridiques de la *bonne foi*». *Revue de Droit international et Droit comparé*, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Abuso de derecho. *Arbitrium Boni Viri*. *Code of Ethics*. Confluencia de tradiciones jurídicas. Derecho aplicable al arbitraje. *Lex mercatoria*. Mala fe. Orden público. *Pacta sunt servanda*. Principios generales del Derecho. Principios del Derecho internacional. Principios Unidroit sobre los contratos internacionales. *Rebus sic stantibus*. Unidroit. Usos y costumbres mercantiles.

C

CAREO DE PERITOS (O DE TESTIGOS)

El careo de peritos es una forma relativamente novedosa de enfrentar dos o más peritos que han presentado informes periciales sobre los mismos temas. Es un proceso cuya principal ventaja es una mayor eficiencia en la administración de la prueba pericial al ofrecer la posibilidad a un perito de corregir o matizar la respuesta de su contrincante en el acto. Con ello, en el seno de la audiencia se pasa de un formato en el que el enfrentamiento se produce entre el perito y el abogado (que, necesariamente, va a tener conocimientos técnicos inferiores a los del perito), a uno en el que el enfrentamiento es entre peritos. Se evita así el esquema tradicional en el que los peritos son contrainterrogados individualmente por los abogados de parte y, posiblemente, por los árbitros.

Su principal propulsor ha sido el Dr. Wolfgang PETER, abogado y árbitro suizo, aunque en los artículos en los que presenta dicha técnica se propugna la conveniencia de incluir en un mismo careo los testigos fácticos y los peritos, cuando ello sea posible y razonable (no sería razonable, por ejemplo, cuando más de doce o quince testigos vayan a estar presentes), para así obtener la máxima eficiencia y evitar que los peritos se puedan remitir a un desarrollo posterior de un tema por otro testigo en su respuesta a una pregunta. Ello tiene sentido, sobre todo (aunque no exclusivamente), en un arbitraje que trate temas de un alto grado técnico (como puede ser una controversia relativa a una construcción), donde el testimonio de los peritos y el de los testigos está fuertemente interrelacionado. La fase del testimonio oral se caracterizaría así por un enfrentamiento simultáneo de equipos. El Dr. PETER relata que, en su experiencia, es mucho más frecuente el acuerdo entre partes, una vez finalizado el careo, dado que los puntos fuertes y los puntos débiles de cada parte salen a la luz de forma mucho más clara.

La técnica es muy flexible y puede combinarse con la técnica del contrainterrogatorio por los abogados de parte. No se puede decir que exista una determinada forma de proceder en el careo de testigos, sino que existen múltiples posibilidades. Así, por ejemplo, los árbitros pueden permitir a los abogados de parte que contrainterroguen individualmente a los peritos en un primer momento, para luego reunir a los peritos con el fin de aclarar sus dudas en un careo en el que se permita a cada perito que corrija la respuesta de su contrincante. También se puede optar por un careo de peritos en el que se lleve a cabo un contrainterrogatorio por cada abogado de parte del perito presentado por el litigante contrario, brindándose después de cada respuesta la oportunidad de corrección al perito por él presentado; pudiendo luego continuar con una sesión de preguntas del tribunal. Un tercer ejemplo podría consistir en un careo en el que el tribunal tome la iniciativa en la interrogación de los peritos, pudiendo los abogados intervenir durante o al finalizarse las preguntas interpuestas por el tribunal.

El art. 8.3(f) de la Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, recientemente enmendadas (en mayo del 2010), incluye —siendo esto una novedad— el careo de peritos como esquema probatorio. Después de trazar el esquema tradicional del interrogatorio individual y sucesivo de los testigos y peritos (art. 8.3(a-e)) el art. 8.3(f) expone como sigue:

El Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de una Parte, podrá variar este orden de procedimiento, incluyendo la organización de interrogatorios sobre asuntos específicos o de modo tal que los testigos [nota: incluyéndose a los peritos en este término] sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos).

El careo de peritos requiere una preparación más extensa por parte de los árbitros, dado que deben poder dirigir la discusión durante el careo hacia los temas con más pertinencia. Para asegurar la preparación de los árbitros, será un requisito que los peritos hayan presentado sus informes periciales. En un careo ideal, los árbitros mantendrán una discusión con los peritos en torno a los temas que consideren de mayor importancia. Sin una preparación adecuada por parte de los árbitros, el careo de testigos puede resultar en una pérdida de tiempo y dinero.

(Autores: Domitille Baizeau. Socia, LALIVE. Ginebra.
Jaime Gallego. Asociado Senior, LALIVE. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PETER, W. «Witness Conferencing Revisited». *Arbitration Procedure at the Dawn of the New Millennium. Reports of the International Colloquium of Ceperni*. Bélgica: Bruylant, 15 October 2004 (2005). PETER, W. «Witness “Conferencing”». *Arbitration International*. La Haya: Kluwer Law International, 2002, vol. 18, issue n.º 1, pp. 47-58. HWANG, M. *2008 Guide to the World's Leading Experts in Commercial Arbitration*. Legal Media Group, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Audiencias. Prueba. Prueba pericial.

CAREO DE TESTIGOS (VER «CAREO DE PERITOS»)

CARGAS PROCESALES (EN EL ARBITRAJE)

Es evidente que la relación jurídica sometida a arbitraje puede desenvolverse sin litigio alguno; tal es, por regla general, la intención de las partes. Igualmente, surgido el litigio, la vinculación *ex compromisso* subsiste enteramente al margen, y sigue proyectándose hacia el futuro en relación con los nuevos litigios que puedan surgir.

Realidad netamente distinta es la que se genera con la incoación de un concreto procedimiento arbitral: una genuina situación jurídica, en la terminología original de GOLDSCHMIDT, marcada por el dinamismo que imprime en ella la pugna por un laudo favorable. Ello es así porque la incoación del arbitraje –el propio acto de demandar– supone el ejercicio del derecho subjetivo a obtener una resolución que ponga fin al fondo del litigio: el llamado derecho a la jurisdicción. Es el derecho a la jurisdicción –y no el convenio arbitral–, el que, ejercitándose en el arbitraje, engendra todo lo que de procesal hay en éste.

No en vano es la *notitia litis* –la recepción del requerimiento de someter la controversia a arbitraje– el momento al que gran parte de la legislación comparada contemporánea refiere el comienzo del arbitraje; así la Ley Modelo Uncitral (art. 21), la Ley española de Arbitraje (art. 27) o la ZPO alemana (§ 1044). Es a este momento al que se anudan todos los efectos auténticamente procesales: la pendencia del arbitraje; la delimitación de las partes; el *dies a quo*, en su caso, del plazo para laudar. Ese momento señala jurídicamente un antes (*ante litem natam*) y un después (*post litem natam*). En suma: la demanda, lo mismo para el proceso judicial que para el arbitral, es el único origen de todo fenómeno jurídico-procesal: también del arbitraje. En palabras de la exposición de motivos de la Ley española de Arbitraje (ap. vi), «quien inicia el arbitraje formula, en todo caso, una pretensión frente a la parte o partes contrarias, y se convierte, por tanto, en actor».

Convertidos, pues, los compromitentes en actor y demandado, inmersos así ambos en la situación jurídica que genera toda acción, no importan ya tanto los efectos jurídico-materiales del convenio, cuanto las facultades y cargas de índole procesal, dinámica, de que disponen en su lucha por prevalecer en la discusión objeto del arbitraje.

(Nótese, a este respecto, que sólo hay cargas procesales en relación con un concreto proceso. Fuera de él, no son siquiera concebibles. Sin proceso incoado, sin juez y sin partes procesales, sin relación jurídica procesal, en suma, sencillamente no hay facultad o carga alguna procesal).

¿Cuáles son estas facultades y cargas procesales que las partes poseen en el procedimiento arbitral? La primera de ellas, la de *designar a los árbitros* cuando proceda. No es ésta una obligación que surja del convenio arbitral; y, por tanto, de carácter material. En efecto: la falta de acuerdo sobre el nombramiento del árbitro se suple por su nombramiento judicial a instancia de cualquiera de las partes (arts. 11 de la Ley Modelo Uncitral, 15 de la Ley española, 1452 y ss. del *Code de Procédure Civile*, 179 de la ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, 17 y ss. de la *Arbitration Act*, § 1035 de la ZPO). El actor puede, en consecuencia, seguir el arbitraje en todos sus trámites, hasta la obtención de un laudo, sin el concurso del demandado. Ello significa que, en el momento de nombrar a los árbitros, nos hallamos ya inmersos en el universo propiamente procesal, cuyo centro de gravedad es, como decimos, la pugna por el laudo favorable.

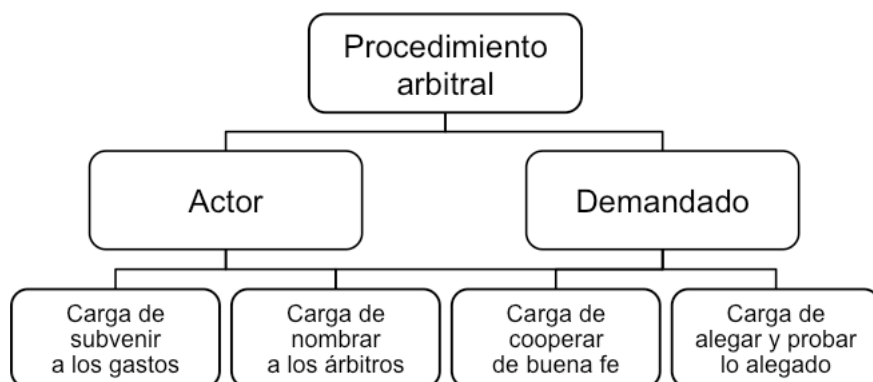
Otra carga procesal es la de *subvenir económicamente al arbitraje*, esto es, concurrir al pago de los gastos que se vayan devengando. También constituye ésta una obligación material, pero ello no desde la perspectiva *intraprocesal* del propio arbitraje, sino en el marco del *receptum arbitri* –el contrato de mandato entre las partes y los árbitros– o del contrato con la institución administradora del arbitraje.

También es carga procesal la de *cooperar de buena fe* en el procedimiento arbitral: conducirse en él con veracidad, probidad y lealtad. Esa conducta que se espera de las partes en todo arbitraje no constituye una obligación hacia la otra parte o los árbitros, sino un *imperativo del propio interés*, según la definición clásica

del concepto de carga. Su inobservancia puede, en efecto, llegar a ocasionar la pérdida del pleito, por extraer los árbitros *adverse inferences* del comportamiento malicioso de cualquiera de las partes.

Rigen plenamente, en fin, en el proceso arbitral las cargas generales de todo proceso, como las de *alegación y prueba* de lo alegado.

El siguiente esquema resume gráficamente las anteriores reflexiones.



Esquema.- Cargas procesales en el arbitraje.

*(Autor: Marco de Benito Llopis-Llombart.
Profesor de IE University, Madrid).*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE BENITO, M. «El arbitraje y la acción». En COLLANTES, J.L. y A.C. CREMADES, (dirs.), DE BENITO, M. (coord.). *Arbitraje internacional en Europa*. Lima: IE Law School/Estudio Mario Castillo Freyre, 2013, pp. 61 y ss., reproducido en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, n.º 7, 2/2014, pp. 409-420. DE LA OLIVA, A. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*. Barcelona: Bosch, 1980. GOLDSCHMIDT, J. «Teoría general del proceso». En *Derecho, Derecho penal y proceso*, vol. 1. *Problemas fundamentales del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 814 y ss. MUNNÉ, F. «Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje». En *AJA*, n.º 5, 2004, pp. 107 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones. Buena fe (en el arbitraje). Comienzo del arbitraje. Demanda arbitral. Designación de los árbitros. Inactividad de las partes. Procedimiento arbitral. Rebeldía.

CAUCIÓN

1. Concepto

Por caución debe entenderse garantía patrimonial. Garantía de una solvencia futura. Esta última se puede precisar, entre otras cosas, para responder de los eventuales perjuicios causados a terceros como consecuencia de una actividad o de una medida que favorece los intereses de una determinada persona, física o jurídica.

Como es de ver, se trata de un concepto más amplio que el de simple «fianza» (entendida en el sentido preciso que le reconoce el Código Civil en España, en sus arts. 1822 y ss.). No obstante, la fuerza de la costumbre ha hecho que este último término se emplee habitualmente como sinónimo de «caución».

En tanto que garantía patrimonial, la caución puede consistir en cualquier medio que asegure, en un futuro, la disposición de una suma de dinero con la que se pueda responder frente a terceros de los perjuicios que se les irrogue.

2. El término «caución» en la Ley de Arbitraje

El término «caución» sólo aparece en una ocasión en el texto de la vigente Ley de Arbitraje (en lo sucesivo, «LA»). Concretamente, se localiza en la parte final del apartado 1 del art. 23, el cual, a su vez, se ubica en el Título IV relativo a la competencia de los árbitros.

El referido precepto se intitula «Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares». Y dice así: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante».

Así, pues, la caución en el plano del arbitraje sólo aparece en sede de medidas cautelares.

3. Medidas cautelares y arbitraje

El transcrito art. 23.1 LA no define en modo alguno qué son las medidas cautelares. Tal omisión quizás se deba a que el legislador haya considerado que se trata de un concepto sobradamente asentado entre los operadores jurídicos. Sin embargo, no está de más efectuar una fugaz mención al significado de esta relevante institución procesal. En expresión propia del art. 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo que sigue, «LEC»), las medidas cautelares persiguen asegurar la efectividad de la tutela judicial, que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, frente a las consecuencias de ordinario perjudiciales del devenir —a veces excesivamente dilatado en el tiempo— de los procedimientos.

Tampoco hace la Ley de Arbitraje alusión a los elementos propios de las medidas cautelares, cuya concurrencia resulta indispensable para la adopción de estas últimas. Me refiero a la apariencia de buen derecho y al peligro de la mora procesal.

En cambio, como se ha visto, el art. 23.1 LA sí contiene una mención expresa a la caución. De ésta únicamente se dice que el árbitro podrá exigirla en cantidad suficiente a quien interesa la adopción de la medida cautelar. Sin embargo, la redacción legal resulta parca en exceso. De tal forma que la determinación del régimen jurídico relativo a la caución en sede arbitral queda completamente abierta.

A mi modo de ver, dicha sobriedad se comprende cabalmente en la medida en que uno de los principios inspiradores de la LA es la flexibilidad. Se cede la iniciativa regulatoria del procedimiento, en primer lugar, a las partes. Y, en su defecto, queda en manos de los árbitros establecer la mejor forma de proceder. Esto da pie a concluir que también en materia de justicia cautelar, y más concretamente en lo que hace a la caución, se concede un amplio poder de configuración procedimental a las partes, principalmente, y a los árbitros, en segundo término.

En este sentido, no puede dejar de mencionarse que algún sector de la doctrina pretende colmar la falta de detalle regulatorio de la LA, efectuando una remisión en bloque a los preceptos de la LEC que disciplinan las medidas cautelares. Pese a que, de primeras, puede antojarse una solución laudable, no me parece posible establecer regímenes supletorios donde el legislador no los ha contemplado. En este sentido, no se puede perder de vista que la LA realiza unas pocas remisiones expresas a la LEC, y ninguna de ellas atañe a la disciplina del procedimiento cautelar. Por su parte, la LEC no se reconoce como norma supletoria con respecto a la LA (en el tenor literal del art. 4 LEC no se menciona para nada la Ley de Arbitraje).

4. Algunas consideraciones generales sobre el concepto «caución» desde la perspectiva de la justicia cautelar

Como ya he avanzado, la caución es una garantía patrimonial de la solvencia futura del demandante, quien, eventualmente, puede tener que responder de los daños y perjuicios que se le puedan irrogar al demandado con ocasión de la medida cautelar (si se desestima la demanda, claro está, y se revela el carácter infundado de la disposición precautoria). Tal función de aseguramiento de una disponibilidad económica futura del demandante constituye la finalidad propia y principal de esta institución.

Lo anterior no quita que la caución presente a la par otras finalidades, de carácter secundario. Piénsese, en primer lugar, en la enorme utilidad que presta como instrumento de lucha frente al abuso en el empleo de la tutela cautelar. El tener que prestar una garantía patrimonial contribuye a desactivar solicitudes de tutela cautelar infundadas, temerarias o, incluso, inspiradas por el propósito torcido de perjudicar al demandado.

Repárese, en segundo lugar, que con la caución se evita tener que establecer filtros —a la postre discriminatorios— para el acceso a las medidas cautelares. En suma, se consigue de una sola vez reducir eficazmente el uso abusivo de los instrumentos precautorios, sin tener que articular un enojoso y perturbador sistema de filtros para acceder a aquéllas.

5. Régimen jurídico de la caución en el marco de las medidas cautelares adoptadas en sede arbitral

5.1. Amplio margen de discrecionalidad para la configuración del procedimiento relativo a la caución

Ya se ha señalado anteriormente que el legislador de la LA contempló un régimen legal «de mínimos» en lo que hace a la regulación de la caución. Ese mínimo regulatorio indispensable alcanza a los siguientes tres extremos: (a) la decisión acerca de la exigencia de caución compete de forma exclusiva a los árbitros; (b) se concede a éstos un amplio margen de discrecionalidad —que no de arbitrariedad—; y (c) la caución, en caso de requerirse, debe ser «suficiente».

Más allá de esta reducida disposición legal, de innegable carácter imperativo, queda en manos de las partes acordar la forma de proceder en relación con la caución (fijación, prestación, alteración, etc.) —en aplicación de lo dispuesto en el art. 25.1 LA. La única restricción que se contempla a la autonomía de la voluntad de las partes, es el respeto de los principios recogidos en el art. 24 LA.

Cabe, por supuesto, que los litigantes acuerden someterse a las disposiciones contenidas en los reglamentos de las instituciones arbitrales que administren ese concreto arbitraje. Yendo aún más lejos, se antoja admisible que las partes acuerden una remisión en bloque a los preceptos de la LEC que disciplinan la caución en sede de medidas cautelares.

En el supuesto de que las partes no hayan efectuado previsión alguna sobre el particular, pueden los árbitros, en segundo término, llevar a cabo una saludable aplicación analógica de las reglas de la LEC, relativas a la caución (25.2 LA).

5.2. Requerimiento de prestación de caución: ¿iniciativa arbitral o de parte?

La LA establece como norma indisponible, que serán los árbitros los que decidirán acerca de la procedencia de exigir caución. Ahora bien, lo que no establece el texto legal, es a quién puede corresponder la iniciativa para poner en marcha un proceso de decisión sobre el requerimiento de garantías de solvencia. Por la doctrina científica se estima admisible, en primer lugar, que sea el propio solicitante de las medidas cautelares, quien se adelante a ofrecer caución. Tampoco cabe desdeñar que sea el demandado quien interese un pronunciamiento de los árbitros en este sentido. El antiformalismo que preside el arbitraje propicia esta segunda posibilidad. Por último, la iniciativa puede corresponder al propio estamento arbitral que, de oficio, considere aconsejable exigir caución al demandante.

5.3. Procedencia de un trámite de audiencia de carácter contradictorio, previo a la decisión de los árbitros sobre la procedencia de exigir caución

Sea cual fuere la fuente de la que emane la disciplina del procedimiento cautelar —en el seno de un arbitraje—, la doctrina científica coincide en señalar la necesidad de que se articule un trámite de audiencia de las partes, de carácter contradictorio, que preceda a la decisión de los árbitros. Y ello, aun cuando fuesen estos últimos los únicos que se percataran de la conveniencia de requerir la prestación de caución. Que los árbitros dispongan del mayor volumen de información posible sobre los eventuales riesgos de insolvencia del demandante o de perjuicio para el demandado, como consecuencia de la concesión de la medida cautelar, sólo repercutirá en bien de la decisión final que se adopte al respecto. Añádase, únicamente, que en este trámite dialéctico podría encontrar perfecto acomodo la práctica de pruebas dirigida al efectivo fundamento de las alegaciones.

5.4. Momento y forma de resolver los árbitros sobre la prestación de caución

Dentro del generoso margen de disposición que se reconoce a las partes y del poder de configuración del procedimiento que se concede a los árbitros, sólo cabe aventurar algunas pautas acerca de la mejor manera para encauzar esta cuestión.

En cuanto al momento en que deban pronunciarse los árbitros sobre la caución, parece que la solución más apropiada pasa por incluir dicho pronunciamiento en la decisión relativa a la adopción de la medida cautelar. En aquellos casos en que este último pronunciamiento carezca de mención alguna respecto de la caución –frente a lo que puede reaccionar el demandado instando a los árbitros la exigencia de la misma–, no quedará más remedio que alumbrar una resolución que contemple exclusivamente la garantía patrimonial.

Aunque la cuestión de la forma de dichas decisiones parece dejarse, por supuesto, a lo que decidan las partes; y, en su defecto, al parecer de los árbitros, la Exposición de Motivos de la LA, alienta que aquéllas se encaucen a través de un laudo parcial.

5.5. *Discrecionalidad del árbitro en cuanto a la decisión de requerir caución*

No me detendré excesivamente en algo que me parece exento de discusión. Ahora bien, considero que tal discrecionalidad no puede entenderse como arbitrariedad. El pronunciamiento, favorable o desfavorable, debe resultar del empleo de la recta razón. Y la forma de exteriorizar tal justificación argumental es la motivación de la decisión. En este sentido entiendo que resulta inexcusable que el laudo observe las exigencias formales contempladas en el art. 37 LA. Y entre ellas se cuenta la motivación. Sin perjuicio, no obstante, de que las partes puedan pactar lo contrario, en cuyo caso el pronunciamiento de los árbitros deberá sujetarse de igual forma a los dictados de la razón. Cuestión distinta resulta que esa exclusión de la motivación, por decisión de las propias partes, impida acceder a la evaluación del carácter racional del pronunciamiento.

5.6. *Elementos a considerar para concluir en la exigencia de que se preste caución*

Sencillamente, la concurrencia del riesgo concreto y objetivado de que (a) el demandante –y solicitante– devengue insolvente en un futuro; y (b) el demandado padezca un perjuicio patrimonial de cualquier clase como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar.

5.7. *Criterios para la determinación del quantum: acerca de la «suficiencia» de la caución*

La LA se limita a expresar que la caución que, en su caso, se acuerde, deberá ser «suficiente». Evidentemente, esto es, prácticamente, decir nada. Se trata, sin duda, de uno de los principales escollos que presenta la institución de la caución. Ciertamente, pudiera parecer, *prima facie*, un dato de difícil determinación. Sin embargo, no lo es tanto. A fin de cuentas, lo que hay que probar, es la existencia de un riesgo presente, lo que se evidencia, de ordinario, a través de indicios externos. Mayor complejidad reviste la cuantificación del eventual perjuicio. Sobre información presente deberá trazarse una proyección a futuro. Dado el carácter generalmente técnico de dichos indicadores de riesgo y a la vista de la dificultad que encierra el cálculo del hipotético quebranto, se antoja de todo punto conveniente requerir el concurso de un perito.

5.8. *Disconformidad con la decisión de los árbitros en relación con la caución*

Considero, con la mejor doctrina, que los laudos parciales dictados en relación con las medidas cautelares, no son recurribles ante los órganos jurisdiccionales. Lo más que cabe frente a ellos es promover la acción de anulación con base en alguno de los motivos tasados del art. 41 LA.

5.9. *Forma y plazo para la prestación de la caución*

También a este respecto se debe estar a lo que hayan podido acordar las partes; y, en su defecto, al poder de configuración procedimental de los árbitros. En este último caso, éstos acordarán lo que consideren más apropiado –tanto y en cuanto a la forma que deba revestir la caución, como al plazo para su prestación. Y, según se ha afirmado en otro momento, podrán aplicar análogamente la LEC.

Mayor complejidad presenta la cuestión acerca de las consecuencias del incumplimiento de cuanto hayan establecido los árbitros en relación con la forma de la caución y el plazo para su prestación. En particular, respecto a la cuestión de los tiempos de presentación de la garantía, se ha defendido –estableciendo un claro paralelismo con el art. 136 LEC–, el carácter preclusivo del término establecido por los árbitros. Estimo excesiva la consecuencia aparejada al incumplimiento –muchas veces involuntario– del plazo. Considero, por el contrario, que en la medida en que la efectiva prestación de la caución constituye un presupuesto ineludible para la ejecución de la medida cautelar, la demora en la prestación de la garantía o la ausencia de identidad con la tipología establecida por los árbitros, sólo comportará que la cautela concedida no comience a desple-

gar sus efectos propios como instrumento de aseguramiento de un eventual laudo futuro de signo favorable para el demandante. Desde luego, no es poca cosa visto desde la perspectiva de los intereses del actor.

5.10. *Sobre la concesión de la caución en un momento posterior y en torno a la posibilidad de su modificación*

Dos son las situaciones que, razonablemente, se pueden llegar a plantear. La primera resulta de una necesidad sobrevenida de que se preste caución, a la vista de la aparición de riesgos no previsibles inicialmente (por ejemplo, un repentino e inesperado deterioro de la solvencia del demandante). La segunda obedece a la necesidad de corregir, cuantitativa o cualitativamente, una caución ya prestada (piénsese, por ejemplo, en la detección de nuevos factores de riesgo de perjuicio para el demandado como consecuencia de la medida cautelar ejecutada). En tales casos, lo aconsejable sería dar curso a cualquier petición del demandado, previa observancia de un indispensable trámite de contradicción (y prueba).

5.11. *En caso de que haya lugar a la efectividad de la caución, ¿cómo debe procederse para la liquidación del importe de la indemnización por daños y perjuicios?*

Sin duda, en este punto se plantea un problema de tan hondo calado, que podría llegar a privar de sentido la prestación de caución dentro del procedimiento cautelar que se siga en el marco de un procedimiento arbitral. Me explico. Para que la caución llegue a hacerse efectiva, primero, debe ocurrir que la demanda haya sido desestimada, poniéndose de manifiesto, de este modo, la carencia de fundamento de la propia medida cautelar concedida otrora. Pero, además, deberá determinarse el monto al que asciende la responsabilidad del demandante y, a la par, promotor de la tutela cautelar. El interrogante que a continuación se abre, es el de la competencia de los árbitros para conocerse de esta reclamación por responsabilidad extracontractual (*ex art. 1902 CC*).

Lo más frecuente es que en el convenio arbitral no se contemple la atribución de competencia a los árbitros para dirimir esta controversia derivada. Frente a este óbice se esgrime el argumento de que en la medida en que los árbitros pueden pronunciarse sobre medidas cautelares —sin una expresa atribución competencial en el convenio—, también deberían resultar competentes para ventilar las cuestiones que resulten de las mismas. No obstante, me parece entrever una debilidad seria en el argumento ofrecido. La competencia de los árbitros para conocer de la solicitud de medidas cautelares proviene de la propia LA; y, en particular, de la literalidad del art. 23.1. Pero, nada se dice ahí de que decidirán, también, de cualesquiera otra controversia derivada de las medidas cautelares. Además del que se acaba de apuntar, surge rápidamente otro obstáculo, de no menor envergadura. El pronunciamiento sobre la responsabilidad del promotor de las medidas cautelares se va a producir, por fuerza, con posterioridad a la emisión del laudo —sobre el fondo—.

Para entonces, los árbitros habrán perdido su competencia, a juzgar por el tenor literal del art. 38 LA. Quizás pudiera superarse esta dificultad conviniendo las partes o estableciendo los árbitros que las decisiones que se tomen en ese concreto procedimiento, se vehicularán a través de laudos parciales. Por otra parte, se añade una tercera objeción a la competencia de los árbitros para conocer de la controversia relativa a la responsabilidad extracontractual del demandante, en razón a la medida cautelar ayer solicitada y hoy tenida por infundada. Se trata del —exiguo— plazo legal establecido para la emisión del laudo. Se me antoja harto difícil que las partes se acuerden de contemplar *ex ante* la fijación de un plazo mucho más extenso para la culminación del procedimiento —con laudo, cabe esperar—, que permita disponer de tiempo para que se ventile una cuestión tan delicada como la de la responsabilidad derivada de la medida cautelar adoptada.

Algunos autores no dudan en zanjar la cuestión concluyendo que al demandado en el procedimiento arbitral, al que se le ha irrogado daños como consecuencia de la cautela infundada, le queda expedito el acceso a la justicia estatal para instar la determinación de la responsabilidad del demandante (en el arbitraje) y la fijación de su monto. Con independencia de que se tendría que seguir un proceso declarativo —ordinario o verbal, según corresponda por la cuantía—, y no el incidente regulado en los arts. 712 y ss. LEC, surge un grave inconveniente al que, hasta donde se me alcanza, no ha encontrado una solución satisfactoria: ¿qué ocurrirá, entre tanto, con la caución prestada en sede arbitral?, ¿se le restituye al promotor de la demanda arbitral (con ocasión de la conclusión del procedimiento arbitral) con el evidente riesgo de que esa disponibilidad patrimonial se pierda irremisiblemente?, ¿o será acaso que el demandado tiene que promover un procedimiento cautelar en sede judicial para conseguir con ello «trasladar» la caución al procedimiento jurisdiccional dirigido al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del que entonces instara el arbitraje?

Claro está que la cuestión no es baladí, porque según cuál sea la respuesta que se dé a los interrogantes abiertos, se podría acabar privando de utilidad –indirectamente– a la institución de la caución en sede arbitral.

(Autor: Carlos de Miranda Vázquez.
Universitat Internacional de Catalunya).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, S. «Las medidas cautelares: introducción». En «Las medidas cautelares». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 25-26. BARONA VILAR, S. «Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004, pp. 832-882. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. «Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares». En «Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003». GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.). Navarra: Aranzadi, 2011, 2.ª edición, pp. 358-359. MALLANDRICH MIRET, N. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010. RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*. Barcelona: Atelier, 2006. SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Las medidas cautelares en el proceso civil* con RAMOS MÉNDEZ, F. Barcelona, 1974, pp. 41-45. ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

De conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, el Ciadi proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. El demandante típico suele ser una compañía de actividad transfronteriza y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra los Estados Unidos de América, por ejemplo).

Los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, al ser estos últimos elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del Ciadi: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos de los tribunales arbitrales establecidos en el marco del Ciadi, equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, son de cumplimiento obligatorio, sin apelación y tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el convenio de su constitución.

Anecdóticamente, el primer país condenado de la Unión Europea fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando, posteriormente, el país austral fue el que, cuantitativamente, sufrió el mayor número de reclamaciones ante el Ciadi, instancia ante la cual el inversor perjudicado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares ni sociedades mercantiles, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia.

(Autor: Domingo Bello Janeiro.
Catedrático de la Universidad de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Arbitraje de inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Reglamentos y Reglas del Ciadi.

CLÁUSULA ARBITRAL (VER «CONVENIO ARBITRAL»)

CLÁUSULA ARBITRAL ABUSIVA

1. Concepto general y regulación

Son cláusulas arbitrales abusivas aquellas cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas como condición general en los contratos de adhesión celebrados con consumidores que sean contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (*vid.* cláusula arbitral adhesiva).

En el ámbito europeo, el estudio de las cláusulas abusivas parte de la Directiva n.º 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, que fue aprobada con el fin de garantizar la tutela de los derechos de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que éstos pudieran realizar con empresarios. En palabras de la Comisión, la Directiva supuso un «cambio sustancial en relación con las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros. Además, debido a su carácter «mínimo», permitía a éstos adoptar o mantener disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección». La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se contiene en la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en lo que sigue, LCGC), que remite a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, hoy sustituida por el RD n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («Trlgdcu»), cuando quien se adhiere al contrato con condiciones generales, es un consumidor.

Esta ley define las cláusulas abusivas como las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Asimismo, la norma aporta un listado de cláusulas que han de reputarse siempre abusivas; por ejemplo, aquéllas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, las que graven la posición del consumidor y usuario con garantías desproporcionadas o aquéllas que le impongan indebidamente la carga de la prueba (art. 82, en relación con los arts. 85 a 90 del Trlgdcu). Conforme a la norma, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 87 del Trlgdcu), pudiendo el adherente consumidor impugnar la nulidad de la cláusula en cualquier momento procesal.

2. *El control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas en sede de anulación del laudo arbitral*

Una de las cuestiones más debatidas en relación con el régimen de impugnación de la cláusula arbitral abusiva es la relativa a la posibilidad de que el juez encargado de conocer de una acción de anulación pueda controlar de oficio la cláusula arbitral abusiva en aquellos supuestos en que las partes no hayan alegado tal motivo. A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha resuelto sobre varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva n.º 93/13/CEE.

La primera de las cuestiones prejudiciales, planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona (Asuntos n.ºs C-240/1998, C-241/1998, C-242/1998, C-243/1998, y C-244/1998, acumulados), fue formulada en los siguientes términos: «¿El ámbito de protección al consumidor de la Directiva n.º 93/13/CEE permite al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas, al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los juzgados ordinarios?». El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió en sentido positivo la cuestión en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –Caso Océano Grupo Editorial, S.A. y otros contra Rocío Murciano–, disponiendo, con arreglo a jurisprudencia reiterada (sentencias de 13 de noviembre de 1990 –Marleasing, C-106/89–; de 16 de diciembre de 1993 –Wagner Miret, C-334/92–; y de 14 de julio de 1994 –Faccini Dori, C-91/92–), que debe darse preferencia a la interpretación que le permita al juez negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva. El tribunal subraya, además, a lo largo de la fundamentación, la situación de inferioridad del consumidor respecto al profesional en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que únicamente puede compensarse, a juicio del tribunal, mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato.

En el mismo sentido se manifestó la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de noviembre de 2002 –Caso Cofidis S.A. contra Louis Fredout–, que al decidir una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal d'Instance de Vienne* (Francia), resolvió que la Directiva n.º 93/13/CEE se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor, y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Más recientemente, la sentencia de 26 de octubre de 2006 –Caso *Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.*–, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante auto de 15 de febrero de 2005 en los siguientes términos: «¿puede la protección de los consumidores de la Directiva n.º 93/13/CEE implicar que el tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral, aprecie la nulidad del convenio arbitral y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación, pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral?».

La resolución del Tribunal de Justicia, asumiendo la práctica totalidad de los fundamentos de la primera de las sentencias analizadas, declara que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral, ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral.

3. El control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas en sede de ejecución del laudo arbitral

Cuestión también ampliamente debatida en relación con el control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas, ha sido la posibilidad de que el juez encargado de la ejecución forzosa del laudo arbitral firme, deniegue su despacho cuando verifique que aquél fue dictado con base en una cláusula de tal naturaleza cuando el consumidor no hubiera ejercitado previamente la acción de anulación.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre esta materia, al responder a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao, en los siguientes términos: «Si la protección a los consumidores de la Directiva n.º 93/13 puede implicar que el tribunal que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, aprecie de oficio la nulidad del convenio arbitral; y, en consecuencia, anule el laudo por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor».

La sentencia del Tribunal de Justicia, tomando en consideración su jurisprudencia previa y con fundamento en los principios comunitarios de efectividad y equivalencia, resuelve que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin la comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno.

4. Nuevas tendencias normativas para la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas

4.1. La normativa española de contratación con consumidores y las cláusulas arbitrales

Con el objetivo de restringir el uso de cláusulas arbitrales abusivas en la contratación con consumidores y, con ello, la aparición de las cuestiones problemáticas a las que se ha hecho referencia, se adoptó la Ley n.º 44/2006 de 29 de diciembre de 2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre –asunto C-70/2003–) y, posteriormente, el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En ambas normas, se prohibió la inclusión, al tiempo de celebrarse el contrato, de cláusulas adhesivas de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se tratase de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

En la actualidad, pues, la sumisión a arbitrajes privados en las relaciones con consumidores únicamente puede ya pactarse una vez surgido el conflicto. De esta forma, se pretende erradicar las prácticas abusivas de ciertas instituciones arbitrales, posibilitando al consumidor, según la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la correcta evaluación del alcance de una decisión que, en la mayoría de los casos, se ve obligado a adoptar, elevándose la protección del usuario ante formas arbitrales no siempre lícitas y garantizándose la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente.

4.2. La nueva Directiva Europea sobre los derechos de los consumidores

En el ámbito europeo, ha sido aprobada la Directiva n.º 2011/83/ UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modifica las Directivas n.º 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y n.º 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. La nueva Directiva viene, a su vez, a derogar la Directiva n.º 85/577/CEE, referente a la protección de consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva n.º 97/7/CE, sobre la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia.

El propósito de esta nueva Directiva europea es contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la fijación de unas normas estándares para los aspectos comunes a los diversos tipos de contratos celebrados entre comerciantes y consumidores —a distancia y fuera del establecimiento mercantil— que garantice la protección de los consumidores y la competitividad de las empresas.

En cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas, la Directiva únicamente ha incluido un precepto, el art. 32, que impone a los Estados miembros deberes especiales de información a la Comisión sobre las nuevas disposiciones que puedan adoptar en el marco de sus regímenes de protección al consumidor.

(Autora: Dra. M.^a Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho procesal de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *La ejecución de los laudos arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1996. PICÓ I JUNOY, J. «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales». Madrid: *La Ley*, 2005, n.º 6198. MERINO MERCHÁN, J.F. «Cuestión de prejudicialidad ante el TJCE, por entender que una cláusula arbitral es abusiva para el consumidor». <http://www.injef.com/php/index.php?option=content&task=view&id=962&Itemid=35>. AZPARREN LUCAS, A. «Intervención judicial en el arbitraje. La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral». Madrid: *La Ley*, 2007, n.º 6789. SÁNCHEZ POS, M.^a V. *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*. Pamplona: Aranzadi, 2009. BUSTO LAGO, J.M. «El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución». *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7/2010. BLANCO GARCÍA, A.I. «Cláusulas abusivas en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil en la directiva sobre los derechos de los consumidores». *Revista de Estudios Europeos*, 2012, n.º 59, pp. 9-39.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Cláusula arbitral adhesiva.

CLÁUSULA ARBITRAL ADHESIVA

1. Concepto general y regulación

El arbitraje, en cuanto que institución diferente y alternativa a la jurisdicción, cuenta con un rasgo esencial y característico: la voluntariedad. El válido desarrollo de un proceso arbitral se supedita, sin excepción, a que las partes hayan aceptado someter sus disputas a la decisión de los árbitros. Este compromiso es asumido por las partes en el convenio arbitral, auténtico contrato que, cuando es celebrado conforme a las previsiones de la ley aplicable, produce una doble eficacia positiva y negativa: las partes quedan obligadas a cumplir lo estipulado; y, por ende, a someter sus disputas a arbitraje, toda vez que los tribunales deben abstenerse de conocer de aquellos asuntos que las partes hayan sometido a la decisión de los árbitros.

Si bien los requisitos formales requeridos para la validez del convenio arbitral pueden variar (aunque mínimamente) de unas jurisdicciones a otras, es común que las legislaciones arbitrales nacionales prevean expresamente, como hace también la Ley Modelo de la Uncitral en su art. 6, la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje adopte la forma de una cláusula incorporada a un contrato principal o constituya un acuerdo independiente (*cf.* el art. 9.1 de la Ley de Arbitraje española, el art. 808 del Código Procesal Civil de Italia o el art. 6.2 de la Ley de Arbitraje inglesa). En la práctica, lo habitual será que el convenio arbitral conste como una cláusula incorporada a un contrato, manteniendo en estos supuestos su autonomía o independencia (en inglés, *separability*), respecto del contrato que lo contiene. Ello tiene diversas implicaciones; entre las más importantes, que la nulidad del contrato principal no conlleva la del convenio arbitral. Así lo reconocen la inmensa mayoría de las regulaciones arbitrales. Sirva nuevamente de ejemplo la regulación de la Ley Modelo de la Uncitral: «una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria» (en el mismo sentido, *cf.* arts. 9.1 y 22 Ley de Arbitraje española, art. 7 de la Ley de Arbitraje inglesa, art. 23.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y art. 6 (9) del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional).

Consecuencia de la posibilidad de que el convenio arbitral adopte la forma de cláusula inserta en un contrato principal es que, como tal, se encuentre recogido como condición general en un contrato de adhesión. Estaríamos, entonces, ante la denominada «cláusula arbitral adhesiva». Los contratos de adhesión o contratos con condiciones generales de la contratación, son aquéllos que se encuentran diseñados y redactados por una sola de las partes contratantes (la empresa oferente), de tal forma que la voluntad contractual de la otra, que podrá ser empresario o consumidor, queda limitada a aceptar o rechazar el contrato.

En los contratos de adhesión se excluye la negociación individual de las cláusulas, al ser éstas preestablecidas por el oferente con el fin de regular sus relaciones con un gran número de contratantes. Este tipo de contratación se enmarca, pues, en el fenómeno de la contratación en masa de bienes y servicios, favoreciendo la celeridad y la perfección de los contratos y agilizando el tráfico jurídico para adecuarlo a las necesidades sociales y económicas contemporáneas. Como contrapartida, la falta de negociación de las condiciones generales que caracteriza estos contratos, limita la autonomía de la voluntad de la parte contratante, que únicamente tiene facultades para consentir o rechazar la firma del contrato. Para evitar que esta limitación se traduzca en una efectiva y perjudicial desigualdad de posiciones entre las partes contratantes, más acusada cuando quien contrata los bienes y servicios ofrecidos por el empresario es un usuario o consumidor, los ordenamientos jurídicos han ido creando marcos normativos específicos de control de las condiciones generales de los contratos.

Existen pocas leyes nacionales que específicamente se refieran al convenio arbitral como condición general de un contrato de adhesión. Uno de los pocos ejemplos de regulación *ad hoc* de la cláusula arbitral adhesiva puede consultarse en la Ley de Arbitraje de Perú del año 2008, cuyo art. 15.1 prevé, para los arbitrajes internos, que los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión sólo son exigibles si, usando una diligencia ordinaria, han sido conocidos o han podido ser conocidos por quien no los redactó.

A tales efectos, el apartado segundo del mismo precepto considera que el convenio ha sido conocido en los siguientes supuestos: a) si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito; b) si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y firmado por las partes; y c) si se encuentra incluido en las condiciones estándares separadas del documento principal, se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y firmado por las partes.

A falta de regulación específica de la validez e interpretación de la cláusula arbitral adhesiva por la ley arbitral, entendemos que a aquélla le serán de aplicación las normas reguladoras este tipo de contratos, tal y como prevén, por ejemplo, la Ley de Arbitraje portuguesa del año 2011 (art. 2.4) y la Ley de Arbitraje española de 2003, cuyo art. 9.2 constituye una norma de remisión a los criterios contenidos en la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación, que transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2. La cláusula arbitral en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios

Los contratos de adhesión o con condiciones generales se prevén, con carácter general, para la contratación con consumidores. Sin embargo, no es el único escenario posible, puesto que también se celebran contratos de adhesión entre empresarios. Para ambos supuestos, siguiendo la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación, la validez de las condiciones generales insertas en tales contratos y, por ende, de la cláusula arbitral adhesiva, queda supeditada al cumplimiento por el empresario oferente de determinados requisitos de incorporación, redacción e información.

De los arts. 5 y 6 de aquella norma, se deriva que las condiciones generales serán parte del contrato cuando su incorporación haya sido aceptada por el adherente y firmada por todos los contratantes. El contrato deberá, además, hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, de cuya existencia el predisponente debe haber informado expresamente al adherente, facilitándole, también, un ejemplar de las mismas. En caso de existir contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato, prevalecerán éstas, salvo que las condiciones generales sean más beneficiosas, debiendo resolverse toda duda de interpretación a favor del adherente. Según el art. 7, el incumplimiento de éstas y otras previsiones para la validez de las cláusulas tiene como consecuencia su no incorporación al contrato.

Como se ha dicho anteriormente, la cláusula arbitral adhesiva, también el resto de condiciones generales, tienen carácter autónomo e independiente, por lo que, tal y como expresamente recoge el art. 10, la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

3. *La cláusula arbitral en los contratos de adhesión celebrados con consumidores*

Más particularidades se desprenden de la normativa especial cuando la contratación a través de condiciones generales tiene como destinatarios consumidores y usuarios, merecedores de una mayor protección frente a los abusos que, como parte considerablemente más débil de la relación contractual, se entiende que pueden sufrir de las empresas. La relevancia que las cláusulas arbitrales adhesivas guardan en el entorno de la contratación con consumidores se hace patente si se atiende a las modificaciones legislativas producidas recientemente en España.

La norma de la que se parte es la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, que hasta el año 2006 establecía especiales deberes de claridad y explicitud de la cláusula arbitral adhesiva en su art. 10.4. Por su parte, el Real Decreto n.º 636/1993 de 3 de mayo de 1993, regulaba el Sistema Arbitral de consumo.

Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-70/2003), declaró el incumplimiento de España de la Directiva n.º 93/13/CEE, por errónea adaptación de los arts. 5 y 6 en materia de interpretación favorable a los consumidores. Para dar cumplimiento a esta resolución, se aprobó la Ley n.º 44/2006 de 29 de diciembre de 2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que suprimió el art. 10.4 de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios e introdujo un nuevo apartado en el art. 31 de la misma norma, según el cual los convenios arbitrales con consumidores distintos del arbitraje de consumo sólo podrían pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se tratase de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

De esta forma, se pretendió erradicar las prácticas abusivas de ciertas instituciones arbitrales, posibilitando al consumidor, según la Exposición de Motivos, la correcta evaluación el alcance de una decisión que, en la mayoría de los casos, se ve obligado a adoptar, elevándose la protección del usuario ante formas arbitrales no siempre lícitas y garantizándose la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente.

Un año más tarde fue dictado el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, en línea con la Ley n.º 44/2006 de 29 de diciembre de 2006, permite que las partes sometan a arbitraje privado sus controversias, siempre que el pacto de sumisión se otorgue una vez surgido el conflicto. Consecuencia de ello es que, en la actualidad, sólo será válida la cláusula arbitral incluida como condición general en un contrato de adhesión celebrado con consumidores si el sometimiento se realiza al arbitraje administrado por el Sistema Arbitral de Consumo, regulado en el Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, que derogó el anterior del año 1993.

(Autora: Dra. M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho procesal de la Universidad de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Cláusula arbitral abusiva. Convenio arbitral.

CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR

La cláusula de fuerza mayor se configura como una excepción al principio *pacta sunt servanda* y en su virtud se excusa a una parte del contrato de cualquier tipo de responsabilidad, cuando el cumplimiento del mismo le es impedido por algún evento imprevisible fuera de su control (fuerza mayor, *force majeure* o *acts of God*).

La fuerza mayor o *force majeure* es un concepto del *civil law* que no tiene un verdadero significado en el *common law*.

Los sistemas de Derecho civil reconocen la cláusula de fuerza mayor como excusa al principio general de cumplimiento de los contratos poniendo el énfasis en la necesidad de ausencia de culpa por parte del obligado al cumplimiento para poder esgrimir tal excepción.

En los sistemas de *common law*, donde la responsabilidad del obligado no depende de la existencia de culpa, el principio de obligado cumplimiento de los contratos debe, en principio, exceptuarse por vía contractual. Aunque la ausencia de tal exclusión no implica necesariamente que el obligado responda ilimitadamente

y existe la posibilidad de excepcionar el cumplimiento a través de la denominada *doctrine of frustration*, tal teoría es de muy limitada aplicación.

Además, una y otra teoría divergen en lo que a sus efectos se refiere. Mientras que la *doctrine of frustration* implica la terminación automática del contrato, bajo la excepción de fuerza mayor, tal terminación deberá ser pedida por la parte que la invoca. Por otro lado, la fuerza mayor permite excepcionar el cumplimiento del contrato parcial o temporalmente mientras que la *doctrine of frustration*, en la medida que implica la terminación automática del contrato, no lo permitiría.

Por ello, las cláusulas de fuerza mayor son utilizadas en los contratos internacionales, con independencia de la formación jurídica de las partes negociadoras.

En el ámbito del comercial internacional, la relación entre el principio *pacta sunt servanda* y sus excepciones ha sido específicamente tratado por normas o *softlaw* codificados tales como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos que reflejan un giro hacia fórmulas más flexibles consistentes en la consagración de principios o normas inspiradoras, frente a la idea tradicional de codificación mediante convenios internacionales o leyes modelos.

Las normas arriba mencionadas se inspiran en la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, comúnmente conocida como la Convención de Viena (o en su acrónimo en inglés «CISG» o en su acrónimo en español «Cnuccim»), que ofrece un cierto marco legal al principio de *pacta sunt servanda* y sus excepciones. El art. 79 de la Convención que bajo el título «exoneración» dispone que «una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias», ha sido casi literalmente adoptado por los Principios Unidroit y los Principios Europeos de Derecho de los Contratos.

Así, tal excepción se encuentra regulada en términos muy similares en el art. 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el art. 7.1 de los Principios Unidroit y el art. 8:108 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, así como en la cláusula modelo propuesta por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la cláusula modelo propuesta por Fidic en las Condiciones de Contratación para Contratos EPC/llave en mano.

La utilización de términos tales como *force majeure* y *hardship* en los referidos instrumentos legales transnacionales está basada en su amplia utilización y la generalizada aceptación de su significado en el ámbito del comercio internacional. La intención es desconectar estos conceptos de una ley nacional concreta. Los requisitos de aplicación de la fuerza mayor pueden variar ligeramente de un sistema a otro, pero la regulación que de la misma se realiza en la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, eliminan o superan esas diferencias reflejando un buen resumen de los requisitos decisivos aplicables.

Bajo los principios generales del Derecho, el concepto general de incumplimiento encuentra su contrapartida en un concepto unitario de defensa que surge de la imposibilidad de cumplimiento por razones que escapan al control de quien venía obligado que no asumió tal riesgo, es la excepción de fuerza mayor.

Así, en las transacciones internacionales es frecuente examinar la fuerza mayor u otras excepciones al cumplimiento como, por ejemplo, las cláusulas *hardship*, a la luz de estos principios contractuales universalmente aceptados y de la jurisprudencia arbitral existente.

Los elementos legales para la cualificación de un evento como fuerza mayor, más comúnmente denominada, en el ámbito del comercio internacional, con el término francés *force majeure*, son esencialmente los mismos en la mayoría de legislaciones.

Para que un supuesto constituya fuerza mayor, debemos encontrarnos ante un evento imprevisto e imprevisible para las partes, inevitable, fuera del control de las mismas y que determina que la ejecución de un contrato deviene temporal o definitivamente imposible. La fuerza mayor representa un obstáculo invencible por las partes para el desarrollo y ejecución del contrato y excede totalmente las normas de previsibilidad.

En muchos ordenamientos jurídicos, fundamentalmente en el mundo del *civil law*, se ha distinguido tradicionalmente entre el «caso fortuito» y la «fuerza mayor»

El caso fortuito es, desde un punto de vista jurídico, aquel suceso que procede de un accidente natural o cuyos efectos recaen sobre el objeto del contrato y no sobre la parte obligada a su cumplimiento. Son hechos ajenos a la voluntad humana como pueden ser las inundaciones, terremotos, ciclones, etc. Lo que en el Derecho anglosajón (*common law*) denominan *acts of God*.

La «fuerza mayor», por su parte, engloba aquellos supuestos que implican la interferencia de un tercero que no es imputable al deudor, como una disposición del poder público, robo, una guerra, etc. La fuerza mayor representa un obstáculo invencible para el desarrollo y ejecución del contrato y excede totalmente las normas de previsibilidad.

Sin embargo, en la práctica internacional, la *force majeure* incluye también los supuestos de caso fortuito y la mayoría de las fórmulas utilizadas como cláusulas de fuerza mayor, en las que se listan, a modo de ejemplo, los supuestos que constituyen *force majeure*, incluyen todos los supuestos arriba indicados, con independencia de si son actos de la naturaleza o de un tercero. Así lo evidencian, por ejemplo, el art. VI.3 de los *TLDB Principles* y la cláusula modelo de *force majeure* propuesta por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), en cuyo apartado (3) establece que constituyen supuestos que permiten invocar la fuerza mayor, los siguientes impedimentos:

- (3) Salvo prueba en contrario y a menos que las partes acuerden de manera expresa o tácita otra cosa en el contrato, se entenderá que la parte que invoque esta Cláusula ha demostrado la existencia de las circunstancias descritas en sus apartados 1[a] y [b] en caso de ocurrir uno o más de los siguientes impedimentos:
 - (a) guerra (declarada o no), conflicto armado o amenaza grave de que se produzca (incluso, a título enunciativo y no limitativo, ataque hostil, bloqueo, embargo militar), hostilidades, invasión, acto de enemigo extranjero, movilización militar de gran alcance;
 - (b) guerra civil, tumulto, rebelión, revolución, golpe de estado, insurrección, perturbación del orden público o disturbios, violencia colectiva, actos de desobediencia civil;
 - (c) acto terrorista, sabotaje o piratería;
 - (d) acto de autoridad, sea legítimo o ilegítimo, cumplimiento de leyes, órdenes administrativas, normas, reglamentos o instrucciones, toque de queda, expropiación, adquisición forzosa, embargo de obras, requisa, nacionalización;
 - (e) casos fortuitos, epidemias, catástrofes naturales como, a título enunciativo y no limitativo, tormentas, ciclones, tifones, huracanes, tornados, ventiscas, terremotos, erupciones volcánicas, corrimientos de tierras, maremotos, tsunamis, inundaciones, daños o destrucción por rayos, sequías;
 - (f) explosión, incendio, destrucción de maquinaria, equipo, planta y de cualquier tipo de instalación, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;
 - (g) conflicto laboral general, como, entre otros, boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas e instalaciones.

Las cláusulas de fuerza mayor permiten eximir de responsabilidad en el cumplimiento del mismo, a la parte que alegue y pruebe que la imposibilidad de cumplir se debió a un acontecimiento fuera de su control, provocando, por tanto, la terminación del contrato o la suspensión del mismo mientras dure la fuerza mayor.

Aunque pueden parecer similares a las cláusulas *hardship*, ambas cláusulas son aplicables en distintos supuestos y producen distintos efectos en el contrato. Mientras que las cláusulas de fuerza mayor están pensadas para aquellos supuestos en los que el cumplimiento del contrato ha devenido imposible, temporal o definitivamente, las cláusulas *hardship*, por su parte, son aplicables a aquellos supuestos que provocan una desestabilización o desequilibrio en el contrato, provocando que su cumplimiento, aunque no imposible, devenga excesivamente gravoso para la parte a la que afecta tal circunstancia. Además, mientras que las cláusulas de fuerza mayor provocan la terminación del contrato o su suspensión, las cláusulas *hardship* buscan, en principio, la renegociación del contrato adaptándolo de tal manera que se le devuelva al mismo el equilibrio perdido de las prestaciones. Sólo excepcionalmente, cuando se incumple el deber de buena fe de renegociar los contratos al que dichas cláusulas obligan, las mismas habilitan para la resolución del contrato.

Ahora bien, sentado lo anterior, no puede; sin embargo, obviarse que en la práctica del comercio internacional, la diferencia entre las cláusulas de fuerza mayor y las cláusulas *hardship* está cada vez más desdibujada.

Al respecto, un análisis de los ejemplos o modelos de cláusulas de fuerza mayor utilizadas en contratos internacionales, permite extraer las siguientes conclusiones:

- (i) Que los requisitos para entender que nos encontramos ante un evento constitutivo de fuerza mayor, son menos estrictos que el concepto tradicional de fuerza mayor o *force majeure*;
- (ii) Que en muchos de los casos se opta por la suspensión y no la terminación del contrato;
- (iii) Que dichas cláusulas contemplan una serie de obligaciones de notificar y probar la fuerza mayor; y
- (iv) Que contemplan una obligación de realizar los mejores esfuerzos para tratar de superar la situación de fuerza mayor proponiendo la renegociación del contrato cuando sea posible.

Finalmente, desde un punto de vista práctico, debe señalarse que el análisis de la jurisprudencia arbitral en la materia (escasa, debido a la confidencialidad de los laudos, y prácticamente restringido a casos administrados por la CCI que se conocen por la «colección de laudos» que la misma publica periódicamente) demuestra que los árbitros internacionales interpretan la fuerza mayor de forma restrictiva. La conclusión es que los árbitros, a la hora de determinar si procede o no la admisión de la existencia de un supuesto de fuerza mayor, aplican los mismos criterios restrictivos que los jueces nacionales.

(Autora: Margarita Soto Moya. J^{er}A Garrigues, SLP. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PUENLINCKX, A. *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A comparative study in English, French, German and Japanese Law*. *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1986, vol. 3, issue n.º 2. BRUNER, C. *Principles on Force Majeure in the CISG, UPICC, PECL, The TLDB Principles and ICC Force Majeure Clause 2003: Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2008. WOLFGANG, P. *Arbitration and Renegotiation of International Investment*. Londres: Kluwer Law International, 1995. MELIS, W. «Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1984.

VOCABLOS CONEXOS: *Pacta sunt servanda*. *Rebus sic stantibus*. Cláusula *hardship*. Buena fe. Derecho aplicable al fondo. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

1. Introducción y concepto

La seguridad y estabilidad jurídica son valores altamente apreciados por los inversores que deciden invertir en un país extranjero. Además, las garantías de seguridad y estabilidad adquieren mayor relevancia en las inversiones que se realizan para un período temporal prolongado, las que normalmente se plasman en contratos de concesión de larga duración celebrados entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión (o algún organismo público dependiente de éste). La seguridad y estabilidad son, por tanto, especialmente importantes en los contratos celebrados en sectores económicos que exigen una inversión inicial muy fuerte en el lugar donde se localiza la inversión y donde los proyectos necesitan espacios de tiempo largos para asegurar su viabilidad y rentabilidad.

Las cláusulas de estabilización actúan como un mecanismo mediante el cual los inversores extranjeros pretenden blindar su inversión frente a futuros cambios normativos en el Estado de destino. Son cláusulas que se introducen en los contratos celebrados entre Estados e inversores extranjeros y que tienen como finalidad evitar la interferencia del Estado legislador (como ente soberano) en el equilibrio del contrato, es decir, evitar que cambios en el marco regulatorio puedan perjudicar las expectativas de beneficio del inversor. Efectivamente, el Estado, en su calidad de actor privilegiado frente al particular, puede llegar a alterar de forma unilateral el equilibrio o los términos del contrato recurriendo a su poder normativo. Estas cláusulas afectan, por tanto, al poder soberano del Estado y revisten de cierta inmunidad a la inversión frente a las modificaciones legislativas llevadas a cabo por éste.

2. Categorías

La doctrina reconoce distintas categorías de cláusulas de estabilización: las *freezing clauses*, las *cláusulas de equilibrio económico* –dentro de esta última categoría podrían distinguirse las cláusulas compensatorias y las de renegociación– y las *híbridas*.

Las cláusulas de estabilización, *stricto sensu*, podrían identificarse con las *freezing clauses*. En virtud de las mismas, se dispone que la ley aplicable a la inversión, durante su vigencia, será la ley que estaba en vigor en el momento de la celebración del contrato; el Estado contratante, por tanto, se compromete a no aplicar los cambios normativos o regulatorios futuros que puedan afectar a la inversión. La «congelación» de la normativa aplicable a la inversión puede ser total o limitada a ciertos ámbitos materiales como, por ejemplo, el fiscal o el laboral. Si bien la utilización real de este tipo de cláusulas parece haber disminuido en los contratos de inversión actuales, un estudio patrocinado por la Corporación Financiera Internacional y el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (*Stabilization Clauses and Human Rights*, 2008) ha puesto de relieve que las mismas todavía siguen estando presentes, especialmente, en algunos contratos relativos a la extracción de recursos minerales celebrados en Estados no miembros de la OCDE.

Las cláusulas de equilibrio económico, por su parte, no suponen una «congelación» de la normativa aplicable a la inversión; y, en consecuencia, no dispensan a la inversión de la aplicación de los cambios normativos posteriores al contrato. Sin embargo, estas cláusulas también persiguen el objetivo de evitar o minimizar los perjuicios derivados de la adopción de nuevas normas que afectan a la inversión. En estas cláusulas la técnica utilizada para preservar la estabilidad puede ser variada: se puede prever la obligación del Estado de compensar al inversor por los daños derivados de la aplicación de la nueva regulación (cláusulas de compensación) o es posible establecer la obligación de renegociar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, a fin de restaurar en lo posible el equilibrio económico inicial del contrato (cláusulas de renegociación).

Las cláusulas de estabilización utilizadas en la práctica no responden siempre a un modelo claro de las categorías descritas. En ocasiones serán cláusulas híbridas que entremezclan elementos de una y otra categoría.

3. Finalidad

La práctica de las cláusulas de estabilización surge con la finalidad de proteger las inversiones extranjeras frente al poder soberano del Estado. La soberanía implica, entre otros aspectos, la facultad de adoptar medidas de expropiación y nacionalización o la de modificar la normativa tributaria, aumentando, así, la presión fiscal. Junto a estos riesgos «soberanos» que tradicionalmente han preocupado a los inversores extranjeros, en la actualidad, las cláusulas de estabilización tienen como objetivo salvaguardar la inversión extranjera de la aplicación de una cada vez más exigente normativa medioambiental y social de los Estados.

Efectivamente, en la actualidad, uno de los mayores «riesgos» a los que han de hacer frente las inversiones extranjeras realizadas para un período de tiempo prolongado, se refiere a las cada vez más estrictas regulaciones en materias como la medioambiental, los derechos de los trabajadores, los derechos humanos o la salud pública. La lógica advierte, especialmente, cuando se refiere a Estados en vías de desarrollo, que estas regulaciones irán avanzando y perfeccionándose, lo que se traduce, habitualmente, en mayores costes para los inversores extranjeros o, incluso, pueden suponer la pérdida del valor total de la inversión –podría ser el caso de una inversión basada en el empleo de una técnica o un producto considerado posteriormente incompatible con las exigencias medioambientales–.

Por tanto, las cláusulas de estabilización tendrían la finalidad de evitar que el inversor asumiera los perjuicios derivados de la aplicación de esta normativa. No obstante, hay quien ve en estas cláusulas de estabilidad (de forma particular, cuando adquieren la forma de las *freezing clauses*) una limitación inaceptable de la soberanía estatal. En este sentido, ¿es posible que un Estado se comprometa a no aplicar durante (muchos) años, normas destinadas a proteger los derechos humanos o a prohibir actividades contrarias al medioambiente o a la salud pública? Además, por si esto fuera poco, se considera que la existencia de estas cláusulas puede tener un efecto paralizante sobre la actividad normativa de los Estados en estos ámbitos, especialmente si es el Estado quien, finalmente, debe asumir los costes que supone para el inversor la aplicación de esa nueva normativa.

Si bien es cierto que en la práctica será difícil probar hasta qué punto se da este efecto paralizante, no lo es menos que potencialmente un peligro sea lo suficientemente real como para tomarlo en consideración;

por ejemplo, en el marco de inversiones relacionadas con la energía y la extracción de recursos naturales, o las inversiones relativas a la prestación de servicios básicos de la población.

4. Valor jurídico

Un aspecto fundamental de las cláusulas de estabilización se refiere a su eficacia o valor jurídico. En este sentido, corresponde al Derecho interno del Estado que regula el contrato determinar la eficacia de estas cláusulas. No es, por tanto, una cuestión que, en principio, concierna regular al Derecho internacional, si bien es posible que en virtud de la autonomía de la voluntad reconocida por la ley del contrato, las partes opten, por ejemplo, por la aplicación conjunta de un Derecho interno de un Estado y los principios generales del Derecho internacional.

Sin embargo, ésta no ha sido siempre una cuestión pacífica, sobre todo, en el contexto de los debates que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo xx en torno a la «internacionalización» de los contratos entre Estados e inversores extranjeros. Así, el árbitro único del asunto *California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company c/ Gobierno de la República Árabe de Libia*, consideró que la existencia de una cláusula de estabilización, contenida en un contrato de concesión sometido, entre otros, a los principios del Derecho internacional, limitaba la facultad del Estado de nacionalizar la inversión cubierta por dicho contrato. En este caso, el árbitro, recurriendo a la Resolución n.º 1803 (xvii) de la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas, reconoce desde la óptica del Derecho internacional, relevancia y carácter vinculante a las cláusulas de estabilización, llegando a afirmar que, «en lo que respecta al Derecho internacional de los contratos, la nacionalización no puede prevalecer sobre un contrato internacionalizado, que contiene cláusulas de estabilización, celebrado entre un Estado y una compañía privada extranjera» (traducción libre). Es interesante recordar que aunque la Resolución de la AG de las Naciones Unidas 1803 (xvii) reconoció en su momento que los acuerdos alcanzados entre los Estados y los particulares, debían cumplirse de buena fe, este aspecto no fue, posteriormente, incorporado a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados –Resolución de la AG n.º 3281 (xxix)–.

Por el contrario, el árbitro del caso *Libyan American Oil Company (Liamco) c/ Gobierno de la República Árabe de Libia*, ha entendido que la violación de un contrato de concesión no supone en sí misma un ilícito internacional, y que la presencia de una cláusula de estabilización no afecta al poder soberano del Estado de llevar a cabo una nacionalización. En la misma línea, aunque con matices, se ha pronunciado el tribunal arbitral del asunto *American Independent Oil Company (Aminoil) c/ Gobierno del Estado de Kuwait*. En este caso, el tribunal ha señalado que si bien las cláusulas de estabilización son fuente de expectativas legítimas; y, por tanto, tienen efectos jurídicos, éstas no tienen carácter absoluto, ni pueden prohibir al Estado nacionalizar la Concesión.

Los numerosos tratados internacionales de inversión existentes en la actualidad, han transformado el escenario donde debería, hoy, valorarse la eficacia de las cláusulas de estabilización, partiendo de la premisa de que estas cláusulas siguen estando sometidas a la ley que rige el contrato en el que están insertadas. En primer lugar, la presencia de las denominadas cláusulas *umbrella* o paraguas en los tratados de inversión, dota a las cláusulas de estabilización de una cobertura convencional que «eleva» al Derecho internacional la obligación de respetar los compromisos contractuales alcanzados entre el Estado y el inversor extranjero. Por tanto, las cláusulas paraguas constituyen un elemento clave para que el Derecho internacional reconozca cierto valor o efecto jurídico a las cláusulas de estabilización. En estos casos, aunque no sea fácil determinar cuáles son los efectos jurídicos concretos de la infracción de una cláusula de estabilización reflejada en la violación de una cláusula *umbrella*, es indudable que existirá una responsabilidad internacional del Estado infractor por la violación de la cláusula paraguas.

En segundo lugar, aunque no sean muchos, algunos tratados bilaterales de inversión (Appri), condicionan la licitud de las expropiaciones, nacionalizaciones y medidas de efecto equivalente al respeto de los acuerdos específicos alcanzados con el inversor extranjero; tal es el caso, por ejemplo, de los prototipos de Appri de Francia y de Burundi. En estos casos, por tanto, la expropiación llevada a cabo en contra de lo dispuesto en una cláusula de estabilización se entenderá ilícita desde el prisma del Derecho internacional. En tercer y último lugar, hay quien entiende que la obligación de respetar los compromisos contractuales alcanzados entre el Estado y el inversor extranjero, en la medida en que crean expectativas legítimas a favor del inversor, forma parte del estándar indeterminado de trato justo y equitativo (TJE), habitualmente presente en los tratados de inversión. Por tanto, la eficacia jurídica de las cláusulas de estabilización en el marco del Derecho internacional, podría tener una cobertura alternativa en las normas que exigen este TJE.

Se hace difícil pensar que una cláusula de estabilización contenida en un contrato de concesión pueda tener el efecto de limitar la facultad (y responsabilidad) normativa del Estado en materias como la medioambiental, los derechos humanos, la salud pública o la social, o que pueda prevalecer sobre el poder expropiatorio del Estado. No obstante, en la medida en que estas cláusulas de estabilización sean fuente de expectativas legítimas, se les debe reconocer cierto valor jurídico (bien en virtud de lo dispuesto en el Derecho aplicable al contrato, por medio de las cláusulas *umbrella* o la aplicación del estándar del TJE), especialmente en el contexto de una posible compensación.

(Autor: *Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, Profesor agregado de Derecho internacional público de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea*).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COALE, M.T.B. «Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions». *Denv. J. Int'l L. & Poly.*, 2002, vol. 30.2, pp. 217-238. DAVID, N. «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien». *Journ. Dr. Int.*, 1986, pp. 79-107. DOLZER, R. y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 75-77. ESPADA RAMOS, M.L. *Nacionalización y Compensación en los contratos de Estado*. Madrid: La Ley, 1989, pp. 118-133. FARUQUE, A. «Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value». *J. Int'l. Arb.*, vol. 23, n.º 4, 2006, pp. 317-336. GIARDINA, A. «Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?». *Rev. Arb.*, 2003, n.º 3, pp. 647-666. SHERBERG, A. *Stabilization Clauses and Human Rights (A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights)*, 2009, disponible en <http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18>. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 2.ª edición, pp. 406-410. WAELDE, T. y G. NDI. «Stabilizing International Investment Commitments: International Law vs. Contract Integration». *Texas International Law Journal*, 1996, vol. 31, p. 215. WEIL, P. «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», (1974), *Écrits de droit international*. Paris, 2000, pp. 325-349. ZAMBRANA TEVAR, N. «Las cláusulas de estabilización en el arbitraje de inversiones». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2013, vol. VI, n.º 2, pp. 377-396.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable. Cláusula paraguas.

CLÁUSULA *HARDSHIP*

Las cláusulas *hardship* en los contratos internacionales, son un mecanismo de adaptación del contrato, creado por los usos y las costumbres en el comercio a nivel internacional que tienen como finalidad reducir los daños que una de las partes de un contrato puede sufrir como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias.

Hoy en día, parece claro que, al menos en ciertos casos, una incondicionada fidelidad al contrato (*pacta sunt servanda*) puede conducir a unas consecuencias que claramente aparecen como injustas y son varias las teorías existentes que permiten la adaptación del contrato en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias. La importancia que esta posibilidad de adaptación del contrato tiene para las partes, ha determinado que en el ámbito del comercio internacional introduzcan en sus contratos este tipo de cláusulas, ya que los árbitros internacionales son extremadamente reticentes a acordar la adaptación de un contrato cuando no exista base contractual que lo habilite.

Los árbitros son extremadamente cautos a la hora de acceder a las pretensiones de modificación o resolución de un contrato por aplicación de las teorías relativas a la modificación sobrevenida de las circunstancias por entender que existe un riesgo de imponer la visión o interpretación de una de las partes a una relación que; sin embargo, fue consensuada.

Este tipo de razonamientos se basan en la presunción de que en el ámbito del comercio internacional, los contratantes son más capaces de conocer y prever los riesgos del cambio de circunstancias. Los árbitros entienden que las partes que se obligan por medio de dichos contratos, conocen los riesgos que asumen al realizar dichas transacciones. Generalmente, interpretan el silencio de las partes en los contratos sobre posibles futuras contingencias como una decisión de asumir dicho riesgo. Y, en consecuencia, entienden que la ruptura del equilibrio de las prestaciones que ello provoca debe ser asumido por la parte perjudicada.

A diferencia de los casos de fuerza mayor, las cláusulas *hardship* son usadas en situaciones en las que el cumplimiento del contrato no ha devenido imposible, pero sí excesivamente gravoso y el contrato ha alcanzado el límite del sacrificio que una parte debe soportar. Puede ser *hardship* algo que la parte que lo invoca puede superar, como un incremento exorbitante del precio de las materias primas. Mientras que la fuerza mayor

sólo puede ser invocada cuando el cumplimiento del contrato ha llegado a ser imposible o casi imposible, el *hardship* puede invocarse cuando el equilibrio del contrato ha resultado gravemente perturbado.

El *hardship* puede entrar en juego no sólo cuando la parte que ha de realizar una prestación resulta excesivamente gravada, sino también cuando el valor de la prestación para quien ha de recibirla, llega a ser tan mínimo que no guarda ninguna proporción con el beneficio que la otra parte obtendrá.

Si embargo, una parte no puede invocar *hardship* simplemente porque el contrato deje de resultar beneficioso para ella, o porque los beneficios que obtenga de él sean considerablemente inferiores a los que esperaba que fuesen en el momento en que el contrato fue celebrado.

También se diferencian las cláusulas *hardship* de las cláusulas de fuerza mayor porque mientras estas últimas contemplan situaciones que llevan al contrato a su fin o suspensión temporal, las cláusulas *hardship* tienen como finalidad obtener la renegociación de los términos del contrato con el objeto de adaptarlo y reestablecer el equilibrio perdido de las prestaciones. Las cláusulas *hardship* se configuran, por tanto, como una suerte de cláusulas de renegociación del Contrato. Acaecidos los supuestos que alteran gravemente el equilibrio del contrato, la parte perjudicada deberá instar a la otra parte en un tiempo razonable desde el momento en que tiene conocimiento del evento y de su efecto en la economía del contrato para renegociar el mismo.

Por lo que respecta a la relación entre la cláusula *rebus sic stantibus* y las cláusulas *hardship*, debe señalarse que este último es el término utilizado, y ampliamente aceptado en el ámbito del comercio internacional para reflejar la teoría del cambio de circunstancias, mientras que la cláusula *rebus sic stantibus* es un concepto más propio del *civil law*.

Los arts. 6.2.1. y 6.2.3 de los Principios Unidroit regulan el *hardship* adoptando soluciones que no se encuentran en las legislaciones domésticas o nacionales, sino que, por el contrario, están inspiradas en la práctica comercial internacional.

La esencia de las provisiones sobre *hardship* contenidas en los principios Unidroit ha sido recogida en las recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional sobre redacción de cláusulas *hardship*. La Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) publicó, primero en 1985 y después en el año 2003, modelos de cláusulas de fuerza mayor y de *hardship*, con los correspondientes comentarios aclaratorios de su sentido, con la finalidad de ofrecer a los empresarios que actúan en el comercio internacional, la posibilidad de insertarlas en sus contratos.

La redacción de la cláusula *hardship* propuesta por la CCI en el año 2003, es la siguiente:

- [1] Las partes de un contrato están obligadas a cumplir sus deberes contractuales incluso si las circunstancias han hecho que el cumplimiento sea más oneroso de lo que pudo razonablemente anticiparse en el momento de la celebración del contrato.
- [2] No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de esta Cláusula, cuando una parte de un contrato prueba que:
 - [a] el continuado cumplimiento de sus deberes contractuales ha llegado a ser excesivamente oneroso a causa de un evento ajeno a su razonable control, que no podía razonablemente esperarse que fuera tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato; y que
 - [b] no podía razonablemente haber evitado o superado el evento o sus consecuencias,
 las partes están obligadas, dentro de un plazo razonable a partir de la invocación de esta Cláusula, a negociar términos contractuales alternativos que distribuyan razonablemente las consecuencias del evento.
- [3] Cuando el párrafo 2 de esta Cláusula sea aplicable, pero la otra parte del contrato no esté de acuerdo con los términos contractuales alternativos que distribuyan razonablemente las consecuencias del evento, conforme a lo previsto en aquel párrafo, la parte que invocó esta Cláusula tendrá derecho a la terminación del contrato.

La cláusula, inspirada en el art. 6.2.1 de los Principios Unidroit, comienza con el principio de que, normalmente, las obligaciones contractuales deben ser cumplidas (*pacta sunt servanda*). Aunque pudiera parecer innecesario, la Corte estimó que la mención explícita del principio *pacta sunt servanda* da a los tribunales una clara indicación de que el párrafo 2 sólo debe entrar en consideración cuando los requisitos que allí se establecen, se verifican de modo inequívoco, por ser una excepción a la normal exigencia del cumplimiento.

En la práctica, la mera inclusión de una cláusula *hardship* no determina que en todos los casos en que se produzca una ruptura de la equivalencia de prestaciones, o el contrato devenga excesivamente gravoso para una de las partes, el mismo sea modificado, si bien, facilita que los árbitros adopten semejante decisión.

(Autora: Margarita Soto Moya. Abogada J&A Garrigues SLP. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *ICC Force Majeure Clause. ICC Hardship Clause*. París, 2002. MELIS, Werner. «Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court of Arbitration». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1984. AL QURASHI, Zeyad. «Renegotiation of International Petroleum Agreements». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: *Pacta sunt servanda. Rebus sic stantibus*. Cláusula de fuerza mayor. Buena fe. Derecho aplicable al fondo. Principios Unidroit sobre los Contratos Internacionales. Unidroit.

CLÁUSULAS MIXTAS O *MIX-AND-MATCH*

1. Concepto y características

Las cláusulas compromisorias patológicas –un concepto creado por Frédéric EISENMANN, ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)– son aquellas que no permiten remitir una eventual disputa a el o los árbitros, sin la necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes o la intervención del juez estatal. Se trata de cláusulas redactadas de forma tal que derivan en disputas sobre la interpretación y validez del acuerdo arbitral o incluso en la inejecución o anulación del laudo arbitral.

Las cláusulas mixtas (o *mix-and-match* en inglés) son cláusulas compromisorias que contienen un tipo de patología particular, en tanto: (i) prevén la administración del arbitraje por una institución determinada, aplicando reglas de esta institución, o (ii) designan a una institución y sus reglas, pero incluyen modificaciones sustanciales a éstas.

La patología de este tipo de cláusulas consiste en la eventual incompatibilidad entre las reglas elegidas y la institución designada por las partes para la administración del arbitraje. Dicha patología puede ser señalada tanto por: (i) una de las partes en la disputa, que puede alegar la imposibilidad de que una determinada institución administre un arbitraje bajo reglas de otra institución, o (ii) la institución designada, que puede negarse a administrar un arbitraje bajo reglas que no son propias o que han sido sustancialmente modificadas por las partes.

2. Momentos en que puede manifestarse la patología de las cláusulas mixtas

La patología que aqueja a las cláusulas mixtas puede manifestarse en distintos momentos del procedimiento arbitral; y, consecuentemente, su aplicación será decidida por distintos actores, según el caso.

2.1. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte de las instituciones designadas en la cláusula compromisoria

La problemática de las cláusulas mixtas puede manifestarse al inicio del procedimiento, cuando la institución designada por las partes es llamada a decidir si acepta administrar el arbitraje bajo reglas distintas a las propias. Distintas instituciones arbitrales han adoptado distintas posturas en cuanto a la aceptación de un arbitraje con cláusulas compromisorias conteniendo este tipo de patología.

El *Singapore International Arbitration Center* (SIAC) ha tenido una postura flexible, priorizando la voluntad de las partes por sobre la política institucional y aceptando; por ejemplo, la administración de casos bajo las Reglas CCI.

En el mismo sentido, las reglas de *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (Cietac) parecerían aceptar la administración de arbitrajes bajo otras reglas, al disponer en su art. 4.3, que el Cietac administrará los casos bajo sus reglas, salvo que las partes hayan designado otra institución.

Otras instituciones; sin embargo, han adoptado una posición más restrictiva. Por ejemplo, la CCI ha interpretado que hay ciertas características especiales de sus reglas –como son la confirmación de árbitros, la fijación de sus honorarios y la revisión de laudos– que son irrenunciables. Así, las nuevas Reglas adoptadas en el 2012, expresamente establecen en su art. I.2 que «La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento», disipando con ello cualquier duda existente bajo las reglas anteriores respecto de la posibilidad de que otras instituciones administren casos bajo las Reglas CCI. Asimismo, hasta la fecha, la CCI no ha aceptado la administración de ningún caso bajo otras reglas institucionales.

El *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) de la *American Arbitration Association* también ha adoptado una actitud restrictiva, negándose a administrar arbitrajes bajo otras reglas que las propias, en particular, bajo las reglas de la CCI.

La *London Court of International Arbitration* (LCIA) y el *Hong Kong International Arbitration Centre* (Hkiac) han también interpretado que si las partes han decidido someter su controversia ante dicha institución, han optado por sus reglas también.

En conclusión, si se hubieran previsto las reglas de una institución, y la administración por parte de otra, dicha institución será la que decida si administra o no el arbitraje, según su política institucional. La regla general que surge de la práctica de las instituciones arbitrales internacionales más importantes, indica que la institución competente para administrar un arbitraje es aquella cuyas reglas institucionales han sido previstas por las partes en la cláusula compromisoria. Por lo tanto, puede concluirse que existe un riesgo sustancial de que una cláusula compromisoria mixta no sea aplicada por la institución arbitral designada en la cláusula compromisoria. Si una institución se negara a administrar un arbitraje bajo otras reglas, las partes tienen el derecho a acudir a la jurisdicción competente para que decida sobre la validez; y, en su caso, el alcance de la cláusula arbitral.

2.2. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte del árbitro o del tribunal arbitral

Incluso en el caso de que la institución arbitral haya aceptado administrar un procedimiento bajo reglas de otra institución, la patología de las cláusulas mixtas puede aún manifestarse una vez formado el tribunal arbitral o elegido el árbitro, si la parte demandada objeta la validez de la cláusula compromisoria. En este caso, el árbitro o tribunal arbitral deberá indagar y determinar cuál fue la voluntad de las partes al redactar la cláusula arbitral y si dicha voluntad resulta en un acuerdo viable y aplicable.

Dicha decisión debe ser adoptada teniendo en cuenta que la misma podrá, eventualmente, ser examinada bajo la ley local en una acción de nulidad o bajo la Convención de Nueva York en una acción de ejecución de laudo. En este contexto, es importante recordar que la interpretación del árbitro o tribunal arbitral debe limitarse a lo expresado por las partes en la cláusula compromisoria, no estando, en general, el árbitro autorizado a reformarla bajo normas locales.

A la fecha no existe gran cantidad de jurisprudencia –y la jurisprudencia existente no es uniforme– respecto de la interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas. Mientras que algunos tribunales arbitrales han considerado que no es posible que una institución administre arbitrajes bajo reglas de otra institución (en particular, cuando las Reglas CCI son seleccionadas por las partes), otros han adoptado una posición más flexible y las han aceptado. La falta de consistencia en las decisiones no hace más que resaltar los inconvenientes y riesgos inherentes a esta patología.

2.3. Interpretación y aplicación de las cláusulas mixtas por parte de un juez nacional

Finalmente, es posible también que la patología se manifieste ante la jurisdicción de un juez nacional, tanto antes como después del dictado de un laudo. El primer caso puede ocurrir si una de las partes requiere aclaración del alcance de la cláusula o se opone al proceso, alegando que la cláusula es nula, ineficaz o inaplicable debido a la incompatibilidad de las reglas y la institución elegida. En su análisis de la cláusula compromisoria, el juez nacional aplicará el Derecho local o la Convención de Nueva York.

El juez nacional también puede tener intervención una vez emitido el laudo arbitral ante un eventual reclamo de nulidad del laudo u oposición al reconocimiento del mismo. En el primer caso, el juez aplicará Derecho nacional para decidir si corresponde la nulidad del laudo; en el segundo, el juez nacional aplicará convenciones internacionales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo la Convención de Nueva York.

Si bien no existe una jurisprudencia abundante al respecto, en general, los tribunales han mostrado una actitud flexible ante las cláusulas mixtas, priorizando la voluntad de las partes de someter la disputa al arbitraje frente a los eventuales problemas operativos inherentes a este tipo de cláusulas. Cabe señalar que algunos tribunales han respaldado la validez de cláusulas mixtas, incluso frente al previo rechazo de las instituciones designadas en la cláusula compromisoria.

3. Cura de la patología de las cláusulas mixtas

Las cláusulas mixtas deben interpretarse bajo la ley aplicable a la cláusula compromisoria y respetando la voluntad y la autonomía de las partes. A fin de evitar que una parte recalcitrante tome una ventaja indebida de la patología que sufre la cláusula compromisoria, demorando (o incluso impidiendo) que el arbitraje siga su curso, los jueces y los tribunales deben aplicar el principio de interpretación efectiva, el cual es un principio de interpretación reconocido universalmente y que tiende a «curar» la patología de la cláusula en cuestión volviéndola aplicable.

También es posible la utilización de métodos para llenar lagunas del *common law* (*gap-filling methods*), que se basan en el principio de la buena fe y en la protección de las expectativas legítimas de las partes al entrar en un acuerdo, o de las reglas internacionales de contratación de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Ello dicho, toda patología, incluyendo las cláusulas mixtas presentan desafíos y riesgos que deben evitarse. El consenso internacional sobre esta cuestión ha quedado reflejado en Directrices de la *International Bar Association* para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional adoptadas en 2010, que establecen que cuando las partes han optado por un arbitraje institucional, las reglas arbitrales coincidirán con aquellas de la institución. Asimismo, las pautas propuestas recomiendan no modificar las reglas arbitrales institucionales a través de la inclusión de disposiciones adicionales en la cláusula compromisoria.

(Autora: Noiana Marigo. Counsel de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.
Con la colaboración de Gisela Paris. Abogada extranjera de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MARIGO, Noiana y FRANCISCO ABRIANI. «Cláusulas arbitrales patológicas. La problemática de las cláusulas *mix-and-match*». *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Colección Estudio, 2011, tomo II. BOYER, Lola y SHARON COHEN. «The pathological arbitration clause: “une maladie imaginaire”?». *Versailles International Arbitration and Business Law Review*, noviembre 2011. EISEMANN, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique*. Commercial Arbitration. Essays in Memoriam Eugenio Minoli. Turín: UT-ET, 1974. CRAIG, Laurence, WILLIAM W. PARK and JAN PAULSSON. *International Commercial Arbitration*, 2000, 3.ª edición. FOUCHARD, Philippe, EMMANUEL GAILLARD y BERTHOLD GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999. DAVIS, Benjamin G. «Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria». *Arbitration International*, 1991, vol. 7, n.º 4. KIRBY, Jennifer. «Insignia Technology Co. Ltd. vs. Alstom Technology Ltd.: SIAC Can Administer Cases under the ICC Rules?». *Arbitration International*, 2009, vol. 25, n.º 3, 2009. FRY, Jason y JAMES MORRISON. «International Arbitration in South and East Asia - Opportunities, Challenges and the ICC Experience». *The Asia-Pacific Arbitration Review*, 2009 - *A Global Arbitration Review Special Report*. GELINAS, Paul A. *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness*. VAN DEN BERG, Albert J. «Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention». *ICCA Congress Series*, 1999, n.º 9, vol. 47. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2008, vol. 1.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Reglas de Arbitraje de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (Cietac), disponibles en <http://www.cietac.org>. Reglas de Arbitraje de la LCIA, disponibles en <http://www.lcia-arbitration.com>. Reglas de Arbitraje del *Hong Kong International Arbitration Centre* (Hkiac), disponibles en <http://www.hkiac.org>. Reglas de Arbitraje CCI 2012, disponibles en <http://www.iccwbo.org>. Directrices de la *International Bar Association* para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, disponibles en www.ibanet.org.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Insignia Technology Co. Ltd. vs. Alstom Technology Ltd.*, [2009] SGCA 24, disponible en <http://www.kluwerarbitration.com>. *Samsung Electronics Co. Ltd. vs. Michael Jaffe*. Tribunal de Grande Instance de Paris, *Ordonnance de Référé*, 22 de enero de 2010, disponible en <http://arbitration.fr/>. *Sumitomo Heavy Industries Ltd. vs. Oil and Natural Gas Commission* [1994] 1 Lloyd's Rep. 45. Caso CCI n.º VB/99130, *Sociedad X vs. Sociedad Y*. Budapest, 18 de abril de 2000, extractos publicados en *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2002, n.º 4.

VOCABLOS CONEXOS: Cláusulas mixtas. Cláusulas compromisorias patológicas. Cláusulas *Mix-and-Match*. Cláusula de cumplimiento imposible. Principios de interpretación.

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)

De conformidad con la Comisión de Derecho Internacional, por cláusula de la NMF se entiende la «disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae, respecto de otro Estado, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones» (art. 4 del Proyecto de artículos sobre la cláusula de la NMF, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, Segunda Parte. Nueva York: Naciones Unidas, 1979, p. 19). Asimismo, según la *Encyclopedia of Public International Law*, la referida cláusula se define como «a treaty provision under which a State (the granting State) undertakes the obligation towards another State (the beneficiary State) to accord to it or to persons or things in a determined relationship with it most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations» (USTOR, E., p. 468).

En definitiva, la cláusula de la NMF consiste en el precepto contenido en un tratado, que se ha convenido en denominar básico, en virtud del cual el Estado beneficiario de la misma (o las personas o cosas que se hallan en determinada relación con este Estado (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 23 y pp. 31-33)) tiene el derecho de solicitar del Estado concedente el trato que este último Estado dispense a un tercer Estado, y que resulte más favorable. Como muestra, imagínese un tratado celebrado entre el Estado «A» y el Estado «B», en el que ambos Estados han incluido una cláusula de la NMF. En tal hipótesis, el beneficiario de la referida cláusula (Estado beneficiario); esto es, el Estado «A» o «B» o ambos (en función de cuál haya sido la intención de las partes, cristalizada en la cláusula) está facultado para reclamar del otro Estado (Estado concedente) el trato de la nación más favorecida. Es decir, el trato que el Estado concedente dispense a un tercer Estado y que sea más favorable respecto al que se haya comprometido en el tratado básico con el Estado beneficiario.

La aplicación de la cláusula de la NMF está condicionada por la regla *eiusdem generis* que da derecho a un cierto trato en la esfera de relaciones pactadas, pero no en las demás (FORNER DELAYGUA, J.J., p. 38; TRIGGIANI, E., pp. 72-73). Ello significa que el beneficiario del trato de la NMF no puede invocar otros derechos que los únicamente cubiertos por la cláusula de la NMF, recogida en el tratado básico. En otras palabras, el derecho al trato de la NMF, del Estado beneficiario, se configura en función de la esfera de aplicación material de la cláusula de la NMF. En este sentido, la propia cláusula puede delimitar su aplicación a la totalidad de la materia regulada por el tratado básico en el que se inserta, o por el contrario, puede limitar su aplicación a unas materias concretas.

Si bien los orígenes de la cláusula de la NMF se sitúan en la Edad Media (USTOR, E., p. 469), su pródiga difusión aconteció merced a la celebración de los tratados bilaterales de amistad y comercio concluidos por Estados Unidos a finales del siglo XVIII, cuya continuidad se extendió hasta principios del siglo XX. De ahí que el contexto natural de la cláusula de la NMF haya sido el del comercio internacional. Como modelo, el art. I.1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, cuyo título reza «Trato general de la nación más favorecida», prevé que:

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del art. III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Otros acuerdos multilaterales han acogido, en mayor o menor medida, la cláusula de la NMF como así puede apreciarse, por ejemplo, en los arts. 308, 904 y 1103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte («Nafta») de 1992, y los arts. 10.4 y 11.3 del Tratado de Libre Comercio para la República Dominicana y Centro América («Cafta-DR») de 2004.

Ahora bien, la cláusula de la NMF está afianzándose, especialmente, en el sector de las inversiones extranjeras, en el que se ha convertido en una cláusula casi imprescindible de los, aproximadamente, 2500 Tratados Bilaterales de Inversión («TBI») vigentes, además de hallarse incorporada también en los tratados multilaterales recién enunciados. En este contexto, merced a la cláusula de la NMF, las inversiones regidas por el tratado básico van a poder beneficiarse del trato más favorable que pueda dispensarles un tercer tratado.

El art. 4 del TBI modelo de Francia de 2004, ofrece una muestra de cláusula de tratamiento de la NMF:

Each Contracting Party shall apply on its territory and in its maritime area to the nationals and companies of the other Party, with respect to their investments and activities related to the investments, a treatment not less favorable than that granted to its nationals or companies, or the treatment granted to the nationals or companies of the most favored nation, if the latter is more favorable. In this respect, nationals authorized to work on the territory and in the maritime area of one Contracting Party shall enjoy the material facilities relevant to the exercise of their professional activities.

This treatment shall not include the privileges granted by one Contracting Party to nationals or companies of a third party State by virtue of its participation or association in a free-trade zone, customs union, common market or any other form of regional economic organization.

The provisions of this article do not apply to tax matters.

Asimismo, la proyección de la referida cláusula está alcanzando a otros sectores materiales como, por ejemplo, a las relaciones diplomáticas y consulares. Incluso, más recientemente, a raíz de la Decisión del Tribunal sobre excepciones de jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (Ciadi), *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, de 25 de enero de 2000 (Caso n.º ARB/97/7), se planteó la conveniencia de extender la aplicación de la citada cláusula a cuestiones procesales. No obstante, las decisiones de los diversos tribunales arbitrales administrados por el Ciadi, que han tenido que afrontar tal cuestión, no han mostrado una postura unánime al respecto.

En suma, la cláusula de la NMF se presenta como una de las diversas manifestaciones del principio de no discriminación, en la medida en que persigue conferir un trato igualitario a sus beneficiarios, en línea con el que las partes contratantes dispensan a terceros. No obstante, el referido trato no resulta en modo alguno absoluto, dado que la citada cláusula suele acompañarse de una serie de excepciones que, por consiguiente, quedan al margen del tratamiento de la nación más favorecida. Por regla general, las citadas excepciones obedecen a las siguientes razones: por la pertenencia de los Estados contratantes a una unión aduanera, zona de libre cambio, unión monetaria o económica o a cualquier otro proceso de integración económica; por tratarse de cuestiones tributarias y para evitar la doble imposición; y, por último, por motivos de orden público, salud y seguridad pública.

En este sentido, el art. 351.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea nos brinda otra muestra de disposición en virtud de la cual se prohíbe a los Estados miembros de la Unión Europea, el recurso a la cláusula de la NMF, para evitar que extiendan a terceros Estados los derechos y prerrogativas que el régimen europeo les confiere:

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias a favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados.

(Autora: Georgina Garriga Suau. Profesora Agregada Serra Hünter de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ACCONCI, Pía. «Most-Favoured-Nation Treatment». En MUCHLINSKI, P., F. ORTINO, Ch. SCHREUER (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 363-406. DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. FERNÁNDEZ MASÍ, Enrique. «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, vol. 13. FORNER DELAYGUA, J.J. *La cláusula de la nación más favorecida: la excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel. *La protección de las inversiones exteriores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. GARRIGA SUAU, Georgina. «El ámbito de aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión sometidos a la interpretación del Ciadi». ALDECOA LUZÁRRAGA, F y F. SOBRINO HEREDIA (eds.). *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*. Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 567-579. HAMIDA, Walid Ben. «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?». *Journal du Droit International. Clunet*, 2007, n.º 4, pp. 1127-1162. SAUVIGNON, Edouard. *La clause de la nation la plus favorisée*, 1972. TRIGGIANI, E. *Il trattamento della nazione più favorita*. Napoli Jovene, 1984. Unctad, *Most-Favoured-Nation Treatment*, Unctad Series on issues in international investment agreements, 1999. USTOR, Endre. «Most-Favoured-Nation Clause». *Encyclopedia of Public International Law*. North-Holland, 1997, vol. three, pp. 468-473.

VOCABLOS CONEXOS: Appris. Ciadi.

CLÁUSULA MARIPOSA

Cláusula que se introduce en contratos para la cesión del uso de nuevas tecnologías (especialmente, *software*), en defensa de la propiedad intelectual de su creador, que limitan sus aplicaciones a aquellas actividades que no son vetadas por el cedente (usos militares o contrarios a los derechos humanos, por ejemplo) y que establecen el arbitraje como medio de solución de las disputas relacionadas con ese contrato. El nombre viene del supuesto efecto en cadena de una mariposa batiendo las alas en un rincón del mundo, provocando una catástrofe en el otro extremo del planeta. Que el cesionario de la tecnología sea un Estado no altera su naturaleza.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho internacional de la Universidad de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral.

CLÁUSULA *MULTI-TIER* O CLÁUSULAS ESCALONADAS

Una cláusula *multi-tier* o cláusula escalonada, es aquella que prevé más de un mecanismo de resolución de las disputas que puedan surgir de una relación contractual, combinando fórmulas autocompositivas con fórmulas heterocompositivas.

La forma más típica de estas cláusulas conjuga una pluralidad de métodos ADR, escalonándolos de forma tal que las partes no pueden acudir a un método sin haber agotado previamente el anterior. Así, es cada vez más común encontrar cláusulas que prevén una etapa de mediación o negociación obligatoria con anterioridad a acudir a un arbitraje, especialmente en contratos de larga duración tales como los contratos de grandes obras de ingeniería, contratos llave en mano o contratos relativos a energía, gas y petróleo, en los que resulta necesario resolver de forma muy rápida unas determinadas desavenencias, a fin de no comprometer la totalidad del contrato, y en los que el mantenimiento de unas buenas relaciones comerciales entre las partes resulta especialmente relevante para el negocio de ambas.

Si se opta por pactar este tipo de cláusulas, es deseable, y así lo recomiendan las Directrices sobre Redacción de Cláusulas Arbitrales Internacionales publicadas por la IBA, que se diferencien claramente los distintos métodos de resolución de conflictos, indicando con precisión en qué consiste cada método y la forma en que se pasa de un método al otro; por ejemplo, especificando un plazo en el cual se considerará cumplida la etapa de negociación y quedará expedita la vía arbitral. La ausencia de un plazo de duración de la etapa de negociación o mediación puede convertir a la cláusula en patológica, y atrapar a las partes en una fase de arreglo de controversias amistosa, frustrando o dilatando considerablemente su acceso a la vía arbitral. De forma similar, resulta recomendable precisar en la cláusula si el sistema de encadenamientos de métodos, afecta a todas las disputas o sólo a algunas cuestiones contractuales concretas.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortázar. Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral.

CLÁUSULA DE OPCIÓN IRREVOCABLE

Es una cláusula contenida en cierto número de Appris, que obliga a que la decisión del inversor de someter una controversia a los tribunales del Estado receptor de la inversión o su decisión, alternativamente, de someter la controversia a un tribunal de arbitraje, sea definitiva (McLACHLAN). Ejemplos de Appris que contienen esta cláusula son el Appri modelo de Chile, el Appri Francia-Argentina, que fue objeto de discusión en el *Caso Vivendi*, y el Appri USA-Argentina, que fue objeto de discusión en el *Caso CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*. La *Energy Charter Treaty* (ECT) también contiene una lista de 22 países que rehúsan dar su consentimiento para acudir al arbitraje en caso de que el inversor haya acudido previamente a los tribunales ordinarios o a cualquier método de resolución de controversias previsto contractualmente. La cláusula *fork in the road* no se debe confundir con otro tipo de cláusulas (por ejemplo, en el art. 26.2 del Appri modelo de USA o en el art. 1121(1)(b) del Tlcán) que impiden al inversor llevar la controversia ante tribunales ordinarios, una vez que dicha controversia haya comenzado ante un tribunal arbitral.

Hasta ahora, los tribunales arbitrales, en los casos de los que se tiene conocimiento, nunca se han visto privados de competencia por razón de la existencia de esta cláusula en el Appri, conforme al que se demandaba, ya que siempre han interpretado que no había identidad de partes entre el procedimiento judicial y el arbitral o que el objeto de la demanda presentada ante ellos era, fundamentalmente, diferente del objeto de otras demandas presentadas ante tribunales ordinarios u otros tribunales arbitrales previstos contractualmente.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAMPBELL, M. *et al. International Investment Arbitration. Substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2008. DOUGLAS, Z. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri). Arbitraje de inversiones. Tratado de la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*).

CLÁUSULA PARAGUAS

Reciben este nombre un tipo de cláusulas contenidas en, aproximadamente, un cuarenta por ciento de los Appris existentes, mediante las cuales el Estado parte en el Appri se compromete, con diferentes formulaciones y en distinto grado, a cumplir cualesquiera obligaciones que haya contraído con el inversor. Algunos autores (ALEXANDROV) y laudos arbitrales sostienen que el efecto de estas cláusulas es transformar el incumplimiento de obligaciones que el Estado ha asumido con respecto al inversor extranjero, incluyendo obligaciones contractuales, en incumplimientos del propio Appri. También se podría decir que las cláusulas paraguas son en realidad cláusulas de estabilización, en la medida en que el Estado asume una obligación internacional de respetar su obligación de no modificar el entorno normativo en el que se ha hecho la inversión (DOLZER).

Una característica común a la mayoría de cláusulas paraguas, es el uso de términos imperativos, que indican la obligación del Estado de cumplir con las obligaciones que haya contraído con el inversor. Sin embargo, las expresiones empleadas en algunos Appris son menos taxativas y más ambiguas. Otra característica común es que se refieren a obligaciones contraídas por el Estado y no por o entre individuos o entidades privadas.

El lugar en que está situada la cláusula paraguas puede variar de un Appri a otro, lo que ha sido tenido en cuenta por los tribunales arbitrales a la hora de determinar el alcance de la cláusula. El tribunal que decidió el caso *SGS vs. Pakistán* entendió que la situación de la cláusula, casi al final del Appri Suiza-Pakistán, indicaba que la intención de las partes del Appri no era obligarse del mismo modo que con el resto de obligaciones de protección de la inversión (obligación de trato justo y equitativo, etc).

En cuanto al alcance y efectos de la cláusula, los Appris presentan algunas diferencias según empleen; por ejemplo, las expresiones *commitments*, *any obligation* o *any other obligations* (compromisos, cualquier obligación o cualquier otra obligación). Así como algunas cláusulas se refieren a obligaciones «*entered into*» (contraídas) por un Estado (art. 2, Appri modelo de Reino Unido), otras se refieren a obligaciones «*assumed*» (asumidas) por un Estado (art. 10 del Appri Reino Unido-Líbano de 1999). El tribunal del caso *SGS vs. Pakistán* comentó que la expresión «*entered into*» era lo suficientemente amplia como para incluir también obligaciones unilaterales del Estado, como las contenidas en sus propias normas internas o medidas administrativas.

Algunos Appris identifican con más precisión los tipos de obligaciones cubiertos por la cláusula. Los Appris suscritos por Australia con algunos países se refieren a «*written obligations*» (obligaciones por escrito). El Appri Austria-Chile de 1991 se refiere a «*contractual obligations*» (obligaciones contractuales). La mayoría de los Appris concluidos por México restringen el alcance de la cláusula al disponer que «*disputes arising from such obligations shall be settled under the terms of the contract underlying the obligation*» (las controversias que surjan de tales obligaciones se dirimirán conforme a los términos del contrato del que nazca la obligación).

Asimismo, el modo más o menos específico con que se haga referencia a las inversiones cubiertas puede restringir o ampliar el alcance de la cláusula paraguas. En muchos Appris del Reino Unido se dice: «*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or Companies of the other Contracting Party*» (cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con relación a inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante). Por contraste, el Appri modelo de Austria dispone que «*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party*» (cada Parte Contratante

cumplirá cualquier obligación que haya contraído con relación a inversiones específicas de inversores de la otra Parte Contratante).

La práctica arbitral ha seguido dos tendencias, en cuanto a la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas: una más restrictiva y otra más expansiva.

Los dos arbitrajes que han suscitado más controversia acerca del alcance de las cláusulas paraguas son *SGS vs. Pakistán* y *SGS vs. Philippines*. En el primero, el contrato contenía una cláusula arbitral para arbitrar la controversia en Pakistán, conforme a la ley pakistaní de arbitraje. El tribunal entendió que la cláusula paraguas incluida en el Appri no «elevaba» las reclamaciones que sólo estuvieran basadas en un incumplimiento de contrato a la categoría de reclamaciones por incumplimiento de tratado y que la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en el Appri, tampoco abarcaba las reclamaciones basadas en un contrato, por lo que no tenía competencia. El tribunal entendió que las consecuencias de considerar que la cláusula elevaba los incumplimientos contractuales a la categoría de incumplimientos de tratado eran tan grandes, que el demandante debía haber presentado pruebas concluyentes de que tal había sido la intención de los Estados parte en el Appri. El tribunal también se apoyó en el requisito tradicional de que los arbitrajes basados en tratados internacionales, deben referirse a actuaciones soberanas de los Estados, no a actuaciones meramente comerciales. Asimismo, el lugar del tratado en que la cláusula paraguas estaba situado –no incluida en el grupo de obligaciones «principales» del Estado respecto a la inversión– mostraba, para el tribunal, que la obligación creada por la cláusula paraguas, no tenía la misma entidad que el resto de obligaciones estatales.

La interpretación restringida de *SGS vs. Pakistán* ha sido seguida por otros tribunales: *El Paso Energy vs. Argentina*, *Joy Mining Machinery vs. Egipto*, *Salini Costruttori SPA and Italstrade vs. Jordania*, *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company vs. Argentina*, *CMS Gas Transmission Company vs. Argentina*.

Por otro lado, también existen interpretaciones amplias del alcance de la cláusula paraguas. En *SGS vs. Philippines* el tribunal rechazó los planteamientos del tribunal del *Caso SGS vs. Pakistán* y explicó que, en la cláusula paraguas, la expresión «cualquier obligación» podía aplicarse a obligaciones surgidas del Derecho interno, como son las obligaciones contractuales. El tribunal entendió que el Appri debía ser interpretado de acuerdo con su finalidad. Dado que dicha finalidad era la promoción y protección de inversiones, las dudas que pudieran surgir en la interpretación de la cláusula paraguas debían interpretarse a favor de la protección de las inversiones.

El tribunal criticó la decisión del *Caso SGS vs. Pakistán*, porque privaba a la cláusula de cualquier significado y porque consideró que el lugar que ocupaba la cláusula en el tratado, no era determinante para interpretarla, al contrario de lo que había dicho aquel tribunal.

No obstante, para el tribunal de *SGS vs. Philippines*, la cláusula no convertía la cuestión del alcance de tales obligaciones contractuales en una cuestión de Derecho internacional. Tampoco simples incumplimientos de contrato podían equivaler a incumplimientos del Appri. Sin embargo, el tribunal entendió que, dado que el contrato contenía una cláusula de elección de foro, dando competencia a un tribunal ordinario nacional, era este tribunal el que debía entender de la demanda. Para llegar a esta conclusión, el tribunal argumentó que la cláusula de elección de foro del contrato se aplicaba a la controversia de modo más específico que la incluida en el Appri. Además, el Appri debe apoyar y complementar, más que desplazar, los acuerdos de inversión específicamente negociados. Además, el contrato que SGS decía incumplido estaba regido por Derecho filipino, no por Derecho internacional.

Asimismo, el tribunal decidió que para que operara la cláusula paraguas, las obligaciones del Estado debían referirse a la inversión específica protegida por el Appri, por lo que no estaban incluidas obligaciones derivadas de la legislación general del Estado. Un voto particular en el laudo entendió que el Appri, habiéndose concluido con posterioridad al contrato, ampliaba para el inversor las posibilidades de presentar reclamaciones.

El tribunal arbitral decidió suspender el procedimiento indefinidamente, hasta que el demandante obtuviera un pronunciamiento de los tribunales ordinarios que, en caso de no ser conforme a Derecho, posibilitaría retomar el procedimiento arbitral.

La interpretación expansiva hecha en este caso ha sido seguida en otros como *Sempra Energy International vs. Argentina*, *Consortio Groupement L.E.S.I.-Dipenta vs. Argelia*, *Eureko BV vs. Polonia*, *Noble Ventures vs. Rumania* y *LG&E vs. Argentina*.

La interpretación por el tribunal de *SGS vs. Philippines* parece preferible a la del tribunal de *SGS vs. Pakistán*. La interpretación de este último parecía estar basada en el *a priori* de que las disminuciones de soberanía deben ser interpretadas restrictivamente y priva a la cláusula de cualquier significado. Además, la interpretación natural de una cláusula paraguas que se refiera ampliamente a «obligaciones relativas a la inversión» es que están incluidas las obligaciones contractuales, puesto que una inversión puede realizarse mediante un contrato. El argumento usado por el tribunal en *SGS vs. Pakistán*, en el sentido de que dar un significado amplio a la cláusula paraguas privaría de utilidad al resto de obligaciones estatales del Appri, no es correcto porque dichas obligaciones (trato justo y equitativo, no discriminación, etc.) no están presentes habitualmente en el ámbito contractual. Por otro lado, sólo el Estado es parte, tanto del contrato relativo a la inversión como del Appri. Es el Estado el que ha podido dar un significado más claro a la cláusula paraguas, por lo que cualquier oscuridad ha de ser interpretada en su contra y a favor del inversor.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: YANNACA-SMALL, K. *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. Working Papers on International Investment*, OCDE, 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appri). Arbitraje de inversiones.

CLÁUSULAS (ARBITRALES) PATOLÓGICAS

Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (*pathological [compromissory] clauses*), propuesta por Frédéric EISEMANN, para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

La «patología» del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como –quizá más frecuentemente– en aquéllos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje. La «patología» puede resultar del convenio arbitral en sí mismo o de la falta de coordinación de varios convenios arbitrales que afectan a diversas relaciones jurídicas existentes entre las partes estrechamente vinculadas entre sí (por ejemplo, un pacto de socios y los estatutos de la sociedad o un contrato principal y un acuerdo de garantía para cumplimiento).

En no pocas ocasiones los convenios arbitrales se redactan sin prestar la debida atención o sin realizar el suficiente estudio y consideraciones necesarias ni sobre el tipo de disputas que se pueden plantear entre las partes ni sobre si el convenio arbitral pactado abarca todas ellas y si su contenido resultará en un sistema apropiado de resolución de dichas disputas. Ello se debe a que la negociación y redacción del convenio arbitral se suele dejar para el último momento, esto es, para cuando ha concluido la negociación del contrato o contratos a firmar por las partes en una operación y ha quedado cerrada la redacción del resto de cláusulas de dicho contrato o contratos. Último momento al que se llega a menudo tras largas y complejas negociaciones y a altas horas de la noche o de la madrugada. De ahí que se aluda a las cláusulas de resolución de conflictos como «cláusulas de medianoche» o «*midnight clauses*», que a menudo consisten en cláusulas estándar no pensadas específicamente para el caso concreto, o adaptadas al mismo apresuradamente.

Sentado lo anterior, pasamos a centrarnos, en primer lugar, en la primera y más común acepción de cláusula patológica, esto es, en convenios arbitrales que resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables.

Si bien es cierto que la mayoría de tribunales estatales, ante cláusulas con contradicciones o ambiguas, intentan darles sentido atendiendo a la voluntad de las partes de someterse a un determinado arbitraje, esto no siempre es posible y tampoco siempre se plantea el problema ante tribunales de jurisdicciones que se rijan por el principio *favor arbitri*.

Las cláusulas patológicas generan, en todo caso, inseguridad jurídica a la parte que quiere acudir al mecanismo de resolución de disputas pactado. En primer lugar, se le plantearán dudas sobre si instar el arbitraje o acudir a los tribunales estatales por inaplicabilidad o ineficacia del convenio arbitral para la concreta disputa surgida. En segundo lugar, tome una u otra decisión, el laudo o la sentencia judicial podrá ser cuestionado por la otra parte, reproduciendo la discusión sobre la aplicabilidad o ineficacia del convenio arbitral.

En ausencia de voluntad de las partes de enmendar o sustituir de mutuo acuerdo los extremos problemáticos del convenio arbitral, lo cual a menudo es difícil, una vez surge la controversia, las cláusulas patológicas acaban dificultando o incluso impidiendo la resolución de la controversia mediante arbitraje. En el mejor de los casos, la controversia, finalmente, puede ser resuelta en un arbitraje que concluye con un laudo que no es anulado, si bien todo ello después de incurrir en dilaciones y costes innecesarios como consecuencia de las discusiones planteadas por las partes ante la institución que administra el arbitraje, los árbitros o los tribunales estatales, sobre los particulares del arbitraje recogidos en el convenio arbitral sin la debida claridad o corrección o, incluso, sobre la propia arbitrabilidad de la disputa, el contenido del mandato a los árbitros o la validez de la cláusula arbitral. En el peor de los casos, como consecuencia de la «patología», la parte que desea evitar el arbitraje pactado logrará que el tribunal estatal al que acuda se declare competente, que la institución que administre el arbitraje o los árbitros concluyan que la disputa no es arbitrable; o, en el supuesto de que los árbitros se declaren competentes, y si dicha parte no está satisfecha con el laudo, la anulación del mismo o bloquear su ejecución.

Conviene traer a colación a este respecto el inciso final del apartado 3 del art. 11 de la Convención de Nueva York, que establece que «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».

Para evitar pactar cláusulas patológicas, en caso de arbitraje institucional, las partes suelen redactar el convenio arbitral tomando la cláusula modelo que propone la institución arbitral a la que se encomienda la administración del arbitraje, con las mínimas adaptaciones o complementos necesarios (por ejemplo, determinación del número de árbitros, del idioma del arbitraje o del lugar del arbitraje en caso de no coincidir con el de la institución). En virtud de dichas cláusulas modelo, las partes se someten al reglamento arbitral de la institución, que en la mayoría de los casos contendrá reglas que determinen o regulen aquellos aspectos del arbitraje relevantes y no pactados expresamente por las partes, evitando la necesidad de recurrir a la asistencia de los tribunales estatales. Precisamente por esta razón, los autores más destacados en materia de arbitraje recomiendan, como regla general, que los convenios arbitrales en los que se pacte un arbitraje institucional, partan de la cláusula recomendada por la institución y sean claros y simples, evitando complejidades innecesarias.

Salvo por la necesaria claridad que debe tener todo convenio arbitral, lo anterior no es aplicable en caso de sometimiento por las partes a arbitraje *ad hoc*. En ausencia de una institución que administre el arbitraje y de sometimiento a su reglamento arbitral, las partes deben incluir una regulación más pormenorizada del arbitraje en el convenio arbitral para evitar futuras actitudes obstaculizadoras de una de ellas o tener que acudir a la asistencia judicial.

Ello, no obstante, es cierto que las modernas leyes de arbitraje establecen normas aplicables en ausencia de pacto expreso de las partes en cuestiones, tales como el número de árbitros, el sistema de nombramiento de árbitros, el nombramiento de árbitros sustitutos, el procedimiento aplicable a la tramitación del arbitraje, el lugar del arbitraje, el idioma, etc.

Además, en caso de sometimiento a arbitraje *ad hoc*, las partes también pueden incluir en su convenio arbitral por referencia, las reglas previstas en reglamentos de arbitraje de instituciones arbitrales (aunque lógicamente existirán reglas inaplicables por aludir a actuaciones de la institución) o en reglamentos modelo como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional («Reglamento Modelo Uncitral»). El art. 1 de este Reglamento (en su versión revisada en 2010) establece que «cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar» y que «este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje a la que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición».

Incluimos a continuación, a título ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, una serie de supuestos comunes que dan lugar a cláusulas patológicas:

- (i) Uso en el convenio arbitral de expresiones que puedan inducir a dudar sobre el carácter «imperativo» y no «optativo» del sometimiento a arbitraje de las partes.

- (ii) Inclusión de referencias a los tribunales de un Estado en la cláusula a efectos de asistencia judicial o ejecución de laudo, cuya redacción pueda plantear dudas sobre la voluntad de las partes de someter las controversias del contrato a arbitraje o a los tribunales estatales.
- (iii) Definición excesivamente cerrada del tipo de disputas relativas a un contrato sometidas a arbitraje (por ejemplo, sólo someter a arbitraje las disputas sobre la «interpretación del contrato»), en lugar de emplear fórmulas suficientemente abiertas y flexibles tales como disputas «resultantes o relacionadas con el contrato».
- (iv) Falta de coordinación o de inclusión de convenios arbitrales con el mismo contenido o debidamente coordinados en distintos contratos, que es previsible que se vean afectados conjuntamente, en caso de disputa entre las partes (pacto de socio y estatutos de la sociedad; contrato principal y aval o acuerdo de *escrow* en garantía del cumplimiento de dicho contrato; contrato para la fabricación de un producto y contrato de licencia relacionado con el producto, el proceso de fabricación o las marcas a emplear; etc.).
- (v) En caso de arbitraje institucional, identificación incorrecta de la institución de arbitraje que conlleve la imposibilidad de conocer qué institución querían las partes que administrara el arbitraje o que puede inducir a confusión entre dos o más instituciones.
- (vi) Convenios arbitrales en los que se pretende pactar un arbitraje institucional, pero que no incluyen un sometimiento de las partes al reglamento de la institución, cuyo tenor literal plantea dudas sobre la intención de las partes de designar a la institución únicamente como autoridad nominadora y no para administrar el arbitraje; o incluyen exclusiones de las reglas del reglamento de la institución no aceptables para ésta.
- (vii) Sometimiento al arbitraje de uno o varios árbitros concretos que luego no pueden aceptar su nombramiento, sin prever un sistema de designación de nuevos árbitros para esta eventualidad.
- (viii) Designación de una autoridad nominadora que no existe, como consecuencia de errores en el nombre o porque ha desaparecido posteriormente.
- (ix) Inclusión de un conjunto de requisitos (nacionalidad, dominio de diversos idiomas, titulaciones, experiencia, etc.) que deban cumplir los árbitros y que limite en la práctica excesivamente o incluso imposibilite la localización de candidatos válidos.
- (x) Referencia a la ley aplicable al arbitraje identificando una norma de arbitraje concreta de un Estado, lo que puede plantear problemas en caso de que esa norma esté derogada en el momento en que se plantee el arbitraje.
- (xi) Empleo de cláusulas sobrepuestas o *multi-tiered clauses* en las que no se regula correctamente el momento en que las partes pueden acudir a arbitraje o cuando una parte puede considerar agotado el sistema de resolución de disputas previo al arbitraje (por ejemplo, mediación) pactado.

Nos referimos brevemente, para concluir, a la segunda acepción de la expresión «cláusulas patológicas» señalada al inicio; esto es, la relativa a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

La «patología» de estos convenios arbitrales deriva normalmente del lugar o sede del arbitraje y del derecho aplicable al convenio arbitral. Las partes pueden encontrarse con una sede cuyos tribunales estatales no prestan la asistencia necesaria al procedimiento o son excesivamente intervencionistas o excesivamente poco intervencionistas. Igualmente, el Derecho aplicable al arbitraje puede resultar en problemas de ejecución que las partes no analizaron en el momento de pactar el convenio arbitral.

Otro tipo de cláusulas patológicas, en esta segunda acepción, son aquéllas que; por ejemplo, resultan en una evidente desproporción entre la complejidad y costes del tipo de arbitraje pactado y el tipo de controversias que, finalmente, se han de dirimir, o en un arbitraje con un tipo de árbitros con un perfil o especialidad no óptimo para la resolución de la disputa en cuestión.

(Autor: César Rivera. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, A.M., N. HUNTER, C. BLACKABY y C. PARTASIDES. «Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional». Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. REISMAN W.M., W.L. CRAIG PARK y J. PAULSSON. «International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes». *University Casebook Series*. The Foundation Press, 1997.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje. Cláusula arbitral abusiva. Convenio arbitral. Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Ineficacia del convenio arbitral.

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE

El Club Español del Arbitraje (CEA) es una asociación española sin ánimo de lucro, dedicada a promover el recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos, así como a desarrollar el arbitraje en lengua española y portuguesa o con componente iberoamericano. Se constituyó en 2005 por un grupo de profesionales especialistas en arbitraje internacional. El Club reúne a más de 900 socios de cuarenta países en Europa, América, Asia y África, todos ellos expertos en arbitraje, que han contribuido a la consolidación de una comunidad arbitral internacional en lengua española y portuguesa. Todas las personas físicas especialistas en esta materia que compartan los objetivos del Club, independientemente de la nacionalidad y lugar de residencia, están invitadas a unirse al CEA. En la actualidad, la mitad de los miembros del Club residen fuera de España.

Los objetivos del Club Español del Arbitraje son los siguientes:

- (i) Promocionar el uso del arbitraje entre los empresarios de habla española y portuguesa o con intereses en Iberoamérica.
- (ii) Servir de foro para el intercambio de ideas y conocimientos entre profesionales.
- (iii) Colaborar con jueces y magistrados en el estudio, desarrollo y aplicación del arbitraje.
- (iv) Elaborar informes, documentos de trabajo, recomendaciones de buenas prácticas en arbitrajes y en mediación, así como códigos de conducta, que constituyan pautas de orientación.
- (v) Organizar jornadas sobre arbitraje y mediación periódicamente y un congreso anual, que sirvan de punto de encuentro para los especialistas en el tema.
- (vi) Mantener una web que reúna toda la información relevante en el campo del arbitraje y la mediación.
- (vii) Publicar en la web del Club un listado de los socios.

El CEA promueve la consecución de sus objetivos a través de sus veintiocho capítulos internacionales en Europa, América y Asia: en Alemania y Austria, Argentina y Uruguay, Bélgica, Bolivia, Brasil, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos (Florida y Nueva York-Washington DC), Francia, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia y Ucrania, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Suiza y Venezuela. Asimismo, nuevos capítulos están formalizando su constitución en distintos continentes.

El CEA no es una corte de arbitraje, no tiene como función la administración de procedimientos arbitrales, pero mantiene estrechas relaciones de colaboración con las más prestigiosas cortes de administradores de arbitrajes.

El trabajo del Club Español del Arbitraje se desarrolla a través de diferentes Comisiones y Grupos de Trabajo como, en la actualidad, la Comisión de Buenas Prácticas Arbitrales, la Comisión de Independencia de los Árbitros, la Comisión en Materia Procedimental, la Comisión de Arbitraje Societario, la Comisión de Arbitraje y Derecho Público, la Comisión de Arbitraje Financiero o la Comisión de Mediación. Las comisiones redactan informes, códigos y recomendaciones sobre diversas materias, dirigidos a usuarios del arbitraje, abogados, árbitros, instituciones de arbitraje y mediación, nacionales e internacionales, jueces y magistrados, representantes del mundo académico, legisladores y administraciones públicas. Dichos documentos, como las Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros, el Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales (que incluye el Reglamento Modelo de Arbitraje del CEA), el Código de Buenas Prácticas en Mediación y el Informe sobre Arbitraje Societario en España, se pueden descargar en español e inglés en la web del Club (www.clubarbitraje.com).

Además, desde su fundación, el CEA ha desplegado una intensa actividad a través de seminarios y conferencias mensuales retransmitidas por videoconferencia en diversos países, así como congresos anuales y publicaciones como la revista *Spain Arbitration Review*, cuyos números pueden consultarse en la base de datos *KluwerArbitration* y, para los socios, en la web del Club.

El grupo de jóvenes especialistas en arbitraje CEA-40 organiza actividades sobre arbitraje y un Encuentro Anual, y participa en el *Co-Chairs' Circle*, representando así la voz en español y en portugués de la comunidad internacional de jóvenes profesionales del arbitraje.

El Club sirve de plataforma para mostrar el alto nivel de la práctica arbitral en lengua española y portuguesa o con componente iberoamericano. El deseo del CEA es seguir trabajando con todos los que se muestren interesados en acrecentar la confianza de los operadores en el arbitraje internacional. Se puede solicitar la inscripción online en el Club a través de la web (www.clubarbitraje.com/user/register). Entre otras, las ventajas de ser socio del CEA, son las siguientes:

- (i) Networking: el Club Español del Arbitraje, como plataforma con más de 900 asociados en cuarenta países, permite a sus miembros acceder a una red profesional internacional, especialmente a través de los veintiocho capítulos internacionales ya creados, así como los que están siendo creados en los continentes europeo y americano.
- (ii) Aparición del nombre de los socios en la web, pudiendo colgar el CV si lo desean.
- (iii) Asistencia a actividades de forma gratuita o con cuota de inscripción reducida, dependiendo de la actividad: por ejemplo, reducción en la cuota de inscripción en el congreso anual del CEA o en el Encuentro de Capítulos Internacionales y gratuidad o cuota reducida en el resto de actividades que organiza mensualmente el CEA, la mayoría de ellas retransmitidas por videoconferencia, y en las actividades que organizan los propios capítulos internacionales.
- (iv) Derecho a recibir las comunicaciones del Club, así como información de interés relativa a la situación del arbitraje, cambios legislativos y jurisprudenciales, documentos de trabajo del CEA, seminarios o congresos nacionales e internacionales sobre arbitraje.
- (v) Derecho a asistir, con voz y voto, a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Asamblea General del Club Español del Arbitraje.
- (vi) Derecho de los socios -40 a participar, con cuota reducida o de forma gratuita en las actividades sobre arbitraje organizadas por el grupo de jóvenes especialistas en arbitraje y en el Encuentro Anual del CEA-40.
- (vii) Derecho a publicar artículos sobre doctrina arbitral en la *Spain Arbitration Review* publicada por el Club, siempre y cuando los artículos cumplan con los requisitos necesarios y obtengan la conformidad de la Comisión de Publicaciones.
- (viii) Acceso a la parte reservada de la web, donde se puede descargar, entre otros, todos los números de la revista *Spain Arbitration Review*, editada por el CEA.

(Autora: Carmen Venegas Grau.
Directora del Club Español del Arbitraje. Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Abstención del árbitro. Códigos de ética arbitral. Comunicaciones ex parte. Principios generales del arbitraje. Testigo.

CÓDIGOS DE ÉTICA ARBITRAL

Code of ethics es un término inglés que significa «código de ética», y en el contexto del arbitraje, hace referencia al conjunto de reglas de conducta para el desempeño de la labor de los árbitros.

Los códigos éticos provienen de organismos arbitrales con prestigio internacional, destacando por su importancia *The Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes*, elaborado por la *American Arbitration Association* («AAA») y la *American Bar Association* («ABA»), así como las *Rules of Ethics for International Arbitrators* elaborado por la *International Bar Association* («IBA»).

También hay códigos dirigidos, no a los árbitros, sino a las instituciones arbitrales, como es el caso del *Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales* elaborado por el Club Español del Arbitraje («CEA»).

Para que un determinado código ético sea de aplicación obligada, debe ser previamente aceptado por acuerdo, mediante una cláusula específica en el convenio arbitral. Pero, en todo caso, pueden servir a los árbitros como guía orientadora, si la legislación nacional en materia de ética arbitral no brindase respuestas.

Los códigos éticos no contienen una serie de reglas fijas sino que contemplan unas líneas de actuación flexibles, generalmente aceptadas y extraídas de la práctica internacional. Son menos estrictos que aquéllos que rigen la actuación de los jueces. La aplicación de reglas rígidas dificultaría el arbitraje y contravendría su esencia, ya

que se limitaría el número de árbitros competentes y se reducirían las posibilidades interpretativas que admiten los principios que comparten los distintos códigos éticos.

Los principales valores que proclaman los códigos éticos son la independencia y la imparcialidad, pero muchos códigos éticos también buscan impulsar otros valores, tales como la confidencialidad, la transparencia, la diligencia, la celeridad, la flexibilidad, la calidad y la medida en cuanto a gastos.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: O'MALLEY FORBES, William. «Rules of Ethics for Arbitrators and their Application». *Journal of International Arbitration*, 1992, vol. 9, Issue n.º 3, pp. 5-26. VAN DEN BERG, Albert Jan. «Rules of Ethics for International Arbitrators». En JAN VAN DEN BERG, Albert (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1987, vol. XII, pp. 199-202. AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo. «The Challenge of Arbitrators». *Arbitration International*, 1990, vol. 6, Issue n.º 3, pp. 203-225. CREMADES, Bernardo. «Code of ethics for arbitrators». En FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. y David ARIAS (eds.). *Liber Amicorum*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 417-420.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Corte de Arbitraje. Cultura arbitral.

COLEGIO ARBITRAL (TRIBUNAL ARBITRAL)

El término «colegio» aplicable al arbitraje es de etimología latina ya que el *collegium* implicaba, en las fuentes romanas, «reunión» en función de determinados vínculos.

En las leyes de arbitraje es común la referencia a «colegios arbitrales», en la medida en que, a través de ellos, se justifica la «reunión» de árbitros por la finalidad que los justifica y que no es otra que proceder a laudar.

Así que, en el arbitraje, el elemento subjetivo, que se proyecta en el mismo, se halla comprendido, de un lado, por «las partes» que suscriben el convenio arbitral; y, de otro lado, por los «árbitros» que pueden actuar «singulamente» o «colegiadamente». En este segundo supuesto constituirían un «colegio arbitral».

Para que se entienda mejor el ámbito «colegiado» de los árbitros, lo oportuno es comenzar indicando que, tanto las partes que expresan su voluntad de someterse a arbitraje mediante convenio arbitral, como los árbitros, son, por lo pronto, elementos subjetivos necesarios para las actuaciones arbitrales. Sin unos y sin otros no es posible el arbitraje.

El tratamiento subjetivo del arbitraje se justifica en que los árbitros son la consecuencia obligada del convenio arbitral suscrito por «las partes» en el que se presupone la ineludible existencia de aquéllos (los árbitros), a los que se les indica la controversia que han de resolver y que, expresada en el convenio arbitral, posibilita la exclusión de la jurisdicción estática de juzgados y tribunales estatales.

La interacción entre las partes y los árbitros es determinante, ya que, sin unos y sin otros, no es posible el arbitraje. Pero, esa interacción, en modo alguno, significa confusión. Esto es, no es posible confundir la posición que tanto unos como otros asumen en el arbitraje. Los primeros, son parciales, los segundos, en cambio, deben ser imparciales, por lo que no es posible confundir las posiciones que ocupan cada uno de ellos en el arbitraje.

La parcialidad de unos sujetos (de las «partes») del arbitraje y la imparcialidad de otros (de los «árbitros») ha sido ya planteada en la práctica jurisprudencial española por el ponente ÁLVAREZ PÉREZ, al indicar lo siguiente: «[...] Respecto a la denunciada nulidad de este recurso por el hecho de no haber tenido como parte en el mismo al árbitro, debe reiterarse ahora la doctrina sostenida por esta Sala en el auto dictado en su momento, puesto que el árbitro no es más que un juez privado; y, por ello, los pronunciamientos de esta sentencia alcanzan sólo a quienes son parte en el juicio arbitral, titulares de las relaciones jurídicas que en el mismo se decidieron y que por definición no alcanzaron ni podían alcanzar en modo alguno al árbitro, sujeto imparcial en las mismas».

O sea que, según el ponente ÁLVAREZ PÉREZ, hay que distinguir entre «quienes son parte en el juicio arbitral» y «el árbitro, sujeto imparcial».

En la práctica arbitral, la individualización nominal del árbitro o árbitros es aconsejable que se contenga en el convenio arbitral, cuando se trate de arbitraje *ad hoc*, pasando esa indicación a ser un elemento más del

convenio arbitral. Por el contrario, en el arbitraje institucional, la individualización de los árbitros normalmente no vendrá indicada, como regla general, en el convenio arbitral que suscriban las partes.

Como la individualización nominal del árbitro no es, pues, un elemento constitutivo de la validez del convenio arbitral, es por lo que esa indicación se puede llevar a cabo, incluso en cualquier momento *posterior* a la suscripción del convenio arbitral, mediante acuerdos complementarios. Pero, sucede que mientras la hipótesis de «complementar» el convenio arbitral es perfectamente viable en el arbitraje *ad hoc*, en cambio ésa no será la opción a seguir en el caso del arbitraje institucional, ya que será la institución arbitral, y no los que suscribieron el convenio arbitral, la que lleve a cabo la designación del árbitro o árbitros (en este último caso: «colegio arbitral»). Pero, de lo que no cabe duda, es que la designación del árbitro o árbitros (en este último caso, repito: «colegio arbitral») es un acto negocial de integración del convenio arbitral, ya lo sea en la modalidad de arbitraje *ad hoc* por quienes suscribieron el convenio arbitral [lo «complementan»] como en la, asimismo, modalidad de arbitraje institucional, por sujetos distintos a quienes suscribieron el convenio arbitral. En concreto, la «institución arbitral».

Paso ahora a la concreción natural del árbitro (claro está, en los supuestos de «colegio arbitral»). La regla general es que esa concreción sea la impar. Lo habitual en las leyes de arbitraje consiste en que las partes (arbitraje *ad hoc*) puedan concretar libremente el número de árbitros. Mediante el convenio arbitral, la resolución de la controversia se somete a la decisión de uno o más árbitros, en número impar. En el caso en que se constituya un órgano arbitral en número superior a un árbitro, es obvio que esa hipótesis, además de confluir necesariamente en un colegio arbitral, constituye un argumento decisivo para sostener que la función que ese colegio realice, no puede confiarse más que a personas físicas.

La persona natural del árbitro, a que alude el art. 13 de la Ley española de Arbitraje, es una persona física, y por ello ha de entenderse que si el convenio arbitral designa a una persona jurídica, ésta, tan sólo, podrá organizar [administrar] el arbitraje. Y ello es así, ya que la complejidad estatutaria de la persona jurídica obliga a la comparecencia mediante representante, lo que le excluye *intuitu personae* como árbitro.

(Autor: Antonio María Lorca Navarrete. Catedrático de
Derecho procesal de la Universidad del País Vasco.
Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ PÉREZ, T. «Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 1991». En *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (Rvdpa)*, 1993, n.º 2, §18 (pp. 223 y ss.). LORCA NAVARRETE, A.M.^a. *La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y el árbitro*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal cofinanciada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid), 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Deber de declaración (de los árbitros). Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros.

COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS (VER «ARBITRAJE EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS»)

COMIENZO DEL ARBITRAJE

El art. 27 de la Ley de Arbitraje española, al igual que el art. 22 de la Ley Modelo Uncitral, establece que, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, se considerará la de inicio del arbitraje.

Por su parte, el art. 4.a. del mismo texto legal, dispone que cuando la ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.

La conjunción de esos dos preceptos hace que la regla general sea que el arbitraje se entienda iniciado a la recepción por parte del demandado, de la solicitud de arbitraje o requerimiento de sometimiento a arbitraje, sin perjuicio de lo que las partes pudieran pactar, o lo establecido en los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que se sometan. En este sentido, por ejemplo, el art. 4 del Reglamento de la CCI establece que la fecha de recepción de la demanda (solicitud de arbitraje) por la Secretaría debe ser considerada, a todos los efectos, la del inicio del procedimiento arbitral. De forma similar, el art. 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, establece que el procedimiento arbitral dará comienzo con

la presentación de la solicitud de arbitraje ante la Corte, que dejará constancia de esa fecha en el registro habilitado a tal efecto.

La fijación del comienzo del arbitraje no es una cuestión baladí, ya que supone la activación de importantes consecuencias jurídicas. Así, y en primer lugar, el inicio del procedimiento arbitral determina la interrupción de los posibles plazos de prescripción que pudieran existir con respecto de las pretensiones a dilucidar en el arbitraje.

Igualmente y en segundo lugar, el inicio del arbitraje resulta fundamental en relación con el llamado efecto negativo del convenio arbitral y muy particularmente a los efectos de, en su caso, dilucidar la concurrencia de una posible litispendencia o prejudicialidad civil o penal.

Finalmente, el comienzo del arbitraje tiene importantes consecuencias en sede concursal, ya que el actual art. 52 de la Ley Concursal española, en su apartado primero, dispone que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor, quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, para luego clarificar que los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso, se continuarán hasta la firmeza del laudo. Salta a la vista que la consideración de una determinada fecha o hito procedimental como el inicio de un determinado procedimiento arbitral, puede significar la eficacia o no de la cláusula arbitral que ampara dicho arbitraje. No obstante lo anterior, debe hacerse referencia a que si sale adelante la reforma legislativa que en materia arbitral, se está acometiendo en el momento de escribir estas líneas, y que modifica el art. 52.1 de la Ley Concursal, en el sentido de regular que la declaración de concurso, por sí sola, no afecte a los acuerdos sobre mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, se suavizará el impacto anteriormente mencionado, y que en la actualidad presenta verdaderas dificultades en su aplicación e interpretación.

(Autor: Miguel Temboury. Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Ineficacia del convenio arbitral. Procedimiento arbitral.

COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1. *Significado*

Se trata de una asociación privada independiente de juristas académicos procedentes de todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, bajo la dirección del profesor danés Ole Lando. Sus miembros no representan específicos intereses políticos o nacionales; y, en algunos casos, se trata de juristas no sólo académicos sino dedicados al ejercicio del Derecho o involucrados en la elaboración de normas nacionales e internacionales. Fue creada en 1980 con el objetivo de formular unos principios generales para la elaboración de un sistema europeo común de Derecho contractual. Centró inicialmente su trabajo en esta parte del Derecho privado, toda vez que el instrumento más importante en la gestión y planificación de los negocios en una economía de mercado, es el contrato privado, manifestación del acuerdo nacido de la autonomía de la voluntad.

A partir de ese momento, la Comisión ha trabajado sucesivamente varios temas. En un primer momento abordó la eficacia y el cumplimiento de los contratos, así como el cumplimiento defectuoso y el incumplimiento. Fruto de este trabajo, publicó la 1.ª parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*, a partir de ahora PECL) en 1995, en inglés, y en 1997, en francés.

Paralelamente, en 1992 la Comisión empezó a trabajar en la elaboración de nuevos principios. Como resultado de esta labor se publicó en 1999, en inglés, un volumen que contenía las dos primeras partes, la primera de ellas revisada; aparte de los temas ya tratados en la primera parte se abordaban la formación, validez, interpretación y contenido del contrato, así como la representación. La versión italiana de estas dos partes se publicó en el 2001, y la alemana en el 2002.

Durante la última reunión sobre la segunda parte, celebrada en Estocolmo en 1995, la Comisión acordó completar la obra con una tercera, que incluiría principios sobre pluralidad de sujetos, cesión de créditos (tomando el término «crédito» en el sentido de «pretensión»), sustitución de deudor, cesión de la posición contractual, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización de intereses. Esta tercera parte se empezó a preparar en una reunión celebrada en diciembre de 1997. El volumen vio la luz en inglés en el año 2003.

Después de la publicación de los PECL, la Comisión ha seguido trabajando en el tema de la armonización del Derecho privado europeo. El 27 de septiembre de 2001, en colaboración con el Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo elaboró una comunicación sobre Derecho contractual europeo (*Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*), con el fin de responder a la que, a su vez, realizó la Comisión Europea el 11 de julio de 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento Europeo sobre este tema (COM (2001) 398 final de 11 de julio de 2001).

En esta Comunicación, que ha sido de gran influencia para la posterior toma de posición del Parlamento Europeo, ambos grupos ponen de manifiesto el problema que supone para la actividad empresarial transfronteriza en el mercado interior europeo, las diferencias que existen entre los Estados miembros en lo que respecta al Derecho contractual, y dan cuenta de forma detallada, de su opinión sobre las cuatro propuestas de acción planteadas por la Comisión Europea al tiempo que desarrollan las suyas propias. Los argumentos básicos de su discurso son los siguientes:

- a) No se muestran proclives a la opción de abandonar la solución al juego del mercado, al cual no ven capaz de generar por sí mismo, principios generales que puedan constituir la base para un progreso en la armonización, solución que expresan ser la más deseable.
- b) Se muestran a favor de una formulación o *restatement* que recoja los principios jurídicos comunes a los Estados europeos y que sirvan de base a un futuro sistema de Derecho privado europeo.
- c) En cuanto a la cuarta opción de la Comisión Europea opinan que una codificación en forma de legislación exhaustiva comunitaria de naturaleza obligatoria, es deseable, pero no posible con carácter inmediato, sino fruto de un proceso con fases programadas. Además, esa legislación estará basada en los principios comunes recogidos en el *restatement* del párrafo 2.
- d) Finalmente, también apoyan la tercera propuesta de la Comunicación, de acuerdo con la cual sería deseable una mejora de la legislación comunitaria existente; ahora bien, únicamente como medida complementaria a las anteriores. Se trata, en su opinión, de una solución parcial y temporal, en tanto y en cuanto no se llegue a la armonización global.

El Grupo de Estudio de un Código Civil europeo comenzó su trabajo en 1999 y se ha centrado en la investigación de contratos específicos, la responsabilidad extracontractual y ciertos aspectos jurídicos de la propiedad mobiliaria, como los títulos de crédito, la transmisión de la propiedad de bienes muebles y los *trusts*. Este Grupo se formó sobre la base de la Comisión sobre Derecho contractual europeo asumiendo el papel de su sucesor, de hecho, varios de los miembros del Grupo de Estudio lo eran también de la Comisión Lando. Su trabajo sigue la misma metodología de la Comisión buscando una formulación de principios en los temas objeto de su estudio de manera análoga a la de los PECL.

El 12 de febrero de 2003, la Comisión publicó un Plan de Acción [COM (2003) 68 final, de 12 de febrero de 2003] en el que proponía mejorar la calidad y coherencia del Derecho contractual europeo, mediante un Marco Común de Referencia (a partir de ahora MCR). El MCR debía incluir principios, terminología y reglas modelo comunes que el legislador de la Unión pudiera usar al crear o modificar legislación. En el documento se proponía también la revisión del acervo de la Unión en materia de Derecho contractual de consumidores, para eliminar incoherencias y suplir lagunas regulatorias.

Fruto de este Plan, la Comisión financió y siguió estrechamente la labor de una red académica internacional que llevó a cabo la investigación jurídica preparatoria para la adopción del MCR. Esta red académica está integrada, precisamente, por el Grupo de Estudio de un Código Civil europeo, dirigido por el profesor Christian VON BAR, y por el *Acquis Group*, fundado en 2002 y compuesto también por académicos de casi todos los Estados miembros. La investigación concluyó a finales del año 2008 y llevó a la publicación del Proyecto de Marco Común de Referencia o *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora DCFR) [VON BAR/CLIVE SCHULTE-NÖLKE (2009)], conjunto de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho civil, incluido el Derecho contractual y de responsabilidad civil. Incluye disposiciones, tanto para los contratos mercantiles como para los de consumo. Ha basado su trabajo en varios proyectos previos emprendidos a nivel europeo e internacional. Uno de dichos proyectos fueron los PECL de la Comisión Lando.

2. Metodología de trabajo utilizada en la redacción de los Principios de Derecho contractual europeo

Para la elaboración de los PECL la Comisión dividió el diseño de los artículos con sus notas y comentarios entre sus miembros. Cada redactor debía realizar un borrador del capítulo asignado, junto con comentarios y notas donde se hiciera referencia a las legislaciones nacionales de los Estados de la Comunidad Europea, basándose para ello en la información suministrada sobre tales legislaciones por los miembros de la Comisión del país respectivo.

Cuando la Comisión se reunía con todos sus miembros, podía aprobar los textos sin más, modificarlos o incluso devolverlos al redactor para una ulterior consideración y desarrollo.

Además los borradores pasaban por un Grupo de Redacción. Tras la última reunión de la Comisión, un Grupo de Edición comprobaba la terminología, presentación, coherencia interna y equilibrio de los artículos, notas y comentarios y preparaba la edición de la versión inglesa. En una última etapa, la versión del Grupo de Edición se enviaba a los miembros de la comisión con el fin de darles la oportunidad de una última revisión antes de la publicación.

Para preparar la primera parte, que consta de 59 artículos, fueron necesarias más de una decena de reuniones entre 1982 y 1995. La preparación de la segunda parte, que incluía una revisión de la primera, se materializó entre 1992 y 1999. La segunda parte contenía 73 artículos adicionales. Entre 1997 y 2002 se trabajó la tercera y última parte, de 69 artículos.

(Autora: María Fernández Arrojo. Profesora de Derecho civil.
Universitat Internacional de Catalunya. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html (consultada el 22 de octubre de 2012). LANDO, O. y H. BEALE. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. La Haya: Kluwer Law International, 2000. LANDO, O., E. CLIVE, A. PRÜM y R. ZIMMERMAN (eds.). *Principles of European Contract Law, Part III*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Principios de Derecho Contractual Europeo.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI/UNCITRAL)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional («Cnudmi») fue establecida por la Asamblea General en 1966 (Resolución n.º 2205 (xxi) de 17 de diciembre de 1966). La Cnudmi es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional. La Comisión recibió de la Asamblea General, el mandato de fomentar la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional. Puede considerarse que la Cnudmi es la pieza central del sistema de las Naciones Unidas en materia de unificación normativa del Derecho mercantil internacional. Pieza esencial es la Secretaría de la Cnudmi, que es la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas.

La página web de la Cnudmi (www.cnudmi.org) contiene toda la información relevante sobre la Comisión, sus Grupos de Trabajo, y los diversos textos jurídicos que de ella emanan, así como su estatus. Igualmente importante es la labor que desarrolla la Cnudmi en la difusión de los textos jurídicos y su aplicación por los jueces y los árbitros. Así destacan tanto el sistema Clout (*Case Law on Uncitral Texts*), esto es, el sistema de recopilación de sentencias y laudos arbitrales que aplican textos de la Cnudmi, como el Compendio (o Digesto) que ofrece una sistematización y ordenación de las decisiones adoptadas por los jueces y los árbitros. Dentro de los Compendios aprobados, se ha de citar el relativo a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa, así como el relativo a la Ley Modelo de Arbitraje. Igualmente, se ha de destacar la compilación anual por la Secretaría de la Cnudmi, de una lista de bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la Comisión.

En su origen, la Cnudmi estaba integrada por veintinueve Estados; ese número se elevó a treintiséis en 1973, y a sesenta en el año 2004. La Cnudmi está actualmente integrada por sesenta Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. En la Comisión están representados cinco grupos regionales: Estados de África; Estados de América Latina y el Caribe; Estados de Asia; Estados de Europa Occidental; Estados de Europa Oriental y otros Estados. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y el mandato de la mitad de

ellos expira cada tres años. Su equilibrada composición es esencial para la búsqueda de soluciones que sean aceptables para Estados de diferente tradición jurídica y desarrollo económico.

En las deliberaciones participan también otros Estados («Estados observadores»), así como organizaciones internacionales interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales. Las ONG, aunque carecen de derecho de voto, suelen desempeñar un papel importante en las deliberaciones al tratarse de organizaciones con un alto conocimiento técnico-jurídico de las materias objeto de deliberación. La Cnudmi adopta normalmente sus decisiones por consenso o por la vía del compromiso, esto es, mediante la búsqueda de soluciones aceptables para todos los participantes y rara vez mediante votación.

La Cnudmi se reúne una vez al año, alternativamente en sus sedes de Nueva York y de Viena. Se divide en seis grupos de trabajo, que también se reúnen alternativamente en las mencionadas sedes dos veces al año, y que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. Cada uno de los grupos de trabajo está integrado por todos los Estados miembros de ésta. Los seis grupos de trabajo y sus temas actuales son los siguientes:

- Grupo de Trabajo I - Contratación pública
- Grupo de Trabajo II - Arbitraje y conciliación internacionales
- Grupo de Trabajo III - Solución de controversias por vía informática
- Grupo de Trabajo IV - Comercio electrónico
- Grupo de Trabajo V - Régimen de la insolvencia
- Grupo de Trabajo VI - Garantías reales

La Cnudmi elabora diversos instrumentos internacionales con distinto alcance y eficacia: desde las Convenciones, y Leyes Modelos, hasta las guías jurídicas, incluyendo también otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional. Las Convenciones, al ser tratados internacionales, se incorporan a los derechos internos de los Estados cuando éstos deciden proceder al proceso de su ratificación, aprobación o adhesión. Las Leyes Modelo son modelos de Ley que se ofrecen a los legisladores internos para que desarrollen su propia ley nacional sobre el tema objeto de la ley.

En este sentido, los legisladores nacionales gozan de una amplia libertad a la hora de decidir cómo «incorporan» dicha ley a su Derecho interno, pues pueden ampliar o modificar sus contenidos, aunque para lograr un alto grado de uniformidad es preferible que la ley nacional no se aparte en un porcentaje alto del contenido de la Ley Modelo.

Los textos no legislativos, como el Reglamento de Arbitraje, pueden ser utilizados por las partes en contratos comerciales internacionales. Las guías jurídicas ofrecen, generalmente, a los operadores jurídicos, importantes recomendaciones de cara a la elaboración de sofisticados contratos mercantiles internacionales como operaciones de comercio compensatorio internacional. Las guías legislativas tienen como misión establecer recomendaciones, pero ahora para los legisladores nacionales.

Los textos de la Cnudmi se aplican a las operaciones comerciales entre empresas y no entre éstas y los consumidores, siendo ésta una constante en el Derecho uniforme del comercio internacional, aunque se están abriendo paso algunas excepciones como los actuales trabajos en curso en el Grupo de Trabajo III.

Entre los textos legislativos de la Cnudmi figuran:

- La Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Texto que fue ratificado por España en el año 1991.
- La Convención de 1974 sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- La Ley Modelo de 1985 de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, modificada en el año 2006.
- La Ley Modelo de la Cnudmi sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
- La Convención de 1995 de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.
- La Ley Modelo de la Cnudmi sobre las Transferencias Internacionales de Crédito.
- La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías («Reglas de Hamburgo») (1978).

- El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional.
- La Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996.
- La Ley Modelo de la Cnudmi sobre las Firmas Electrónicas.
- La Ley Modelo de la Cnudmi sobre la conciliación comercial internacional de 2002.
- La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2005.
- La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas.
- La Convención de la Cnudmi de 2008 sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Róterdam).
- La Guía Legislativa de la Cnudmi sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.
- La Guía Legislativa de la Cnudmi sobre el régimen de la insolvencia.
- La Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas, suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual.

Entre los textos de carácter no legislativo se pueden mencionar:

- El Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976 modificado en 2010.
- El Reglamento de Conciliación de la Cnudmi.
- Las Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral.
- Guía de Prácticas de la Cnudmi sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza («la Guía de Prácticas»).
- La Guía Jurídica de la Cnudmi para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales.
- La Guía Jurídica de la Cnudmi sobre operaciones de comercio compensatorio internacional.
- Recomendación relativa a la interpretación del art. 11 del Convenio de Nueva York.
- Reglamento de la Cnudmi sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (fecha de entrada en vigor: 1 de abril de 2014).

La Cnudmi, como se resalta en su página web, lleva a cabo una serie de actividades de asistencia técnica con el fin de promover su labor, así como la utilización y adopción de los textos legislativos y no legislativos que elabora con objeto de fomentar la armonización y unificación progresivas del Derecho privado. Una parte importante del mandato de la Cnudmi consiste en coordinar la labor que realizan las organizaciones que se ocupan de cuestiones de Derecho mercantil internacional, tanto dentro del sistema de las Naciones Unidas como fuera de él, a fin de fomentar la cooperación entre ellas, evitar solapamientos y promover la eficiencia, la consistencia y la coherencia en la modernización y armonización del Derecho mercantil internacional.

En los últimos años, un número cada vez mayor de órganos normativos ha elaborado textos en campos del derecho que afectan al comercio internacional, dando así un relieve aun mayor a la función de coordinación asignada a la Cnudmi. En este sentido, la Cnudmi participa colaborando con diversas instituciones a nivel internacional, coordinando también diversas actividades.

Dentro de esta faceta de la Cnudmi destaca la elaboración de estudios e informes, así como la preparación de conferencias y seminarios en temas relacionados con el Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Igualmente, la Cnudmi ha recomendado o apoyado la utilización de textos elaborados por otras organizaciones como la Unidroit. Por ejemplo, los *Incoterms* 2010 o los Principios Unidroit sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, también de 2010.

El mandato de la Cnudmi no se extiende a la participación en controversias mercantiles, particularmente, ha de resaltarse que la Cnudmi no ofrece asesoramiento jurídico en controversias privadas o públicas y, en concreto, no es una autoridad nominadora, ni una institución que administre arbitrajes.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BASEDOW, J., D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.). *¿Cómo se codifica hoy el Derecho comercial internacional?* Cedep, La Ley Paraguay y Thomson Reuters, 2010. ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS. *El Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*. Madrid: Cersa, 2003. OLIVENCIA. «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral). Balance de un Decenio (1968-1977)». En *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: Edersa, 1981, pp. 753-782. *Id.*, Uncitral: *Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI*. RDM, 1983, n.º 207, pp. 9-35.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Armonización. Cámara de Comercio Internacional de París. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Confluencia de tradiciones jurídicas. Globalización. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (Ohada). Reglas de Hamburgo de 1978. Reglamento arbitral. Unidroit.

COMPENSACIÓN DE DEUDAS E INTERESES

En algunas controversias, los laudos arbitrales recogen algunas de las pretensiones cruzadas de las partes y, en lugar de hacerlas efectivas en su integridad, sólo se ejecuta la diferencia restante, el remanente entre ambas. Especialmente, en casos de laudos con condena monetaria.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de
Derecho internacional de la Universidad de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución del laudo. Derecho aplicable al fondo del asunto.

COMITÉS *AD HOC* EN EL SISTEMA CIADI

El Convenio del Ciadi no permite a las partes acudir a los tribunales estatales a fin de interponer recursos frente al laudo dictado por un tribunal del Ciadi. Las partes disponen; sin embargo, de un remedio de carácter extraordinario, el recurso de anulación, previsto en el art. 52 del Convenio del Ciadi. De este recurso conoce un Comité *ad hoc*, distinto del tribunal que dictó el laudo, cuyas normas de constitución, funcionamiento y competencia regulan el citado art. 52 del Convenio y la Regla 52 de las Reglas de Arbitraje Ciadi.

Tanto los motivos para instar la anulación del laudo, como sus consecuencias y la posible suspensión de la ejecución del laudo son objeto de análisis bajo otras voces de esta Enciclopedia (véase singularmente *aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito Ciadi*). Corresponde aquí exponer el régimen jurídico de los Comités *ad hoc* que se han de constituir en caso de interposición de una solicitud de anulación del laudo por cualquiera de las partes en el procedimiento.

- Normas de constitución

De acuerdo con el art. 52(3) del Convenio del Ciadi, una vez recibida la solicitud de anulación del laudo, el Presidente del Consejo Administrativo ha de proceder directamente al nombramiento de los miembros del Comité. Dicho nombramiento se produce, por tanto, y a diferencia de lo que sucede con los miembros del tribunal arbitral, sin la participación de las partes. Ello se explica por la limitada función que el Convenio Ciadi atribuye a dichos Comités; a saber, decidir sobre la eventual anulación con base en los estrictos motivos previstos en el art. 52(1) del mismo, y sin que quepa entrar en el fondo de la disputa ni en las conclusiones alcanzadas por el tribunal arbitral.

El Comité ha de estar formado por tres miembros seleccionados por el Presidente del Consejo Administrativo a partir de la Lista de Árbitros. He aquí una nueva diferencia con el procedimiento para el nombramiento de árbitros: el número de miembros del Comité es fijo, por contraste con la regla flexible del art. 37(2) del Convenio Ciadi (árbitro único o número impar de árbitros).

El art. 52(3) del Convenio del Ciadi determina las condiciones para poder ser miembro de un Comité *ad hoc* de forma negativa; a saber, ninguno de los miembros del Comité puede:

- a. Haber pertenecido al tribunal arbitral que dictó el laudo.
- b. Ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho tribunal.
- c. Tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia o del Estado al que pertenezca el nacional que haya sido parte en la diferencia.
- d. Haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de los Estados mencionados en la letra anterior.
- e. Haber actuado como conciliador en la diferencia.

En principio, y con sujeción a las anteriores limitaciones, el presidente es libre de nombrar a las personas que considere oportuno. Es el secretario general quien en la práctica eleva una recomendación al Presidente del Consejo Administrativo, incluyendo tres candidatos a ser nombrados miembros del Comité. Al mismo tiempo, el Secretario General informa a las partes de dicha recomendación, remitiéndoles un currículum vitae

de los candidatos. No existe, por tanto, consulta previa a las partes, a fin de que expresen su parecer sobre los candidatos.

De acuerdo con la Regla 52 de las Reglas de Arbitraje, el Comité se tiene por constituido en la fecha en que el Secretario General notifica a las partes que todos sus miembros han aceptado su nombramiento. Añade la Regla 52 que cada miembro del Comité debe suscribir, antes de la primera sesión o durante ella, la misma declaración prevista en la Regla 6(2) para los árbitros, comprometiéndose a cumplir con sus obligaciones de confidencialidad y a actuar de forma imparcial e independiente. Una vez constituido, el Comité celebrará una primera sesión cuyo objeto es, generalmente, acordar el calendario y otras cuestiones procesales.

- Posibilidad de recusación de los miembros del Comité

Ni el Convenio del Ciadi ni las Reglas de Arbitraje prevén la posibilidad de instar la recusación de los miembros de los Comités *ad hoc*. A pesar de lo cual, al menos en dos ocasiones, tribunales del Ciadi han entrado a conocer de solicitudes de recusación de miembros tales Comités (véase *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/97/13, Decisión sobre recusación del Presidente del Comité de 3 de octubre de 2001 y *Nations Energy Corporation et alia c/ Panamá*, Caso Ciadi n.º ARB/06/19, Decisión sobre recusación del señor Stanimir A. Alexandrov de 7 de septiembre de 2011).

Sin embargo, el profesor Schreuer, en línea con la opinión más generalizada, aboga por realizar una interpretación estricta de dicha omisión, que impida la posibilidad de extender la aplicación de las normas sobre recusación de árbitros a los miembros de los Comités de anulación. Ello es coherente con el hecho de que el art. 52(4) del Convenio del Ciadi no incluya entre las normas procesales que son aplicables, *mutatis mutandis*, al procedimiento de anulación del laudo las reglas relativas a la recusación de árbitros (Capítulo V del Convenio).

- Competencia del Comité

El recién mencionado art. 52(4) del Convenio del Ciadi determina que el art. 41, sobre competencia de los Tribunales Ciadi, es, asimismo, aplicable a los procedimientos de anulación ante el Comité. El art. 41 recoge el principio conocido como «*competence-competence*», pues establece que el tribunal resolverá sobre su propia competencia. De esta manera, será el propio Comité el que decida si la solicitud de anulación cumple los requisitos establecidos en el art. 52 del Convenio y en la Regla 52 de las Reglas de Arbitraje para su admisibilidad y sustanciación.

Del mismo modo, resulta de aplicación a los Comités *ad hoc*, por precepto del art. 52(4) del Convenio, el art. 42 en materia de ley aplicable. Queda, sin embargo, excluida la extensión por referencia de los arts. 46 y 47 del Convenio Ciadi reguladores, de una parte, de las demandas incidentales, adicionales o reconventionales; y, de otra, de las medidas cautelares. Ello tiene total sentido, dada la limitación de los poderes del Comité, circunscrita a la anulación total o parcial del laudo. En esta misma línea se ha dado la práctica de los tribunales del Ciadi (sobre la exclusión de la aplicación del art. 46, véase *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/97/13, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002; sobre la del art. 47, véase *Libananco Holdings Co. Limited c/ República de Turquía*, Caso Ciadi n.º ARB/06/8, Decisión sobre solicitud de medidas cautelares de 7 de mayo de 2012).

- Decisión del Comité

Nuevamente por remisión del art. 52(4) del Convenio del Ciadi, las decisiones de anulación habrán de cumplir con los requisitos del art. 48 para los laudos:

- a. Adoptarse por mayoría de votos de los miembros del Comité.
- b. Pronunciarse sobre todas las pretensiones sometidas por las partes y ser motivadas.
- c. Dictarse por escrito con la firma de los miembros del tribunal que hayan votado a favor.
- d. Los miembros del Comité pueden formular un voto particular, sea o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de la mayoría.

Las decisiones del Comité sólo se publicarán con el consentimiento de las partes.

En el caso de que el Comité estime la petición de anulación del laudo, la decisión podrá recaer sobre la totalidad o sobre parte del laudo. Así lo prevé de forma expresa el art. 52(3) de la Convención del Ciadi. El Co-

mité puede anular el laudo en todo o en parte, pero no puede sustituir el laudo anulado por su propia decisión: en otras palabras, puede extinguir el efecto de cosa juzgada del laudo, pero no puede dictar su propia resolución con efecto de cosa juzgada en sustitución de la anulada. De acuerdo con el art. 52(6), si el Comité decide anular el laudo, las partes pueden pedir que la diferencia se someta a la decisión de un nuevo tribunal. No existe, pues, mecanismo de remisión del laudo al tribunal que lo dictó para su reconsideración; ni puede el Comité estimar o desestimar las pretensiones sobre el fondo de las partes. Esta tarea, en caso de anulación, corresponderá al nuevo tribunal arbitral que haya de formarse.

En cuanto a las circunstancias que pueden dar lugar a una anulación parcial, el Comité de anulación en el asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c/ República de Camerún* (Caso Ciadi n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985) determinó, en aplicación del principio *favor validitatis*, que cabe dicha posibilidad cuando la parte anulada es susceptible de ser identificada y separada del resto del laudo, de modo que éste no quede afectado, por estar fundamentado en motivos distintos.

Cabe añadir que el Profesor Schreuer considera que, si la parte solicitante haya basado su petición de anulación en un motivo que el Comité no considera aplicable; pero, en cambio, éste entiende que el laudo merece ser anulado por otro motivo distinto, el Comité debe tener competencia para anular el laudo con base en el motivo diferente al invocado por la parte solicitante.

- Costas y gastos

El citado art. 52(4) del Convenio del Ciadi incluye el Capítulo VI del Convenio, sobre costas, entre las disposiciones aplicables al procedimiento de anulación. La práctica habitual de los Comités es la de ordenar a cada parte que soporte sus propias costas y gastos, abonándose las comunes por mitad.

No obstante, en aquellos supuestos en los que se ha condenado en costas a una de las partes, las razones esgrimidas han variado: en *Azurix Corp. c/ República Argentina* (Caso Ciadi n.º ARB/01/12, Decisión sobre Anulación, 1 de septiembre de 2009) o en *Sempra Energy International c/ República Argentina* (Caso Ciadi n.º ARB/02/16, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2010), los Comités de anulación condenaron a la parte que vio rechazadas todas sus pretensiones anulatorias, a abonar íntegramente las costas, incluyendo en el primer caso también los honorarios y gastos.

En el asunto *CDC Group Plc. c/ República de las Seychelles* (Caso Ciadi n.º ARB/02/14, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005), el Comité consideró que la pretensión anulatoria de la parte solicitante carecía de todo fundamento, en un razonamiento más cercano al criterio de imposición de costas por temeridad en el ejercicio de las pretensiones. Asimismo, el Comité *ad hoc* del asunto *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ República del Ecuador* (Caso Ciadi n.º ARB/03/6, Decisión de Anulación de 19 de octubre de 2003), determinó que dado que el procedimiento de anulación es un recurso de carácter extraordinario que «no se puede considerar una continuación normal del arbitraje» (traducción del autor), la solución habitual ha de ser que si la parte solicitante ve desestimada su pretensión de anulación, ha de ser condenada al pago de las costas del procedimiento.

(Autor: Manuel Gómez Carrión. Abogado del Colegio de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 1027 *et seq.* REED, L., J. PAULSSON, N. BLACKBAY. *Guide to Icsid Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 159-176. MISTELIS, L. *Concise International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 126-128. DOAK BISHOP, R.M. y S. MARCHILI. *Annulment under the Icsid Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 221 *et seq.* YANNACA-SMALL, K. (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements, A Guide to the Key Issues*. Oxford: Oxford University Press, 2013, Ch. 23. GHARAVI, H. *Icsid Annulment Committees: The Elephant in the Room*, *Global Arbitration Review*, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33193/icsid-annulment-committees-elephant-room/> (último acceso el 2 de febrero de 2015).

CASOS CITADOS: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/97/3, Decisión sobre recusación del Presidente del Comité de 3 de octubre de 2001. *Nations Energy corporation et alia c/ Panamá*, Caso Ciadi n.º ARB/06/19, Decisión sobre recusación del Sr. Stanimir A. Alexandrov, de 7 de septiembre de 2011. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002. *Libananco Holdings Co. Limited c/ República de Turquía*, Caso Ciadi n.º ARB/06/8, Decisión sobre solicitud de medidas cautelares de 7 de mayo de 2012. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c/ República de Camerún*, Caso Ciadi n.º ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985. *Azurix Corp. c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/01/12, Decisión sobre Anulación, 1 de septiembre de 2009. *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/02/16, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2010. *CDC Group Plc. c/ República de las Seychelles*, Caso Ciadi

n.º ARB/02/14, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005. *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c/ República del Ecuador*, Caso Ciadi n.º ARB/03/6, Decisión de Anulación de 19 de octubre de 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Aclaración, revisión y anulación del laudo en el ámbito del Ciadi. Anulación parcial del laudo. Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones. Control del laudo en arbitraje de inversiones. Recursos contra el laudo arbitral Ciadi. Reglamentos y Reglas del Ciadi. Revisión del laudo.

COMPETENCIA SOBRE LA COMPETENCIA (*KOMPETENZ-KOMPETENZ*)

Con la expresión alemana *kompetenz-kompetenz* se hace referencia a un principio básico del arbitraje, que implica que los árbitros son los únicos que tienen la potestad para decidir sobre su propia competencia, juzgando la existencia y validez del convenio arbitral.

El término competencia debe entenderse en sentido amplio y genérico, incluyendo cualquier cuestión que pueda impedir un pronunciamiento de los árbitros sobre el fondo de la controversia, como pueden ser las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. En algunos casos se ha discutido si debería hablarse de «jurisdicción» de los árbitros, aunque actualmente es pacífico el uso del término competencia.

Para la resolución de estas excepciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral los árbitros deberán tener en consideración la regulación general de los contratos y las previsiones relativas a los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral.

El principio *kompetenz-kompetenz* se encuentra directamente relacionado con el efecto negativo y positivo del convenio arbitral. Teniendo en cuenta que el efecto más importante del convenio arbitral es que se otorga la competencia a los árbitros para decidir sobre una controversia existente entre las partes, excluyendo la competencia de los tribunales de justicia ordinarios, es igualmente necesario reconocer el poder de los árbitros para que, bien por sí mismos o a instancia de parte, puedan valorar el alcance y la extensión del convenio arbitral.

Conforme a esta regla, los tribunales de justicia sólo pueden controlar la decisión arbitral relativa a la competencia para conocer del arbitraje *a posteriori*, salvo en el supuesto excepcional que prevé el art. 15.5 de la Ley de Arbitraje española en relación con los supuestos de nombramiento judicial de árbitros. En estos casos el juez podrá pronunciarse sobre la inexistencia del convenio arbitral, pero no podrá entrar a valorar su alcance y eficacia. Además, la resolución judicial que se dicte en el procedimiento de designación de árbitro no prejuzgará en ningún caso la validez del convenio arbitral, que deberá ser analizada por el propio árbitro que se nombre, ni vinculará a éste a la hora de resolver sobre su propia competencia.

Además de la posible apreciación de oficio por los árbitros, las partes pueden oponer excepciones relativas a la competencia de los árbitros *a limine*, pero deberán hacerlo en todo caso, como tarde, al momento de presentar su contestación a la demanda. En este sentido, aunque en principio quien puede alegar estas excepciones relativas a la falta de competencia de los árbitros es la parte demandada, también podrá hacerlo la parte demandante en su contestación a la reconvencción, si se diera el caso.

Frente a esta regla general de preclusión para oponer las excepciones relativas a la competencia del árbitro existen dos excepciones. Por un lado, cuando se plantee la extralimitación del árbitro respecto a las materias incluidas en el convenio arbitral, que deberá oponerse tan pronto como se produzca. Por otro lado, la Ley de Arbitraje confiere al árbitro la facultad discrecional de admitir el planteamiento de excepciones con posterioridad a la contestación a la demanda, siempre y cuando se justifique la demora (esta mención a la demora justificada proviene de la Ley Modelo Uncitral).

Ahora bien, la consecuencia lógica de este principio es que la parte que colabora activamente en la designación de los árbitros, no está renunciando a su derecho de hacer valer la excepción de falta de competencia objetiva. De hecho, si son los árbitros los que deciden sobre su propia competencia, la parte que facilita el nombramiento del tribunal arbitral, no está haciendo más que colaborar en designar las personas que van a decidir esa excepción procesal.

Antes de entrar a decidir las cuestiones relativas al procedimiento arbitral propiamente dicho, los árbitros deberán examinar si son competentes o no para conocer la controversia que se les ha encomendado. Los árbitros deberán admitir que carecen de la competencia necesaria para entrar a conocer de una determinada disputa cuando ésta recaiga sobre materias que no son disponibles para las partes.

En cualquier caso, los árbitros son libres para decidir si las cuestiones relativas a su propia competencia deben ser resueltas con carácter previo, mediante laudo parcial o, junto con las cuestiones de fondo cuando finalice el procedimiento, mediante laudo final. Lo cierto es que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo, o incluso llegar a dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

La decisión que dicten los árbitros pronunciándose sobre su propia competencia sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en que se haya adoptado, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación a las partes. Y si esta decisión se contiene en un laudo parcial, el ejercicio de la acción de anulación de ese laudo parcial no suspende el curso del procedimiento arbitral.

Esta previsión legal de no suspensión es muy discutida por la doctrina, ya que aunque su finalidad es evitar los abusos que pudieran darse por las partes para dilatar el procedimiento arbitral, se corre también el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias y se dupliquen las acciones de anulación.

Por otro lado, de esta regla de competencia sobre la competencia se desprende, además, otro principio esencial del arbitraje, como es el de la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal. Este principio permite que la validez del convenio arbitral no dependa de la validez del contrato principal. En este sentido, la cláusula de sometimiento a arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo, sin que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato, entrañe por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Aunque la regla general es que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no conlleva por sí misma la nulidad del convenio arbitral, pueden darse excepciones a esa separabilidad en aquellos supuestos en que, por ejemplo, el contrato es cedido a un tercero o cuando concurren vicios del consentimiento sobre el propio convenio arbitral.

Este principio básico del Derecho arbitral conocido como *kompetenz-kompetenz* aparece ya consagrado en el art. 16 de la Ley Modelo Uncitral de 1985. Este precepto, además de definir la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su competencia y la separabilidad del convenio arbitral, regula distintas cuestiones más procedimentales, tales como el momento en que debe presentarse la excepción de falta de competencia o las posibilidades que tienen los árbitros para resolver sobre la misma.

Sobre la base de la Ley Modelo, las distintas normativas nacionales e internacionales que regulan el procedimiento arbitral, han recogido y hecho suyo este principio capital para el arbitraje.

En el caso español, ya en el art. 23 de la Ley de Arbitraje de 1988 se recogía este principio, aunque se definía con menos precisión que en la norma vigente. Actualmente, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia se consagra en el art. 22 de la Ley de Arbitraje de 2003 e incluso la propia Exposición de Motivos de la vigente norma en su apartado v, destaca la importancia que tiene la regla *kompetenz-kompetenz* para el arbitraje.

La esencialidad que representa este principio para el arbitraje conlleva, además, que el art. 22 de la Ley de Arbitraje española sea uno de los pocos preceptos imperativos de la normativa arbitral, impidiendo así que las partes acuerden otra cosa modificando el tenor de la ley. El tenor de este precepto refleja claramente la tensión existente entre el principio de flexibilidad que ha de regir el arbitraje y la imperatividad que, con carácter excepcional, se predica de este precepto.

En el mismo sentido, los reglamentos de las principales cortes de arbitraje españolas hacen mención expresa a esta prerrogativa de los árbitros para pronunciarse sobre su competencia. Por ejemplo, el art. 8.1 a) del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; el art. 14 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; el art. 19.2 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; el art. 19 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona o el art. 22 del Reglamento de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia.

En el ámbito internacional, los reglamentos de distintas instituciones arbitrales de reconocido prestigio también recogen el principio *kompetenz-kompetenz* en sus textos. Así, el art. 6.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el art. 23 de las *Arbitration Rules of London Court of International Arbitration*, o el art. 7 a) de las *Commercial Arbitration Rules of American Arbitration Association*.

También en relación con el principio *kompetenz-kompetenz* cabe mencionar que algunos de estos Reglamentos confieren a las propias Cortes una facultad de análisis *prima facie* sobre la existencia del convenio arbitral. Por ejemplo, la Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte de Arbitraje de la CCI están facultadas para realizar una primera verificación sobre la existencia del convenio arbitral y las posibles excepciones que las partes pudieran plantear, todo ello con carácter previo al nombramiento del árbitro. Ahora bien, este análisis previo de la Corte no prejuzga la admisibilidad o fundamento de las excepciones que posteriormente se formulen ante el árbitro, ni vinculan a este último a la hora de tomar la decisión sobre su propia competencia.

Sin embargo, la última modificación del Reglamento de Arbitraje de la CCI ha suprimido esta facultad revisora previa de la Corte, estableciendo que, salvo en aquellos casos en que el Secretario General estime conveniente referir el asunto a la Corte, en general, será siempre el árbitro o el tribunal arbitral que se constituya quien decida acerca de la continuación del procedimiento cuando se haya cuestionado su competencia o el demandado actúe en rebeldía.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HINOJOSA SEGOVIA, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2008, Grupo Difusión, Páginas web: www.uncitral.org; www.lcia.org; www.adr.org. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. «El arbitraje interno en España conforme a lo previsto en la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje». En *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 168. GONZÁLEZ SORIA, J. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Thomson Reuters, 2011, p. 337. MARTÍN MUÑOZ, A. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 387. YÁÑEZ VELASCO, R. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004, p. 391; AA.VV., *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo parcial. Ineficacia del convenio arbitral.

COMUNICACIONES *EX PARTE*

El término comunicaciones *ex parte* hace referencia a aquellas comunicaciones que se realizan entre una parte y un árbitro o el tribunal arbitral de manera unilateral sin el conocimiento de la parte contraria.

Es un deber de los árbitros el mantenerse independientes e imparciales durante el curso de los procedimientos, por lo que éstos no deberían mantener comunicaciones *ex parte* sobre el fondo del proceso con ninguna de las partes, so pena de que ello pueda dar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad y de que pueda suponer una infracción del deber de tratar a las partes con igualdad.

Por estas razones, en principio, no debería haber comunicaciones *ex parte* entre un árbitro y otra parte. No obstante, éstas se admiten cuando se trata de comunicaciones entre una parte y una persona candidata a ser árbitro con el fin de determinar si esta última es la persona adecuada para actuar como árbitro, siempre y cuando se respeten unos límites sobre el contenido de la comunicación. Sólo en estos casos se acepta de manera generalizada que existan contactos *ex parte* entre un árbitro y una parte.

El problema siempre residirá en el alcance permisible de la discusión, esto es, determinar qué cuestiones pueden ser tratadas *ex parte* con el árbitro candidato. Así, mientras que no debería discutirse sobre los hechos de la controversia o los argumentos de las partes, si se le podría preguntar al candidato a ser designado como árbitro, cuál es su experiencia en un sector determinado, qué idiomas habla, su experiencia en un determinado sistema legal, o de una concreta área legal, etc.

En cualquier caso, el ámbito de lo permitido entra dentro del criterio individual y de las prácticas de cada lugar, ya que no hay muchas normas que se refieran a cómo deben resolverse las diferentes situaciones en las que ha habido comunicaciones unilaterales, sino que esta cuestión está tratada en mayor medida en los distintos códigos éticos. En efecto, la mayoría de leyes o reglamentos institucionales, con algunas excepciones como el art. 13 de las Reglas de la *London Court of International Arbitration*, no tratan de manera específica la cuestión de las comunicaciones unilaterales entre las partes y los árbitros, ya que la prohibición de no mantener este tipo de contactos puede subsumirse dentro de la obligación de los árbitros de ser independientes e imparciales y de mantener el respeto por los principios de igualdad y contradicción en el procedimiento (art. 1510 Código de Procedimiento Civil francés, art. 182.3 Ley de Derecho Internacional Privado suizo, art. 24 Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de España, art. 18 Ley Modelo Cnudmi).

Por esta razón, es muy frecuente que en las órdenes procesales iniciales o en el acta de misión, en caso de un arbitraje CCI, se prohíban expresamente las comunicaciones *ex parte*. En realidad, el Reglamento de la CCI parece eliminar implícitamente la posibilidad de comunicaciones *ex parte* en su art. 3, al establecer que «todos los escritos y demás comunicaciones presentados por cualquiera de las partes, así como todos los documentos anexos a ellos, deberán presentarse en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro y otra para la Secretaría. Deberá enviarse a la Secretaría copia de cualquier notificación o comunicación dirigida por el tribunal arbitral a las partes».

En cambio, como ya se ha dicho, distintos códigos éticos sí tratan específicamente esta cuestión. En este sentido, hay que hacer especial mención a las Normas de Ética de la IBA para Árbitros Internacionales, que si bien no son obligatorias, son un estándar que los árbitros internacionales toman cada vez más en consideración.

- 5.1. Cuando se le solicite su intervención en un asunto, antes de aceptar el encargo el árbitro [...]. Puede también responder a las consultas de quienes hayan solicitado su intervención, siempre que dichas consultas tengan por finalidad determinar su aptitud y disponibilidad para el encargo, y siempre y cuando no se comente el fondo del asunto. En el caso de que la intervención del futuro árbitro o presidente del panel arbitral viniera solicitada por una parte únicamente, o por un árbitro elegido unilateralmente por una de las partes (el «árbitro designado por una parte»), deberá, asimismo, asegurarse de que la otra parte o las demás partes, si las hubiera, o el otro árbitro, han prestado su consentimiento a la forma en que se ha solicitado su intervención. En tales circunstancias deberá, verbalmente o por escrito, informar a las demás partes o al otro árbitro, según corresponda, del contenido de la conversación inicial.
- 5.2. Si se le solicita a un árbitro designado por una parte su intervención en la selección de otro árbitro o presidente de un panel arbitral, es admisible (si bien no se le exige) que obtenga la opinión de la parte que le hubiere nombrado respecto de la admisibilidad o aptitud de los candidatos sometidos a su consideración.
- 5.3. A lo largo del procedimiento arbitral, el árbitro deberá evitar toda comunicación unilateral acerca del caso con cualquiera de las partes o sus representantes. Si se produjera una comunicación de este tipo, el árbitro deberá informar a la otra u otras partes y árbitros del contenido de la misma.
- 5.4. Si llega a conocimiento de un árbitro que un compañero árbitro ha incurrido en comunicación unilateral con una de las partes, podrá informar al resto de los árbitros y deberán conjuntamente determinar las medidas a adoptar. Normalmente, lo adecuado es que se exija al árbitro infractor que se abstenga de cualquier ulterior comunicación con dicha parte. Si el árbitro infractor se negara o no cumpliera con esta exigencia de abstenerse de comunicaciones indebidas, el resto de los árbitros podrá informar a la otra parte para que considere las medidas que considere oportunas. El árbitro podrá informar unilateralmente a una parte sobre la conducta de otro árbitro, al objeto de permitir a dicha parte decidir si conviene impugnar al árbitro infractor sólo en casos extremos, y tras haber comunicado su intención por escrito al resto de los árbitros involucrados. [traducción propia]

En términos muy similares y detallados se manifiesta el Canon III del Código Ético de la *American Bar Association/AAA* para los árbitros en controversias comerciales. En cambio, la recomendación 18 de las recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje, si bien adopta una posición similar en cuanto a la prohibición de las comunicaciones *ex parte* durante el procedimiento y permite las comunicaciones relacionadas con la selección y designación de árbitros, es menos detallada y no especifica el contenido concreto de las comunicaciones prohibidas o permitidas con el fin de dejar espacio al criterio individual:

Toda información relativa al arbitraje que un árbitro revele a una parte y que no sea de carácter meramente instrumental deberá ser comunicada de inmediato a la contraparte.

Durante el arbitraje ningún árbitro mantendrá comunicación oral o escrita relativa al arbitraje con ninguna de las partes ni con sus abogados sin conocimiento del resto del Colegio Arbitral y, en el caso de los coárbitros, sin autorización previa del Presidente. Se exceptúan los intercambios de información entre las partes y los coárbitros que éstas hubieran designado, relativos a la selección y designación de Presidente del Colegio Arbitral.

Así, pues, estos textos ponen de manifiesto con mayor o menor detalle, que una vez formado el tribunal arbitral, las comunicaciones *ex parte* con el mismo o con algún miembro del mismo, no están permitidas, mientras que antes de la formación del mismo, se pueden mantener discusiones con los árbitros respetando

ciertos límites en cuanto al objeto de la discusión, pudiendo incluso mantener conversaciones sobre la selección y designación del presidente del tribunal arbitral.

Si bien, en principio, las comunicaciones *ex parte* estarían prohibidas durante el procedimiento, también es cierto que en algunos casos puntuales se permiten siempre que se adopten ciertas salvaguardias, como es el caso en que una parte solicita la adopción de una medida cautelar sin comunicárselo a la otra parte por razones de extrema urgencia y con el fin de beneficiarse de un efecto «sorpresa» para evitar que la parte contra la que va dirigida la medida, pueda, de alguna manera, escaparse de ella transmitiendo sus bienes, etc. Aun cuando pocas legislaciones son claras en cuanto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares *inaudita parte* en un procedimiento arbitral (la legislación austriaca lo prohíbe expresamente), y de la facultad de los árbitros para otorgarlas, parece que cuando éstas se adoptan, debe garantizarse el derecho de la parte contra la que se ha dirigido la medida a defenderse, y se le debe dar la oportunidad de ser escuchada una vez se haya adoptado la medida para poder salvaguardar así el principio de contradicción, sin perjuicio de otras salvaguardias que puedan adoptarse.

Esta cuestión ha sido muy debatida durante las sesiones de trabajo de la Ley Modelo Cnudmi en relación con las allí denominadas órdenes preliminares y que culminaron con la redacción de un capítulo IV-A sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, que permite, salvo acuerdo contrario de las partes, que una de ellas pueda solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral sin dar aviso a la otra parte (art. 17-B). De forma similar, el Reglamento de Arbitraje de las Cámaras Suizas permite a un tribunal arbitral, bajo circunstancias excepcionales, adoptar una orden preliminar en relación con una solicitud para la adopción de una medida cautelar antes de que esta solicitud se haya comunicado a la otra parte (art. 26.3).

(Autor: Víctor Bonnin Reynes. VBArbitration. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, A. y M. HUNTER. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 4-65. CLAY, T. L'arbitre. París: Dalloz, 2001, pp. 351 y ss. BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, pp. 1803 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Defensa y contradicción. Igualdad de las partes. Imparcialidad del árbitro. Indefensión. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro.

CONCILIACIÓN

La conciliación es un método voluntario y privado de resolución de controversias que, en ocasiones, hace referencia al mismo método de resolución de controversias que la mediación. Cuando se da a ambos métodos un significado distinto, la conciliación suele diferenciarse de la mediación en que en ella el conciliador propone de modo formal a las partes una solución a la controversia, solución que las partes pueden o no aceptar. El Ciadi y la Uncitral/Cnudmi han elaborado sendos reglamentos de conciliación.

(Autor: Nicolás Zambrana).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, A. *et al.* *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Alternative Dispute Resolution. Cámara de Comercio Internacional. *Dispute Boards*. Mediación. *Mini trial*.

CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO CIADI

El Convenio Ciadi prevé, como mecanismo preliminar o alternativo al arbitraje para la resolución de controversias, la posibilidad de someter esas controversias al mecanismo de conciliación. Esencialmente, la conciliación en el ámbito del Ciadi consiste en el nombramiento de una Comisión de Conciliación que va a intentar, mediante la proposición de fórmulas de avenencia no vinculantes a las partes, lograr un acuerdo entre las mismas.

El art. 28 del Convenio Ciadi prevé que «cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte». La solicitud de conciliación debe contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas

a la conciliación. El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Una vez registrada la solicitud de conciliación, se procede lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación. Por razones obvias, la elección del/los conciliador/es constituye un paso fundamental a efectos de maximizar las posibilidades de alcanzar un acuerdo en el procedimiento de conciliación. La Comisión de Conciliación se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes. Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo. A diferencia de las reglas aplicables al arbitraje Ciadi, las reglas aplicables a la conciliación no impiden el nombramiento de nacionales de una de las partes en la Comisión de Conciliación. Ello responde a la lógica, expresada por los negociadores del Convenio Ciadi, de que una nacionalidad en común con una o ambas partes puede ayudar a alcanzar un arreglo amistoso de la controversia. En la práctica, la constitución de la Comisión de Conciliación ha tardado, aproximadamente, unos cuatro meses desde el registro de la solicitud (véase, por ejemplo, *Tesoro c/ Trinidad and Tobago*, *Seditex c/ Madagascar II* y *Togo Electricité c/ Togo*), si bien en algunos casos ha tardado apenas unos días (véase *Guinea Ecuatorial c/ CMS Energy Corporation*).

En cualquier caso, si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los noventa días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el art. 30 de las Reglas de Conciliación prevé que el Presidente del Consejo Administrativo, a petición de cualquiera de éstas; y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, nombre el conciliador o los conciliadores que aún no hubieren sido designados de la Lista de Conciliadores. En la práctica, esta norma nunca ha sido aplicada.

Salvo el caso anterior, los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, siempre que cumplan con los requisitos del art. 14 del Convenio Ciadi; a saber, que gocen de amplia consideración moral, tengan reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Corresponde a la Comisión resolver sobre su propia competencia, lo que podrá hacer como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión. En *Tesoro c/ Trinidad y Tobago*; por ejemplo, la Comisión decidió, tras oír a las partes, rechazar la objeción a la competencia de la Comisión interpuesta por el Gobierno.

El objetivo de la Comisión es dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes fórmulas de avenencia. Las partes deben colaborar de buena fe con la Comisión, a efectos de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y deben prestar a sus recomendaciones la máxima consideración.

Si bien las partes están en la obligación de cooperar en el procedimiento de conciliación, una vez que han dado su consentimiento al mismo, las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes, y las partes pueden rechazarlas.

Si las partes llegaran a un acuerdo, la Comisión levantará un acta haciéndolo constar y anotando los puntos controvertidos. Sin embargo, es importante notar que un acuerdo de las partes en un procedimiento de conciliación, no goza del estatus de un laudo, ni puede ser incorporado en un laudo que goce de las protecciones acordadas por el Convenio Ciadi a los laudos arbitrales.

Si en cualquier estado del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarará concluso el procedimiento y redactará un acta, haciendo constar que la controversia fue sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Véase *Socios de Sesam c/ República Centro Africana*. Si una parte no compareciere o no participare en el procedimiento, la Comisión lo hará constar así en el acta, declarando, igualmente, concluso el procedimiento.

Las recomendaciones de la Comisión no se harán públicas salvo con el consentimiento de las partes. Además, y salvo que las partes acuerden otra cosa, ninguna de ellas podrá invocar, en cualquier otro procedimiento, ya sea arbitral o judicial o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avenencia, hechas por la otra parte dentro del procedimiento de conciliación, o el informe o las

recomendaciones propuestas por la Comisión. El objetivo de esta norma es favorecer la conciliación, sin el temor de las partes de que ello pueda luego perjudicar su posición en un arbitraje futuro.

De lo anterior se evidencia que el procedimiento de conciliación es flexible e informal, y puede resultar mucho más rápido y barato que un arbitraje. Sin embargo, frente al éxito rotundo del arbitraje Ciadi en términos del número de usuarios, la conciliación Ciadi solamente ha sido utilizada en contadas ocasiones. Hasta la fecha, solamente se han registrado nueve solicitudes de conciliación.

Los motivos que explican el uso discreto del mecanismo de la conciliación Ciadi, son diversos. A menudo las partes perciben la conciliación Ciadi como una pérdida de tiempo, dinero y esfuerzo. Muchos usuarios consideran que si existe entre las partes una voluntad de ponerse de acuerdo, las mismas pueden simplemente llegar a dicho acuerdo por sí mismas (incluso dentro del contexto del arbitraje Ciadi), sin que resulte necesaria la institución del mecanismo formal de conciliación Ciadi. Aun de alcanzarse un acuerdo entre las partes en el ámbito de la conciliación Ciadi—continúa la reflexión—, ese acuerdo no gozará de los efectos de reconocimiento y ejecución de un laudo Ciadi, por lo que las ventajas de la conciliación en esta sede se perciben como limitadas. (Nótese, sin embargo, que si las partes llegan a un acuerdo dentro de un procedimiento de arbitraje, entonces sí pueden solicitar a tenor de la Regla de Arbitraje 43, que dicho acuerdo sea incorporado en un laudo, que surtirá todos los efectos de un laudo Ciadi). Además, dependiendo de cómo esté redactada la cláusula de solución de controversias entre las partes, la conciliación Ciadi y el arbitraje Ciadi pueden resultar excluyentes, es decir, puede tener que efectuarse una elección entre uno y otro método, de tal manera que si una parte elige la conciliación, la otra no podrá después recurrir al arbitraje si la conciliación no ha sido exitosa. Véase *SPP c/ Egipto (Jurisdicción)*, párrafo 66.

A efectos de resolver lo que se considera como una infrautilización del mecanismo de la conciliación Ciadi, ciertos autores han propuesto una modificación del Convenio de tal modo que la conciliación Ciadi pudiera iniciarse una vez que el arbitraje Ciadi ya esté en marcha, y que ambos métodos pudieran, por tanto, ser utilizados en paralelo. Ello permitiría, se argumenta, que, en caso de lograrse un acuerdo entre las partes en el ámbito de la conciliación Ciadi, el mismo pudiera ser incorporado en un laudo que surtiría todos los efectos de un laudo arbitral Ciadi. De momento, estas propuestas no han sido fructíferas, y el mecanismo de la conciliación Ciadi sigue siendo escasamente utilizado en la práctica.

(Autora: Carmen Martínez López. Socia de Three Crowns LLP. Londres).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 431-454. VAN GINKEL, E. *Towards Mandatory Icsid Conciliation?* TDM 1, 2007, Maeley's International Arbitration Report, vol. 21, April 2006. COE, JR. y J. JACK. *Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes - A Preliminary Sketch*, TDM 1, 2007. NURICK L. and S.J. SCHNABLY. «The First Icsid Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation vs. Trinidad and Tobago». *Icsid Review* (1986) 1 (2): pp. 340-353.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c/ República Árabe de Egipto*, Caso Ciadi n.º ARB/84/3, Decisión sobre Jurisdicción de 14 de abril de 1988, 16 Y.B. Com. Arb. 28 (1991). *República de Guinea Ecuatorial c/ CMS Energy Corporation y otros*, Caso Ciadi n.º CONC(AF)/12/2 (en curso). *Hess Equatorial Guinea, Inc. y Tullow Equatorial Guinea Limited c/ República de Guinea Ecuatorial*, Caso Ciadi n.º CONC(AF)/12/1 (en curso). *RSM Production Corporation c/ República de Camerún*, Caso Ciadi n.º CONC/11/1. *Socios de SESAM c/ República Centro Africana*, Caso Ciadi n.º CONC/07/1. *Togo Electricité c/ República de Togo*, CONC/05/1. *TG World Petroleum Limited c/ República del Níger*, Caso Ciadi n.º CONC/03/1. *Seditex Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c/ Madagascar*, Casos Ciadi n.º CONC/94/1 y CONC/82/1. *Tesoro Petroleum Corporation c/ Trinidad y Tobago*, Caso Ciadi n.º CONC/83/1.

VOCABLOS CONEXOS: Conciliación. Resolución alternativa de controversias. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio Ciadi). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). Reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el ámbito Ciadi.

CONCURSO INTERNACIONAL (VER «ARBITRAJE CONCURSAL INTERNACIONAL»)

CONFERENCIA PRELIMINAR

La «conferencia preliminar» es usual en la práctica arbitral anglosajona e internacional. Siempre dependerá de lo pactado por las partes en el convenio arbitral, así como de la normativa aplicable como *lex arbitri* o, de ser el caso, del reglamento arbitral institucional aplicable. Consiste en llevar a cabo una o más audiencias o conferencias «preliminares», haciéndolo en forma previa a las actuaciones arbitrales, una vez constituido el tribunal arbitral. Estas audiencias serían parte de lo que la doctrina ha denominado como la «*lex mercatoria*

procesal» contemporánea, teniendo la finalidad de contribuir al establecimiento de la metodología para ordenar y organizar el arbitraje, facilitando las labores de los árbitros y la preparación oportuna de las partes para cada una de las etapas del arbitraje. Su realización favorece la reducción de costos, pues clarifica las tareas a llevar a cabo en el flujo del conjunto de acciones que comprende un arbitraje. Este flujo puede adaptarse a las características del caso, mediante la realización de las conferencias. De ahí que la realización de las «conferencias preliminares» no esté tipificada de manera uniforme en las diversas normas que regulan el arbitraje.

Sin embargo, se percibe una tendencia hacia su estandarización gradual. Un claro indicio de esto se aprecia a partir de la última modificación del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir del año 1998. De otro lado, algunas reglas como las de la *American Arbitration Association* (AAA), establecen la conferencia «preparatoria» (*preparatory conference*), en diversas competencias arbitrales especializadas. Las reglas de la AAA precisan, además, que es una oportunidad para «organizar, poner en agenda y acordar la forma de proceder» durante la secuela arbitral. Otro ejemplo a citar son las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (Ciadi), que se refieren a la «consulta procesal preliminar». En realidad, se trata de una metodología similar a la contenida en las reglas de la AAA. En el caso del Ciadi se precisa que en dicha consulta se ordenarán una serie de aspectos formales, como la exención o no del procedimiento escrito u oral, la manera en que se prorratearán las costas, la manera en que se levantará el acta de las audiencias, etc. Adicionalmente, en el mismo reglamento del Ciadi se precisa, en otro artículo, una «audiencia preliminar» que puede ser llevada a cabo a solicitud del Secretario General del Ciadi, o a discreción del Presidente del tribunal arbitral, para intercambiar información y estipular los hechos no controvertidos, con la finalidad de conducir el arbitraje con mayor rapidez. La misma norma precisa que, a solicitud de las partes, es posible llevar a cabo una audiencia preliminar que permita «lograr un avenimiento».

En este último caso, se usa la figura de la «audiencia preliminar» como forma de poner fin a la controversia, antes de iniciar el arbitraje. Regresando al Reglamento de Arbitraje de la CCI, cabe precisar que si bien no se usa en forma expresa el término «audiencia preliminar», no cabe duda de que se puede inferir la posibilidad de su realización, a partir de las reglas sobre el acta de misión (*terms of reference*). En éstas se precisa que al preparar el acta correspondiente o «en cuanto le sea posible luego de ello», el tribunal arbitral, «previa consulta con las partes», deberá establecer el calendario provisional de actuaciones arbitrales. Es así como en las reglas CCI se aprecia la filosofía de estructurar el caso de acuerdo a la medida, necesidades y disponibilidad de las partes. Por contraste con las normas citadas, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –Reglamento Cnudmi–, que es otro estándar generalmente utilizado en el arbitraje internacional y que sirve de referente para las leyes nacionales de arbitraje, no contiene reglas al respecto.

Sin embargo, en los arbitrajes internacionales donde se pacta la aplicación del Reglamento Cnudmi, se suelen llevar a cabo las audiencias preliminares, ya sea por indicación de los árbitros o a petición de las partes. En general, se acepta que las audiencias preliminares son una herramienta de gestión donde es posible apreciar la experiencia y capacidad de los árbitros para conducir los arbitrajes, en congruencia con los principios de celeridad y economía que inspiran al arbitraje como medio de solución de controversias. La utilidad de las «conferencias preliminares» se aprecia, especialmente, en los casos complejos, ya sea por la materia, debido a que tratan sobre cuestiones técnicas, científicas o legales muy especializadas, o cuando se trata de casos con cuantías muy elevadas o con múltiples partes.

Es usual que, entonces, se lleven a cabo varias audiencias preliminares, en la medida que se avanza con el trámite del caso. Para contar con un referente sobre cuantías, cabe precisar que la AAA, por ejemplo, califica como caso de elevada cuantía a los que pasan del medio millón de dólares norteamericanos. Otro aspecto importante es que las audiencias preliminares pueden servir para unificar y armonizar criterios, cuando se trate de un arbitraje que comprenda, por ejemplo, a partes habituadas a litigar a partir de la aplicación de normas de diversas «familias» jurídicas. Es, entonces, cuando la «audiencia preliminar» pasa a ser un factor interesante para asegurar el éxito del desarrollo del arbitraje. Prácticas como el *discovery*, la solución a *discovery disputes* o el establecimiento de reglas para el *cross examination* o para la presentación de informes periciales o para la actuación de pruebas testimoniales, son organizadas y administradas a partir de la «audiencia preliminar», donde se fijan condiciones y reglas. En estos escenarios, la «audiencia preliminar» permite superar brechas culturales y metodológicas, e incluso permite la modificación o readecuación del convenio arbitral, mediante la negociación y celebración de un nuevo acuerdo entre las partes que permita ajustar el convenio arbitral a la realidad de la controversia y las necesidades de las partes.

(Autor: Franz Kundmüller. Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DERAIS, Yves. «La estandarización del procedimiento arbitral: ¿es ineluctable? ¿es positiva?». En *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*. Bogotá, 2007, Legis, pp. 157-170. BALL, Markham. «The Initiation of Arbitration Proceedings: Whither Dost Thou Wander?». En *Icsid Review* n.º 27 - *Foreign Investment Law Journal*, Fourteenth Icsid/AAA/ICC Court Colloquium, (1998) pp. 27-35. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of Arbitral Procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36:1313 (2003), pp. 1314-1333. Informe de la Comisión de Arbitraje de la CCI: Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008, ICC Publicación n.º 843, París.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión (*terms of reference*). Cnudmi/Uncitral. Exhibición de hechos (*discovery*). Ley aplicable al arbitraje. Órdenes preliminares. Procedimiento arbitral. Reglamento arbitral.

CONFIDENCIALIDAD

Confidencialidad es la cualidad de la información afectada por el deber de no ser divulgada. El deber de confidencialidad puede configurarse como una mera prohibición de divulgar la información, o también de adoptar los medios necesarios para preservar su privacidad.

La confidencialidad suele mencionarse como uno de los principios clave del arbitraje, y una de las grandes ventajas del mismo frente a los procedimientos judiciales, y es recogida en la legislación arbitral de diversos países. En su más amplio sentido, la confidencialidad abarcaría la pretensión, las pruebas, los documentos, el laudo e incluso la existencia en sí de un arbitraje entre las partes. El deber de confidencialidad incumbe a los árbitros, a las partes, a los representantes legales de éstos; y, en su caso, a las instituciones o cortes arbitrales.

Además de lo que pueda disponer la legislación arbitral aplicable, las partes son libres de suscribir acuerdos de confidencialidad, ya sea de manera individual o por referencia a reglamentos de arbitraje institucional que contengan reglas sobre confidencialidad.

Poco controvertido suele ser el deber de confidencialidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales, quienes están obligados a mantener la más estricta confidencialidad de todos los referidos supuestos. Tampoco es controvertido el carácter *in camera* —a puerta cerrada— de las vistas. Más problemático, sin embargo, es el deber de confidencialidad de las partes, el cual se torna en ficción en virtud del principio de la publicidad de la justicia, en el momento de que el arbitraje pasa a ser objeto de intervención de los tribunales estatales; por ejemplo, en el marco de la asistencia judicial al procedimiento arbitral, del procedimiento de anulación del laudo, o de la ejecución del mismo. Pero, mientras no se produzca una intervención judicial, la confidencialidad, efectivamente, puede ser una ventaja del arbitraje frente a la jurisdicción.

Debido a que ni las leyes ni los reglamentos arbitrales suelen contener reglas detalladas sobre la confidencialidad del arbitraje, es recomendable que las partes que tuvieran un interés especial en mantener la confidencialidad (por ejemplo, de secretos comerciales) la acuerden en la cláusula de arbitraje de manera detallada.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MISTELIS, Loukas A. and L. STAVROS BREKOUAKIS. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. Londres: Kluwer Law International, 2009. «Arbitration in 50 jurisdictions worldwide». Viena: Global Arbitration Review, 2010. LEW, Julian D. M., A. Loukas MISTELIS, and Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: *Amicus curiae*. Audiencias. Corte de arbitraje. Reglamento arbitral.

CONFLICT CHECK

Expresión inglesa que se utiliza en los grandes despachos de abogados para referirse al proceso interno de verificación de si hay algún conflicto de intereses o alguna conexión con las partes del pleito, cuando uno de sus letrados es propuesto como árbitro.

La independencia con respecto de las partes es un requisito que se debe cumplir para ser árbitro y que —al menos en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional— se manifiesta con la firma de la declaración de independencia en la que se hace constar que se es independiente absolutamente o con matizaciones. En bufetes de ámbito global, con numerosas oficinas por el mundo, el candidato a árbitro en un pleito concreto no puede estar totalmente seguro de su independencia con respecto de las partes y de ahí que inicie un trámite

de comprobación de si algún otro jurista de su estructura estuvo asesorando o conectado a las partes del caso. El *conflict check* puede no ser suficiente si, posteriormente, con los datos del asunto, se descubre que el árbitro o su oficina jurídica asesoraron a una compañía que resulta ser accionista de una de las partes. Lo habitual en esos casos, es la renuncia voluntaria del árbitro. El riesgo de no hacerlo es la recusación por la parte que descubre ese vínculo —por remoto que sea— o la nulidad posterior del laudo. La política habitual de la Cámara de Comercio Internacional es no aceptar árbitros que no tengan declaraciones de independencia absoluta o limpias, y sólo si hay acuerdo entre las partes sobre una persona con declaración matizada de independencia.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho internacional de la Universidad de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Confidencialidad. Designación de los árbitros. Imparcialidad de los árbitros. Independencia de los árbitros. Recusación de los árbitros. Nulidad del laudo.

CONFLICTO DE LEYES

1. Definición

Existe un conflicto de leyes cuando una situación jurídica queda afectada por diferentes ordenamientos jurídicos con los que presenta una determinada vinculación. Así, por ejemplo, existe un conflicto de leyes cuando se debe determinar la ley aplicable al matrimonio celebrado en Japón entre un alemán y una italiana que tienen domicilio en Francia. En este caso, la cuestión sería: ¿cuál es la ley aplicable que regula dicho matrimonio?, ¿la ley nacional del esposo?, ¿la ley nacional de la esposa?, ¿la ley de celebración del matrimonio?, ¿la ley del domicilio de los esposos?

La función de las normas de conflicto es designar cuál de ellas es aplicable, teniendo en cuenta que cada ordenamiento tiene su propio sistema para realizar esta elección. En este caso concreto sería aplicable la ley nacional de las partes, pero al ser de diferente nacionalidad, habría que pasar a otras conexiones como la del lugar de celebración. Por el contrario, los sistemas del *common law* acudirían a la ley más estrechamente vinculada con la situación, en este caso, posiblemente, la ley del domicilio común de las partes. Por último, otros ordenamientos optarían por la ley elegida por las partes, en el caso de que la hubiera, haciendo prevalecer así la autonomía de la voluntad.

2. Condiciones para que se presente un conflicto de leyes

La vinculación de una situación jurídica con uno o más Estados supone el desarrollo de relaciones internacionales entre los individuos, al mismo tiempo que es necesario que, para resolver los problemas que esta situación pueda plantear, los sistemas jurídicos admitan la aplicación por sus tribunales de una ley extranjera.

Para ello, a diferencia de las normas de Derecho interno, que determinan directamente las consecuencias jurídicas de una situación de Derecho («el que matare a otro será condenado a pena de prisión»), la norma de conflicto de leyes es indirecta y mediata, de tal manera que su misión es designar el Derecho en el cual deberá encontrarse la consecuencia jurídica del caso en cuestión.

Retomando el ejemplo anterior, la norma de conflicto designará cuál es la ley aplicable al matrimonio; por ejemplo, la ley japonesa, debiendo determinar esta ley si el matrimonio es válido, las obligaciones y derechos de los cónyuges, etc.

La norma de conflicto es, por tanto, una norma bilateral y general que tiene como misión regular los conflictos entre los sistemas jurídicos de Derecho privado, existentes en los ordenamientos estatales.

Desde una concepción clásica, los conflictos de leyes sólo son posibles en el Derecho privado, dado que las normas de Derecho público no tienen efecto extraterritorial. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que esta afirmación es demasiado rígida y no tiene en cuenta la evolución actual del Derecho en su conjunto. Por esta razón, cada vez más el conflicto de leyes actúa también en el Derecho público.

Así, por ejemplo, las adopciones internacionales en las que se sigue un expediente previo de carácter eminentemente administrativo, son parte del conflicto de leyes, dado que confluyen personas de diferentes

nacionalidades (adoptante y adoptado), realizándose en muchos casos fuera del territorio donde, posteriormente, se exigirá su reconocimiento.

2.1. *Conflictos de leyes entre sistemas jurídicos pertenecientes a Estados diferentes*

El conflicto de leyes supone la existencia de diferentes sistemas jurídicos que son aptos para regir una situación jurídica que está relacionada con diferentes Estados. Se da, por tanto, una situación de carácter internacional.

Se debe tratar de Estados reconocidos internacionalmente según las normas de Derecho internacional público, si bien, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia se dirigen hacia la aplicación de la ley de un Estado siempre que éste la aplique como tal, independientemente de haber sido reconocido por el gobierno del Estado del foro. Es el caso, por ejemplo, de países como Kosovo que, actualmente, no tiene el reconocimiento de Estado pleno por la Comunidad internacional.

2.2. *Conflicto de leyes entre sistemas jurídicos de un mismo Estado*

Otra cuestión diferente es el reenvío que la norma de conflicto de un Estado haga sobre la ley de un Estado no unificado en el que se dé un conflicto de leyes interno, tanto de carácter interterritorial, como de carácter personal.

- a) El conflicto de leyes interterritorial se produce cuando un Estado no tiene un sistema unificado por encontrarse dividido en entidades geográficas que se rigen por un Derecho propio. Es el caso de España que, a pesar de ser un Estado unitario, sus Comunidades Autónomas, cuentan con Derecho propio. En el caso de Alemania o Estados Unidos, es su carácter de Estado federal el que les confiere la convivencia de diferentes ordenamientos.

Es diferente el conflicto interterritorial del conflicto internacional, dado que el primero será resuelto por la ley federal, mientras que el segundo deberá buscar su solución en el Derecho internacional, sin perjuicio de que la norma de conflicto pueda encontrarse en la ley del foro (ley nacional) o en normas comunitarias, como ocurre en el ámbito comunitario europeo con los reglamentos I y II.

Por ejemplo, ¿cómo se puede determinar el estatuto personal de un norteamericano? El Derecho internacional privado español remite a la ley nacional, pero en este caso no existe una ley federal americana, por lo que se deberá acudir a las normas de conflicto internas del Derecho americano para saber la ley de qué Estado federal será aplicable.

- b) El conflicto de leyes interpersonal o confesional se produce cuando el Estado aplica el Derecho en función de otros factores, como la religión o la pertenencia a un grupo de las personas. Es el caso de países como Israel o Líbano.

¿Qué ley se aplica a un litigio entre dos israelíes? Al no existir una única ley nacional (coexisten en Israel el ordenamiento musulmán, judío y cristiano), serán las normas de conflicto internas de Israel las que determinarán la ley aplicable, en este caso, teniendo en cuenta la religión de las partes implicadas.

3. *Los elementos relevantes en el conflicto de leyes*

Para determinar cuál es la ley aplicable a una determinada situación que presenta elementos de internacionalidad, se acude a la norma de conflicto, que remite a un número limitado de leyes aplicables, delimitado por categorías jurídicas, que no siempre coinciden con la categoría jurídica contenida en el Derecho interno. Para ello, la norma de conflicto cuenta con un elemento de conexión que es la ley que se encuentra más vinculada a la situación internacional.

Las leyes que se utilizan para determinar la regulación aplicable en estos casos, no coinciden en todos los ordenamientos; sin embargo, se pueden agrupar en función de grandes bloques normativos:

- a) Ley personal

Es aquella que tiene en cuenta a la persona en función de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual. Por ejemplo, todas las cuestiones relativas a la familia (matrimonio, obligación de alimentos, régimen económico matrimonial) se regulan por alguna de estas leyes.

b) Ley real

Se aplica a los bienes muebles e inmuebles. Por ejemplo: la ley del lugar de situación del bien inmueble es la que regula las relaciones contractuales y reales que afecten a estos bienes.

c) Ley local

Se refiere a la ley del lugar donde se ha celebrado el acto. Por ejemplo, la ley donde se ha celebrado el contrato puede ser la que regule los aspectos relativos a las obligaciones contractuales del mismo.

d) Ley de la autonomía de la voluntad

Es la ley elegida por las partes para regular un acto jurídico. Por ejemplo, en materia contractual, las partes pueden elegir la ley que regule el contrato.

e) Ley del foro

Es la ley del Estado en el que se encuentra el tribunal que está resolviendo un determinado litigio. El juez estará obligado a utilizar la ley del foro para todo lo relativo al proceso; sin embargo, no utilizará la ley del foro para resolver el fondo del asunto, salvo que así lo establezca la norma de conflicto.

4. Las modalidades de las normas de conflictos de leyes

La norma de conflicto de leyes puede ser de tres tipos:

a) Jerárquica o subsidiaria

La norma de conflicto de leyes es jerárquica o subsidiaria cuando las diferentes conexiones se aplican unas en defecto de otras.

b) Alternativa

La norma de conflicto de leyes es alternativa cuando deja la posibilidad a las partes, de elegir qué ley será aplicable.

c) Disyuntiva

La norma de conflicto de leyes es disyuntiva, si remite a dos leyes aplicables independientemente la una de la otra.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Abat Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALONSO, R. «La regla de conflicto como regla instrumental». REDI, 1972, vol. xxv, pp. 361-36. BATIFFOL, H. y P. LAGARDE. *Droit International Privé*, 1993, pp. 401-402. GOLDMAN, B. «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé». Rcdi, 1963, vol. 109, pp. 368 y ss. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «El paradigma de la norma de conflicto multilateral». Madrid: Estudios A. Menéndez, 1996, pp. 5239-5270. FRANCESCAKIS, Ph. «*Conflits de lois (Principes Généraux)*». DALLOZ, E. DI, vol. 1, pp. 481-486. LOUSSOUARN. «L'évolution de la règle de conflit de lois». Tcdip, 1988 (*Problèmes actuels de méthode en Droit international privé*), pp. 70-104.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable al fondo del asunto. Reglamento comunitario n.º 44/2001.

CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO

1. Naturaleza jurídica y régimen legal

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio constituye una Corporación de Derecho Público, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, cuya función es, con carácter general, representar, relacionar y coordinar las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Su régimen jurídico se encuentra contenido en los arts. 18 a 22 de la Ley n.º 3/1993 de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y en el Reglamento de Régimen Interior que, previa aprobación por el Pleno por mayoría absoluta, será sometido a la del Ministro de Economía.

2. Organización y funciones

Su estructura orgánica se compone de:

- El pleno, órgano supremo de gobierno y representación general del Consejo, integrado por los presidentes de todas las Cámaras y ocho vocales elegidos por ellos entre personas de reconocido prestigio en la vida económica española.
- Un presidente, que representa al Consejo Superior, preside todos sus órganos colegiados y es responsable de la ejecución de sus acuerdos.
- Seis vicepresidentes.
- Un tesorero.
- El Comité Ejecutivo, órgano de gestión, administración y propuesta del Consejo Superior, integrado por el presidente, los seis vicepresidentes el tesorero y 25 miembros elegidos del pleno. Sus competencias se establecen en el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Superior.

En el Comité Ejecutivo, necesariamente deberán estar presentes un Presidente de Cámara por cada Comunidad Autónoma, uno por Ceuta y Melilla y tres presidentes más, uno por cada una de las tres Comunidades Autónomas con mayor número de Cámaras, así como uno de los ocho vocales de reconocido prestigio en la vida económica española que componen el pleno.

En el art. 18, apartado segundo, de la Ley n.º 3/1993, se detallan las funciones del Consejo Superior de Cámaras, en cuya letra *i*) se recoge la de desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, funciones que se desempeñan a través de la Corte.

*(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros.
Árbitro independiente. Abogado del Estado).*

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Corte de Arbitraje. Corte Española de Arbitraje.

CONSOLIDACIÓN (*CONSOLIDATION*)

La consolidación puede definirse como la unión en un único arbitraje de dos o más procedimientos arbitrales separados, pendientes ante distintos tribunales, donde un único tribunal emitirá un laudo con efectos vinculantes para todas las demandas planteadas.

Los contextos en los que se puede plantear la consolidación son los siguientes: (i) dos partes y múltiples contratos (dos partes concluyen varios contratos, relacionados o interdependientes, con cláusulas de sumisión al arbitraje) y (ii) múltiples partes y múltiples contratos (varias partes concluyen varios contratos con diversas cláusulas de arbitraje). En ambas situaciones, las partes pueden consentir la consolidación de las disputas surgidas en relación con los diversos contratos en un único procedimiento arbitral.

Con carácter general, los requisitos que se examinan por las instituciones arbitrales o los árbitros para decidir acerca de la consolidación de dos o más procedimientos arbitrales, pueden sintetizarse en tres: (i) si las cuestiones planteadas en los arbitrajes están relacionadas entre sí o, incluso, son comunes; (ii) si la consolidación constituye un método justo y eficiente para la resolución del caso; y (iii) si las partes han consentido la misma.

Las convenciones internacionales no regulan la cuestión de la consolidación. Tampoco lo hacen, salvo excepciones, las legislaciones nacionales y los reglamentos de las instituciones arbitrales.

En el marco de las convenciones internacionales, los principales textos no regulan de forma expresa la consolidación. No obstante, la mayor parte de la doctrina mantiene que la Convención de Nueva York es aplicable a las cuestiones relativas a la consolidación puesto que, en el contexto de la ejecución de los acuerdos arbitrales, debe entenderse comprendida la consolidación en sus arts. II(1) y II(3), al requerir a las cortes nacionales el reconocimiento de los acuerdos arbitrales, obligación que se extiende a los acuerdos relativos a la consolidación en el procedimiento.

En concreto, si una parte tiene un derecho contractual a un arbitraje consolidado, los arts. II(1) y II(3) de la Convención requieren el reconocimiento de este derecho, como una parte integrante del acuerdo arbitral. Asimismo, entiende este sector de la doctrina que el art. V(1)(d) de la Convención establece el no reconocimiento de aquellos laudos emitidos tras un procedimiento en el que tuvo lugar la consolidación de varios arbitrajes cuando no existía un acuerdo arbitral que amparara tal acción.

Por lo que respecta a los supuestos en los que la ley de la sede del arbitraje permite o impone la consolidación con independencia del consentimiento de las partes, existe un sector de la doctrina que ha venido defendiendo que ello impediría la aplicación del citado art. V(1)(d) (REDFERN, HUNTER, POUDRET y BESSON). Mientras que otra parte de la doctrina mantiene que este análisis no debe prevalecer cuando las partes hayan excluido la consolidación expresamente, puesto que la voluntad específica de las partes debe prevalecer sobre la elección en términos generales del lugar de celebración del arbitraje (BORN).

Por lo que respecta a las legislaciones nacionales en materia de arbitraje, son muchas las que no contienen una regulación específica de la consolidación. No obstante, en la mayoría de tales casos, la cuestión de la consolidación ha sido objeto de análisis jurisprudencial sentándose unas bases de aplicación de la misma. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, Francia, Suiza, Alemania, Italia, Singapur, Hong Kong, Japón y España.

Un análisis del Derecho comparado permite concluir que en materia de consolidación, tanto en las leyes como en las construcciones jurisprudenciales, el análisis del requisito relativo al consentimiento de las partes resulta esencial:

1. Consolidación consentida por las partes en el convenio arbitral

La mayoría de las legislaciones nacionales que regulan la consolidación, prevé que la misma consolidación podrá ser acordada por el tribunal si las partes han consentido en el convenio arbitral. Esta posición es compartida, como hemos visto, por la Convención de Nueva York y respeta la autonomía de la voluntad de las partes. Ante el silencio de la Ley Modelo de la CNUDMI, tanto en su versión original de 1985 como con las posteriores revisiones del año 2006, su texto ha de interpretarse de conformidad con la voluntad de las partes, derivada de los correspondientes convenios.

Por tanto, la consolidación será decidida sólo si las partes han convenido acerca de la misma, pero no en caso contrario. Asimismo, la *Federal Arbitration Act*, regulación estadounidense, no contempla tampoco específicamente la consolidación, por lo que los tribunales han decidido de forma diversa: primero, a favor de la consolidación aun en ausencia de consentimiento sobre la misma (*Compañía Española de Petróleos, SA vs. Nereus Shipping*, 527 F.2d 966 (2d Cir. 1975)); y, más recientemente, restringiendo la consolidación sólo a aquellos casos en los que las partes lo hubieran acordado (*Government of the United Kingdom and Northern Ireland vs. Boeing Co.*, 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993)).

La jurisprudencia estadounidense es divergente en cuanto a si la decisión de la consolidación debe corresponder a un tribunal judicial (*Connecticut Gen. Life Ins. Co. vs. Sun Life Assur. Co.*, 210 F.3d 771, 775 (7th Cir. 2000). *N. River Ins. Co. vs. Philadelphia Reins. Corp.*, 63 F.3d 160 (2d Cir. 1995)), o arbitral. (*Certain Underwriters at Lloyd's London vs. Westchester Fire Ins. Co.*, 489 F.3d 580 (3rd Cir. 2007). *Employers Ins. Co. of Wausau vs. Century Indem. Co.*, 443 F.3d 573 (7th Cir. 2006); *Dockser vs. Schwartzberg*, 433 F.3d 421 (4th Cir. 2006)).

En todo caso, el tribunal debe atender al contenido del convenio arbitral y decidir conforme a lo acordado por las partes en el ámbito de la consolidación. En la legislación francesa tampoco existe una regulación específica acerca de la consolidación, de modo que se da primacía al consentimiento de las partes, si bien se ha admitido que el consentimiento sea implícito (*Decisión de 21 de octubre de 1983, Isover-Saint-Gobain vs. Dow Chem. France*, 1984 Rev. Arb. 98 (Paris Cour d'appel)).

Finalmente, cabe resaltar que la regulación arbitral inglesa, *English Arbitration Act* de 1996, prevé en su Sección 35, que las partes son libres para acordar la consolidación, de modo que el tribunal no podrá ordenar la misma si no existe consentimiento al respecto.

2. Ausencia de consentimiento –expreso o implícito– a la consolidación del arbitraje

Algunas legislaciones nacionales prevén este caso, si bien son una minoría. Por ejemplo, el Código Civil holandés prevé en su art. 1046 que, si los procedimientos arbitrales ya se han iniciado ante un tribunal holandés, respecto a una cuestión relacionada con otra pendiente de resolución ante otro tribunal holandés, cualquiera de las partes puede, en defecto de acuerdo contrario, requerir al Presidente de la Corte del Distrito de Amsterdam para que ordene la consolidación de los procedimientos. Esta disposición fue adoptada a proposición del sector de construcción holandés, con el objetivo de impedir decisiones contradictorias en las disputas entre propietarios, proveedores, contratistas y subcontratistas. Por tanto, se permite la consolidación, aun en ausencia de consentimiento al respecto, si bien no se admite si el convenio arbitral la excluye. En último término, reseñar que las legislaciones de Nueva Zelanda y de Hong Kong se han orientado en este mismo sentido (*New Zealand Arbitration Act*, Schedule 2, art. 2. *Hong Kong Arbitration Ordinance*, art. 6B(1)).

Finalmente, los reglamentos de las instituciones arbitrales no contienen, en la mayoría de los casos, una regulación expresa de la consolidación; constituyendo ejemplos de ello las *Reglas Uncitral*, *LCIA*, *ICDR* y *AAA*.

Por lo general, las reglas arbitrales que sí contemplan la consolidación sólo la admiten en circunstancias tasadas. A continuación, se citan algunas a modo de ejemplo. Así, el art. 10 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), dispone que sólo procede la consolidación (i) cuando las partes así lo acuerden, o (ii) cuando todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo arbitral, o (iii) si las demandas en los arbitrajes son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («*SCC Rules*») también exige la existencia de una misma relación jurídica y la identidad de las partes en los procesos, frente al Reglamento de la Corte de Arbitraje y Mediación belga, que no exige este último requisito.

De otro lado, el Reglamento de la Asociación de Arbitraje de Japón no requiere consentimiento específico de las partes a la consolidación en caso de que surjan múltiples disputas derivadas del mismo convenio arbitral. El Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid también permite la consolidación, estableciendo que para decidir acerca de la misma, tendrá en cuenta, entre otros extremos, la naturaleza de las nuevas reclamaciones, su conexión con las formuladas en el proceso ya incoado y el estado en que se hallen las actuaciones. También contiene una provisión expresa sobre consolidación el Reglamento de Cietac, estableciendo que al decidir tal cuestión tendrá en cuenta todos los factores que considere pertinentes en relación con los diferentes arbitrajes, tales como si todas las reclamaciones en los diferentes arbitrajes se realizaran bajo el mismo acuerdo de arbitraje, si los diferentes arbitrajes son entre las mismas partes, o si uno o más árbitros han sido nominados o designados en los diferentes arbitrajes.

Por último, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional prevé, en su art. 4(1) que, ante una solicitud de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el Reglamento, se podrá acordar la consolidación tras considerar todas las circunstancias, incluyendo el vínculo entre los dos expedientes y el momento procesal en que se halle el procedimiento pendiente.

Finalmente, cabe reseñar, brevemente, las desventajas y ventajas de la consolidación en el arbitraje. Las desventajas que se pueden plantear son: el riesgo de violación de las garantías procesales de las partes y de la confidencialidad. Las ventajas se refieren, principalmente, a la eficiencia y al ahorro de costes. En último término, resulta una ventaja fundamental, el hecho de que, a través de la consolidación, se evite la posibilidad de decisiones contradictorias que pudieran surgir de arbitrajes separados.

(Autora: Margarita Soto Moya. Abogada. J^{er}A Garrigues, SLP Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN G.B. *International Commercial Arbitration, Consolidation, Joinder and Intervention in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 2067-2068. LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwers Law International (ed.), 2003, párrafos 16-1 a 16-99. LEW, Julian D.M y Loukas A. MISTELIS. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres: Kluwers Law International (ed.), 2006, párrafos

17-46, 17-55. McILWRATH, Michael y John SAVAGE. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Londres: Kluwer Law International, 2010, pp. 232, párrafos 5-024.

VOCABLOS CONEXOS: Acumulación de pretensiones. Cámara de Comercio Internacional de París. Convenio de Nueva York de 1958. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. Impugnación del laudo arbitral. Ley Modelo de Uncitral. Litisdependencia arbitral. Procedimiento arbitral.

CONSULADO DE MAR DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE BARCELONA

El Consulado de Mar de Barcelona es el centro de resolución de conflictos de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de esta ciudad. Sus funciones vienen recogidas en el Reglamento de Régimen Interior de la Cámara de Comercio y se concretan en la administración de arbitrajes y sistemas alternativos de resolución de conflictos, así como en la emisión de dictámenes periciales.

El Consulado de Mar de Barcelona, como institución, viene regulada por su Ordenanza. Actúa a través del Consejo de Veinte, integrado por el presidente de la Cámara de Comercio de Barcelona y por veinte cónsules, siendo diecinueve de ellos personas de reconocido prestigio en el ámbito empresarial y el vigésimo, el presidente de la Lonja de Cereales de Barcelona.

Como centro contemporáneo de resolución de conflictos, el origen del actual Consulado de Mar de Barcelona data de 1956. La Lonja de Cereales de esta ciudad había visto cómo la Ley de Arbitraje española promulgada en 1953 no admitía el arbitraje administrado y, ante la necesidad de encontrar una manera de resolver los conflictos que fuera ágil y comprendiera la realidad empresarial, se propuso el resurgimiento del Tribunal del Consulado de Mar, la institución jurídico-mercantil medieval de origen mediterráneo, que fue creada por primera vez en 1063 en Trani (Italia) y que, en Barcelona, fue fundada en 1347 por Pedro III el Ceremonioso. Con este resurgimiento, el Consulado de Mar de Barcelona, inicia en 1956 una labor de estudio y promoción de la regulación del arbitraje institucional y crea un sistema de resolución de conflictos para las divergencias surgidas entre las empresas adheridas a la Lonja de Cereales de Barcelona. Este sistema, que no se llega a regular nunca por escrito y se desarrolla y consolida consuetudinariamente, recibe la denominación de Audiencia Consular, método precursor de los sistemas alternativos de resolución de conflictos que continúa vigente hasta hoy para las empresas adheridas a la Lonja de Cereales.

La Audiencia Consular consiste en un procedimiento mediante el cual, ante un conflicto entre empresas adheridas a la Lonja de Cereales, cualquiera de ellas puede dirigirse al Consulado de Mar de Barcelona para que sea éste quien convoque a la otra parte a una reunión confidencial, que se mantendrá entre las partes y con la asistencia de hasta un máximo de tres cónsules, a los efectos de intentar resolver de forma consensuada la divergencia. El propio hecho de la reunión y el contenido del acuerdo son confidenciales.

Con la aprobación de la Ley de Arbitraje española de 1988, el Consulado de Mar de Barcelona inicia su actividad como institución administradora de arbitrajes internos e internacionales, siempre en coherencia con las funciones que la legislación otorga a las Cámaras de Comercio, pero honrando, asimismo, el compromiso adquirido por la Cámara de Comercio de Barcelona ante otras instituciones catalanas para la creación conjunta del Tribunal Arbitral de Barcelona (1989).

En el 2000 y en su vocación de dotar al empresariado de mecanismos eficientes de resolución de divergencias, el Consulado de Mar de Barcelona aprueba su Reglamento de Resolución Consensuada de Conflictos previendo la mediación como el sistema por defecto a utilizar por el tercero neutral cuando las partes no acordaren otro mecanismo autocompositivo para zanjar la controversia entre ellas. Este Reglamento ha sido precursor en el desarrollo de la mediación empresarial en España y ejemplo para otras instituciones, como la Cámara de Comercio de Bilbao, que en el año 2005 lo tomó como base para desarrollar su Servicio de Mediación.

En el 2009 el Reglamento de Resolución Consensuada de Conflictos fue modificado para adaptarlo plenamente a la Ley Catalana n.º 15/2009 de 22 de julio de 2009, de mediación en el ámbito del Derecho privado.

Ese mismo año y una vez más de forma pionera, el Consulado de Mar de Barcelona modificó su Reglamento de Arbitraje incorporando la posibilidad de que, durante el desarrollo del procedimiento de arbitraje y a solicitud de cualquiera de las partes, se puedan convocar comparecencias o conferencias telefónicas con las partes y sus representantes para discutir sobre la posibilidad de iniciar un procedimiento de resolución

consensuada de conflictos. En el supuesto de acordarse así hacerlo, el tercero neutral del procedimiento de resolución consensuada, será persona distinta de los árbitros del procedimiento arbitral.

En octubre del 2013, la Cámara de Comercio de Barcelona adopta el Reglamento de Mediación elaborado por el Grupo Técnico del Consejo General de Cámaras de Cataluña, circunscribiéndose a partir de esa fecha la aplicación del Reglamento de Resolución Consensuada de Conflictos a los conflictos sometidos a los otros mecanismos de resolución autocompositiva.

El Consulado de Mar de Barcelona es Sección de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y miembro del Fórum Mundial de Centros de Mediación.

(Autora: Mercedes Tarrazón. Socia de Dispute Managment, SL).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: www.consolatdemar.org.

VOCABLOS CONEXOS: ADR. Arbitraje institucional. Conciliación. Corte de Arbitraje. Mediación.

CONSUMIDORES (VER «ARBITRAJE DE CONSUMIDORES Y USUARIOS»; «ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO»; «ARBITRAJE DE CONSUMO ELECTRÓNICO»; «ARBITRAJE DE CONTRATOS FINANCIEROS CON CONSUMIDORES»)

CONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Aunque no lo declare expresamente la Constitución española, resulta posible que los litigantes decidan solucionar los litigios acudiendo a fórmulas extrajudiciales, siempre y cuando lo hayan decidido voluntariamente. Con ello, se consigue descargar de asuntos a la justicia ordinaria, pero también es buena muestra del fortalecimiento de la posición de los ciudadanos en la sociedad civil actual, ya que éstos pueden elegir libremente las vías mediante las cuales pueden lograr la solución de un litigio.

En principio, desde el momento en que los litigantes están de acuerdo en sustraer los asuntos de la justicia estatal en ámbitos disponibles, no debería haber impedimento alguno para el arbitraje, desde el punto de vista del estado de derecho, siempre y cuando se respeten también en los sistemas extrajudiciales, los valores esenciales constitucionales. Otra cuestión diferente son los requisitos que se exigen para manifestar adecuadamente dicha voluntad y su compatibilidad con las previsiones constitucionales.

El principal obstáculo que el arbitraje ha de superar para sostener su legitimidad constitucional en España, es el contenido normativo del art. 117.3 de la Constitución española, que establece el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta previsión no cabe entenderla en el sentido de que la justicia ordinaria goce de un monopolio absoluto en cuanto a la función de administrar justicia. Pensemos, por ejemplo, en el art. 125 de la Constitución española, que establece que los ciudadanos pueden participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado.

Por todo lo anterior, lo que no resulta constitucional, es que a un litigante se le pueda impedir el acceso a la justicia estatal en contra de su voluntad. La justicia estatal no está obligada a resolver todos los conflictos sin excepción, debido a que las partes en conflicto pueden acordar acudir a una vía alternativa, en cuyo caso, ésta tendrá un carácter preferente, por fundamentarse en la preeminencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos del ordenamiento jurídico plenamente disponibles.

El elemento clave que legitima constitucionalmente la posibilidad de sustraer asuntos a la justicia estatal, para llevarlos a los cauces arbitrales, se encuentra recogido en el art. 9 de la Ley de Arbitraje española n.º 60/2003, que se mantuvo intacto teniendo en cuenta las modificaciones operadas por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003. Concretamente, el art. 9 regula los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral.

Allí se contempla que dicho convenio podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y precisa que deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El ámbito sobre el que puede manifestarse dicho acuerdo hay que buscarlo en el art. 2 de la Ley de Arbitraje que señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No debe confundirse la necesidad de atender al ordenamiento para

dilucidar la disponibilidad de materias, con aquellos sectores del ordenamiento para los cuales se ha previsto expresamente la oportunidad de solucionar los conflictos acudiendo a arbitrajes.

Cuestión diferente son las dudas sobre la forma de manifestar la voluntariedad del arbitraje, que se han originado en España, precisamente, en torno a la regulación que se ha hecho en el ámbito de uno de estos arbitrajes sectoriales: el de transportes. A partir del mismo, se han formulado distintas resoluciones del Tribunal Constitucional argumentando sobre la constitucionalidad del arbitraje.

El Tribunal Constitucional español ha definido el arbitraje como un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, el arbitraje se considera un «equivalente jurisdiccional» (STC n.ºs 43/1988, 15/1989 y 62/1991), mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (STC n.º 174/1995).

Sin embargo, en esta última Sentencia se declaran inconstitucionales los arbitrajes obligatorios, debido a que en ellos las partes no pueden acudir a la justicia estatal, lo que rompe con el principio de exclusividad mencionado en el art. 117.3 de la Constitución española. En esta misma línea, se interpreta el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española como un derecho al conocimiento de los asuntos por un tribunal integrante del Poder Judicial.

En la STC n.º 352/2006 se ha detectado un esfuerzo en España para una mayor utilización del arbitraje, flexibilizando los requisitos y formas para prestar el consentimiento que resulta la base del convenio arbitral. De hecho, esta sentencia admite la constitucionalidad de aquellos arbitrajes en que el consentimiento de las partes a someterse a ellos, se presupone por ley, si cualquiera de ellas pudiera renunciar unilateralmente a la fórmula antes de que se manifieste el conflicto.

Para flexibilizar los requisitos que legitiman la constitucionalidad del arbitraje, como se ha hecho en España, habrá que atender a la confianza que despierten el funcionamiento de los arbitrajes en cada uno de los países. Por el momento, en España, en los arbitrajes de derecho, queda vedada la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por quedar ésta reservada en exclusiva a los tribunales ordinarios. En cualquier caso, la Constitución como norma suprema ha de ser respetada en todo sistema de solución de litigios, judicial o extrajudicial.

(Autora: Cristina Hermida del Llano. Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALMAGRO NOSETE, J. *La justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. ESCALER BASCOMPTE, R. «El arbitraje y su legitimidad constitucional», recogido en el Capítulo 1 del libro colectivo *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, primera parte, pp. 61-88. CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1. DÍAZ MADRERA, B. «El arbitraje y el Derecho de la contratación pública». En el Capítulo 4 del libro colectivo *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, primera parte, p. 155. FAIRÉN GUILLÉN, V. *Doctrina general del Derecho procesal. (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*. Barcelona: Bosch, 1990. GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956. MARTÍNEZ GARCÍA, E. «La inconstitucionalidad del art. 38.2 pfo. 1 de la Ley de Transportes Terrestres; en torno a la STC n.º 174/1995». *Actualidad Civil*, n.º 28, semana 7 a 13 de julio, pp. 623 y ss. PÉREZ GORDÓ, A. «La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje». En *Estudios de Derecho procesal*. Pórtico, 1981.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitrabilidad. Árbitro. Autonomía de la cláusula arbitral. Control judicial (del arbitraje). Cosa juzgada. Ejecución del laudo. Igualdad de las partes. Imparcialidad. Indefensión. Independencia. Neutralidad. Orden público. Principios del arbitraje.

CONTENCIOSO ARBITRAL EN EL MARCO DE LA OMC

El arbitraje en el Derecho de la OMC es una institución de alcance y uso práctico limitado.

El ordenamiento jurídico de la OMC prevé su aplicación en tres contextos específicos: (i) como un medio de solución de diferencias alternativo al procedimiento regular (art. 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)), (ii) en el contexto de una medida que ha sido declarada como ilegal por los órganos judiciales de la OMC, y ante el desacuerdo de las partes sobre el plazo prudencial para el cumplimiento con la decisión respectiva, como un medio obligatorio para definir dicho plazo (art. 21.3(c) del ESD), y (iii) en el contexto de la falta de cumplimiento con las

decisiones de los órganos judiciales de la OMC, la intención del reclamante de tomar medidas de retorsión contra el demandado, y el cuestionamiento del demandado al respecto, como un mecanismo obligatorio para establecer el monto de la retorsión o de los sectores comerciales en los que debe recaer esa retorsión (arts. 22.6 y 22.7 del ESD).

Adicionalmente, en el marco de la Decisión de la Conferencia Ministerial que contiene la Exención de Lomé de 2001, los miembros de la OMC adoptaron un mecanismo de arbitraje *ad hoc*, en el contexto de la diferencia sobre el banano, para la determinación de si el sistema de arancel único de las comunidades europeas, a ser aplicado a las importaciones de banano de los países que exportan este producto bajo el régimen de nación más favorecida, mantendría el acceso al mercado existente de este producto en el mercado de la Unión Europea.

Al 17 de febrero de 2015, la situación en cuanto al uso del arbitraje en el marco de la OMC, era la siguiente. En el primero de los casos, como medio alternativo al procedimiento ordinario de solución de diferencias, el recurso al arbitraje bajo el art. 25 del ESD se ha llevado a cabo sólo en una ocasión. En el segundo, como mecanismo de determinación del plazo prudencial, se ha recurrido en treintinueve de ciento cincuenta casos en los que se ha hallado, al menos, una violación del Derecho de la OMC; es decir, en el 21% de los casos relevantes. En el tercero, en lo que respecta a la fijación del monto de la retorsión y de los sectores, se ha recurrido en diecinueve de los treinta y seis casos en los que se ha solicitado la autorización para tomar medidas de retorsión; es decir, en el 53% de los casos.

La principal razón por la que el arbitraje, bajo el art. 25 del ESD, ha tenido un uso casi nulo, es el hecho de que requiere el consentimiento de ambas partes en la diferencia. Por contraste, a falta de acuerdo en contrario entre las partes, el procedimiento ordinario de solución de diferencias es de aplicación obligatoria; el reclamante tiene derecho cuasi automático al establecimiento de un grupo especial que evalúe su reclamo. Otra razón importante sobre el uso limitado es que, a diferencia del procedimiento ordinario, no existe reglamentación concreta sobre el procedimiento arbitral o la forma en que éste debiera llevarse a cabo. Ésta es una clara desventaja frente al procedimiento ordinario, el cual tiene una reglamentación bastante detallada en el ESD. El único arbitraje que se ha llevado a cabo al amparo del art. 25, fue el relativo a la determinación de los perjuicios producidos por una infracción ocasionada por los Estados Unidos en el marco del art. 110 (5) de su Ley de Derecho de Autor.

A estos perjuicios se les conoce como la «anulación o menoscabo de ventajas». En este asunto, las partes acordaron la designación inicial de los árbitros y delegaron en el Director General de la OMC, la potestad de designar sustitutos, en caso de que alguno de los árbitros designados por las partes no estuviera disponible. Nótese que el laudo emitido por un árbitro bajo el art. 25 del ESD es, simplemente, notificado al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, y las partes se someten a acatarlo sin posibilidad de apelación. Por contraste, las decisiones de los órganos judiciales regulares están sometidos a la formalidad de aprobación por consenso negativo por parte del OSD, y son susceptibles de apelación.

A diferencia del arbitraje bajo el art. 25 del ESD, el recurso al arbitraje en el contexto del establecimiento del plazo prudencial del cumplimiento, al amparo del art. 21.3(c) del ESD, no requiere el consentimiento de las partes. Es, en efecto, un mecanismo de aplicación obligatoria en defecto de acuerdo entre las partes sobre el establecimiento del plazo prudencial de cumplimiento. El Director General de la OMC es el encargado de designar a un árbitro. Si bien se utiliza el término «árbitro» en singular, se entiende que el mismo puede comprender a un grupo colegiado de árbitros individuales.

En la práctica, el Director General suele nombrar a miembros actuales o retirados del Órgano de Apelación. El mandato del árbitro es determinar si el plazo prudencial de cumplimiento alegado por ambas partes es coherente con los procedimientos regulares y ordenamiento jurídico interno del demandado. El propósito es establecer el plazo prudencial más cercano al pronto cumplimiento de las decisiones judiciales de la OMC. No existe reglamentación específica sobre los pasos procesales a seguir. Sin embargo, es práctica usual que el procedimiento sea abreviado, consistiendo en la presentación de una comunicación por parte y una audiencia única. El laudo arbitral tiene carácter definitivo e inapelable. Establece un plazo que debe observar el demandado al momento de poner sus medidas, de conformidad con la decisión del órgano judicial respectivo de la OMC.

Finalmente, el arbitraje, bajo los arts. 22.6 y 22.7 del ESD, tampoco requiere el consentimiento de las partes para su establecimiento. Se activa automáticamente cuando, ante la falta de cumplimiento efectivo de las decisiones de los órganos judiciales, existe un pedido de autorización de retorsión por parte de un reclamante, y el demandado cuestiona el monto de la retorsión solicitada o los sectores sobre los que ésta recaería.

Normalmente, se nombra como «árbitro» al grupo de individuos que examinó en primera instancia el reclamo de violación. La función de este arbitraje es atender al cuestionamiento del demandado. Tampoco existe en el ESD reglamentación específica sobre los pasos procesales a seguir. Sin embargo, se suele exigir que el reclamante presente un documento con la metodología y cálculo seguido para el establecimiento de la retorsión. El objeto de debate versa sobre la legitimidad de la metodología y cálculo utilizado. El laudo arbitral tiene carácter definitivo e inapelable. Precisa el monto adecuado de la retorsión y la validez de los sectores comerciales seleccionados para su adopción. Sobre la base de su contenido se faculta al reclamante a tomar medidas de retorsión contra el demandado.

(Fernando Piérola. Jurista. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: VAN DEN BOSSCHE, P. y W. ZDOUC. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 180-182, 291-292, 296-298. PIÉROLA, F. *Solución de Diferencias ante la OMC: Presente y perspectivas*. Londres: Cameron May, 2008, pp. 137-144, 149-155.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Laudo del árbitro, *Estados Unidos de América –art. 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de América–. Recurso al arbitraje previsto en el art. 25 del ESD, WT/DS160/ARB/1*, 9 de noviembre de 2001.

CONTESTACIÓN

La estructura del procedimiento arbitral impone, por un lado, una dualidad de partes en posiciones contradictorias; y, por otro lado, un tribunal arbitral o árbitro que debe decidir la controversia. La forma contradictoria y el principio de audiencia llevan necesariamente a un derecho a la contestación. Así, cada parte debe tener la oportunidad de presentar argumentos y, a su vez, debe tener la oportunidad de contestar a la parte contraria sobre los mismos (estos principios los recogen la mayoría de legislaciones que tratan el arbitraje, por ejemplo, el art. 182.3 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado suiza).

En palabras del Tribunal Federal suizo, «el derecho de audiencia confiere a cada una de las partes la facultad de desarrollar todos los argumentos de hecho y de derecho concernientes al objeto del litigio y de presentar todas las pruebas necesarias, así como participar en las audiencias y de ser asistido o representado ante los árbitros; en cuanto al principio de contradicción, éste garantiza a cada una de las partes la facultad de pronunciarse sobre los medios presentados por su adversario, de examinar y de discutir la prueba por él presentada y de refutarla con sus propias pruebas». (Sentencia del TF 117 II 346, 348). Ver también el art. 24 de la Ley de Arbitraje española.

Ello implica para las partes la obligación de comunicar a su adversario todo documento o petición sometido al tribunal arbitral (ver art. 30.3 de la Ley de Arbitraje española).

No se debe más que la oportunidad de contestar. Si no se aprovecha dicha oportunidad, no puede haber motivo de crítica. En relación con esto puntualizamos que la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales especifican que, en caso de incomparecencia de una parte, el tribunal puede proseguir el arbitraje y dictar laudo; ver, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, basado principalmente en el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976.

Sin embargo, la parte que considere que se le ha denegado un derecho a contestar, debe protestar tan pronto como sea posible. Así, el Tribunal Federal suizo ha dictaminado que la parte que no pida una prórroga para poder someter sus comentarios sobre los nuevos escritos o pruebas presentadas por la parte contraria, no podrá prevalecer en una acción de nulidad del laudo motivada en una falta de oportunidad para presentar una contestación (sentencia del TF de 7 de septiembre de 1993, *ASA Bull.* 1994, p. 248).

El tribunal debe dar un plazo razonable para el ejercicio del derecho de contestación. Este principio también lo recogen la mayoría de las legislaciones que tratan el arbitraje y también los reglamentos de arbitraje (ver, por ejemplo, el art. 15.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el art. 15.1 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional).

La forma en que se garantizará el derecho a la contestación dependerá de cada caso. Además, no hay una práctica establecida (ni reglamentación) que determine cuál de las partes tendrá el derecho a contestar en última instancia, cuestión que varía según el sistema jurídico de cada país en el contencioso ordinario.

Esto lo deberán decidir las partes de común acuerdo o lo deberá decidir el tribunal. Puede también influir la presentación de una demanda reconvenzional.

El arbitraje internacional resulta cada vez más estandarizado, por lo que dentro del calendario procedimental suele haber un escrito inicial de demanda y otro de contestación, antes de la constitución del tribunal, seguido de dos tandas de escritos (con las pruebas correspondientes anexadas) luego de haberse constituido el tribunal y antes de la audiencia. Después de la audiencia puede que se prevea una o incluso dos tandas adicionales de escritos (la presentación puede ser simultánea o consecutiva). En la audiencia, es habitual que las partes hagan también una presentación de sus argumentos. Siendo muy frecuente que el objetivo principal de la audiencia sea la audiencia de testigos, las presentaciones orales por las partes de sus argumentos (con las correspondientes contestaciones) pueden realizarse antes de la audiencia de los testigos o después de la misma.

Con tanta oportunidad de presentar pruebas y de contestarlas, se puede uno plantear cuáles son los límites del derecho a la contestación.

Por ejemplo, en contestación a los argumentos de su contrincante, una de las partes podría presentar pruebas periciales en la fase post-audiencia (aun habiéndose podido presentar las pruebas en fase anterior a la audiencia) por diversos motivos, como pueden ser el afán de alargar el procedimiento o por simples razones de oportunidad. Si se aceptaran dichas pruebas tardías, el tribunal se vería también obligado a dar a la otra parte, una nueva oportunidad de contestar (incluyendo, posiblemente una nueva audiencia). Planteada dicha situación, un tribunal podría rechazar la presentación de dichas pruebas, estimándose que se dio suficiente oportunidad de contestación antes de la audiencia. En definitiva, un tribunal no debe permitir que las partes abusen de su derecho de contestación.

Merece ser comentado el derecho de audiencia en el marco de los argumentos jurídicos que pueda considerar pertinentes el tribunal arbitral, y que no hayan sido desarrollados por las partes. El principio *iura novit curia* (o *iura novit arbiter*) opera con más o menos fuerza dependiendo del sitio del arbitraje. En Inglaterra, la jurisprudencia estima que los aspectos jurídicos (y fácticos) de una controversia no pueden ser decididos por un tribunal arbitral sin previo debate de las partes, siendo por ello necesario una oportunidad de contestación a cualquier argumento jurídico (o fáctico) que el tribunal considere pertinente, si éste no ha sido debatido por las partes, siempre y cuando un argumento en el sentido contrario pueda argumentarse razonablemente (*«provided always that the opposite conclusion is at least reasonably arguable»* – *Vee Networks Ltd. vs. Econet Wireless International Ltd.* ([2005] 1 Lloyd's Rep 192), *OAO Northern Shipping Co. vs. Remolcadores De Marin SL* ([2007] EWHC 1821 (Comm))).

En cambio, en Suiza, el principio de *iura novit curia* se deja de aplicar sólo en circunstancias particulares. Como directriz general, el Tribunal Federal ha establecido que un tribunal arbitral debe aplicar el derecho de oficio «sin que el tribunal arbitral necesite llamar la atención de las partes sobre la existencia de un problema jurídico», aunque el derecho a la defensa requiere que los árbitros den una oportunidad de comentar (contestar) los argumentos jurídicos del tribunal arbitral, si éste tiene la intención de «fundamentarse en argumentos jurídicos que no son conocidos por las partes y que no pudieran haber predicho» (sentencia del TF de 2 de marzo de 2001, *ASA Bull.* n.º 3/2001, pp. 531, 536; sentencia del TF de 19 de diciembre de 2001, *ASA Bull.* n.º 3/2002, pp. 493, 513).

(Autores: Domitille Baizeau. Socia. LALIVE. Ginebra.
Jaime Gallego. Asociado Sénior. LALIVE. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD, E. y J. SAVAGE (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999. POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, 2nd edition.

VOCABLOS CONEXOS: Incongruencia arbitral. Contestación de la demanda. Defensa y contradicción. Indefensión. Derecho aplicable al fondo del asunto. Prueba pericial. Réplica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante la «contestación de la demanda», la parte demandada contesta la demanda con argumentos de todo tipo, incluyendo los basados en la falta de competencia del tribunal, la no admisibilidad de la demanda o sobre el fondo. En la práctica, se formula siempre por escrito. No se debe confundir con la reconvencción, aunque esta última pueda presentarse al mismo tiempo que la contestación de la demanda.

El art. 5 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI recoge la «Contestación a la Solicitud», la cual requiere a la parte demandada que la presente dentro de los «30 días siguientes a la recepción de la Solicitud enviada por la Secretaría [...]». El mismo artículo relata el contenido necesario («deberá contener») de la contestación, aunque se debe tener en cuenta que el Reglamento no pretende que las partes circunscriban sus alegaciones a un solo escrito. Al contrario, en un arbitraje administrado por la CCI, la contestación de la solicitud bajo el art. 5 suele contener una breve exposición de la defensa de la parte demandada (en sintonía con una demanda también breve, siendo éste el primer escrito en un arbitraje administrado por la CCI), la cual se suele desarrollar en los escritos posteriores. No requiere el Reglamento, que contenga la objeción que pueda estimar pertinente el demandado con respecto a la competencia del tribunal, aunque cuanto más tarde lo deje, más posibilidades habrá de que se considere que se ha renunciado a esta defensa.

En el Reglamento de Arbitraje Cnudmi se intercambiará, en un primer momento, la notificación del arbitraje (art. 3) y la respuesta a la notificación del arbitraje (art. 4), seguido del escrito de demanda (art. 20) y la contestación de la demanda (art. 21). En cuanto a esta última, el art. 21 del Reglamento de Arbitraje Cnudmi (revisado en el 2010) expone lo siguiente en el primer párrafo: «El demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros dentro del plazo que determine el tribunal arbitral».

El Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional consta de un esquema muy similar al Reglamento de Arbitraje Cnudmi (ver también las Reglas de Arbitraje del Ciadi en su Regla 31).

El art. 29 de la Ley de Arbitraje n.º 60/2003 también recoge el término «contestación», lo cual supone una novedad con respecto a la Ley de Arbitraje de 1988, estableciéndose que «el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda». La ley española anuda una consecuencia importante a la presentación de la contestación de la demanda (o la expiración del plazo para presentarla): a partir de este momento empieza a correr el plazo (dispositivo) de seis meses para dictar el laudo, según su art. 37.2. También menciona el art. 29 en su segundo apartado que, «salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho».

(Autores: Domitille Baizeau. Socia. LALIVE. Ginebra.
Jaime Gallego. Asociado Senior. LALIVE. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD, E. y J. SAVAGE (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999. GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.). *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Aranzadi (2004). DERAIS, Y. y E. SCHWARTZ. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2005, 2nd edition.

VOCABLOS CONEXOS: Contestación. Demanda arbitral. Reconvencción. Réplica.

CONTRACT CLAIM (VER «CONTRACT CLAIMS VS. TREATY CLAIMS»)

CONTRACT CLAIMS VS. TREATY CLAIMS

En multitud de ocasiones, la inversión extranjera se articula por medio de contratos directos entre el inversor y el Estado receptor de la inversión o alguna de sus subdivisiones territoriales u organizativas. Esto da lugar a que una misma actuación del Estado receptor de la inversión pueda tener una vertiente de incumplimiento contractual y, simultáneamente, de incumplimiento del tratado de protección de la inversión suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversor. Esta simultaneidad puede generar importantes interferencias en cuestiones tales como la jurisdicción del tribunal arbitral nombrado al amparo del tratado de protección de inversiones para decidir reclamaciones de una u otra naturaleza, el efecto de la cláusula de resolución de disputas contenida en el contrato, la posibilidad y el efecto de la existencia de procedimientos simultáneos, el Derecho aplicable a unas u otras pretensiones o la determinación de los remedios (acciones) e indemnizaciones aplicables.

Como punto de partida, debe señalarse que, en principio, los tribunales arbitrales constituidos al amparo de los tratados de protección de inversiones (ver término Appri) son competentes para decidir acerca de reclamaciones basadas en las vulneraciones cometidas por el Estado receptor de la inversión de sus obligaciones y estándares de tratamiento contenidos en el propio tratado; es decir, las reclamaciones bajo el tratado o *Treaty Claims*. También, en principio, las reclamaciones de naturaleza puramente contractual (*Contract Claims*)

quedarán excluidas de la jurisdicción del tribunal arbitral constituido al amparo del tratado de protección de inversiones, y quedarán sometidas al foro aplicable al contrato de inversión (frecuentemente, los tribunales del Estado receptor de la inversión).

Sin embargo, y como se ha señalado, cuando existe un contrato de inversión, con frecuencia los incumplimientos del tratado de protección de inversión estarán relacionados, sino directamente constituidos, por incumplimientos contractuales del Estado. Así, por ejemplo, un Estado puede incumplir su obligación de otorgar al inversor un Tratamiento Justo y Equitativo mediante la sistemática vulneración de sus obligaciones contractuales. En ese caso, un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de protección de inversiones se verá obligado a analizar hechos relativos a la ejecución del contrato, e incluso a determinar, con carácter prejudicial, si ha habido o no un incumplimiento del mismo, siendo competente para ello, incluso aunque exista una cláusula expresa y exclusiva de selección de foro contenida en el contrato de inversión (*Lanco vs. Argentina*, Laudo de Jurisdicción, 1998, Appri Argentina-Estados Unidos; *Aguas de Aconquija vs. Argentina*, Primer Laudo, 2000 y Primera Decisión de Anulación, 2002, Appri Argentina-Francia; *Salini vs. Marruecos*, Laudo de Jurisdicción, 2001, Appri Italia-Marruecos).

Pero, no todo incumplimiento contractual constituirá, de por sí, una infracción del tratado. Por ejemplo, el impago de ciertas cantidades previstas contractualmente no tiene por qué constituir un incumplimiento de las obligaciones y estándares de tratamiento previstos en el tratado. Para estos incumplimientos (como para cualquier incumplimiento contractual) el inversor tendrá expedita la vía de acudir al foro contractual competente. Si los tribunales competentes para resolver las disputas derivadas del contrato son los del Estado receptor de la inversión, su actuación y su decisión podrían dar lugar, eventualmente, a una reclamación autónoma conforme al tratado. Lo mismo podría ocurrir si el Estado frustrara de alguna forma o privara al inversor de acceso al mecanismo de resolución de controversias previsto en el contrato.

Otra cuestión interesante es la del Derecho aplicable: mientras para decidir una reclamación conforme al tratado, serán de aplicación el tratado y el Derecho previsto en él (que suele incluir una referencia al Derecho internacional), una reclamación conforme al contrato debe resolverse bajo el Derecho aplicable al propio contrato, que en muchas ocasiones será el del Estado receptor de la inversión. El Estado, como ente soberano, tiene la potestad de modificar el Derecho aplicable a su antojo, sin que el inversor tenga, contractualmente, alguna acción contra dicha modificación normativa. Sin embargo, una modificación de la ley aplicable por parte del Estado podría dar lugar, eventualmente, a una reclamación conforme al tratado de protección de inversiones.

Por otra parte, un gran número de tratados contiene lo que viene conociéndose como *umbrella clause* o cláusula paraguas que, con diferentes redacciones y alcances, establece como obligación del Estado receptor de la inversión, el respeto a los compromisos dados (ver término «cláusula paraguas»). Esta obligación bien puede entenderse como que incluye el respeto a las obligaciones de naturaleza contractual. Por ello, algunos autores y jurisprudencia han defendido la llamada interpretación maximalista de la *umbrella clause*, que convertiría cualquier incumplimiento contractual en un incumplimiento del tratado. De acuerdo con esta interpretación, una reclamación contractual podría ejercitarse como tal, por medio de la cláusula de resolución de disputas prevista en el propio contrato; o como infracción del tratado, mediante la vía de la resolución de disputas prevista en éste. Esta es la postura acogida por el tribunal arbitral en el asunto *SGS vs. Filipinas* (Laudo de Jurisdicción, 2004, Appri Filipinas-Suiza).

Sin embargo, en el asunto *SGS vs. Pakistán* (Laudo de Jurisdicción, 2003, Appri Pakistán-Suiza), otro tribunal arbitral adoptó, meses antes, una interpretación completamente opuesta, según la cual, la *umbrella clause* no podía interpretarse en el sentido de elevar al rango de incumplimiento del tratado cualquier infracción contractual. En *El Paso vs. Argentina* (Laudo de Jurisdicción, 2006, Appri Argentina-Estados Unidos), un tribunal arbitral concluyó que la *umbrella clause* no podía convertir cualesquiera reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo el tratado, sino únicamente aquellas que el Estado hubiera asumido en su condición de soberano, como era el caso de las cláusulas de estabilización incluidas en el contrato de inversión.

Por otra parte, la concreta redacción de la provisión de resolución de disputas entre inversor y Estado, contenida en los tratados de protección de inversiones, también puede ser utilizada para permitir que un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado, conozca reclamaciones contractuales derivadas de un contrato de inversión. Así, cuando la cláusula de resolución de disputas entre inversor y Estado se refiere a «todas las disputas entre inversor y Estado» o a «todas las disputas relativas a la inversión», cabe entender que puede incluir tanto reclamaciones bajo el tratado, como reclamaciones derivadas del contrato de inversión. Sin embargo, cuando el tratado sólo se refiere a «disputas derivadas del tratado» o a «reclamaciones bajo el

tratado», es evidente que las reclamaciones contractuales quedarán fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral que se constituya al amparo del tratado.

Una última cuestión relativa a las relaciones entre las reclamaciones contractuales y las derivadas del tratado, se refiere a las cláusulas de *fork-in-the-road* o de opción irrevocable contenidas en algunos tratados (ver término cláusula de opción irrevocable). Los tratados de protección de inversión suelen dar al inversor diferentes opciones para presentar sus reclamaciones conforme al tratado, contra el Estado. Habitualmente, estas opciones suelen incluir los tribunales locales y una o varias posibilidades de arbitraje internacional, a elección, normalmente, del inversor. Muchos de estos tratados establecen una norma de elección, que, de forma más o menos explícita, hacen que la elección del inversor resulte irrevocable; es decir, que una vez intentada la reclamación en una de las vías previstas, quedan vedadas las demás. Una vez más, debe hacerse valer aquí la distinción entre *contract claims* y *treaty claims*. Así, el hecho de que el inversor haya formulado una reclamación contractual ante los tribunales locales, no debería impedir que el inversor pueda formular ante un tribunal arbitral constituido al amparo del tratado, una reclamación conforme al tratado, basada en los mismos hechos o incluso referida a los mismos incumplimientos. Sin embargo, el laudo dictado en el asunto *Pantechniki vs. Albania* (2009, Appri Albania-Grecia) rechazó una reclamación del inversor conforme al tratado, en el que existía una cláusula que obligaba al inversor a elegir entre tribunales nacionales y arbitraje internacional, puesto que el inversor ya había formulado una reclamación conforme al contrato ante los tribunales albaneses «sobre las mismas bases fundamentales».

(Autor: Alejandro López Ortiz. Socio. Mayer Brown LLP. París).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALEXANDROV, S.A. «Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS vs. Pakistan and SGS vs. Philippines». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 4, pp. 555-577. ALEXANDROV, S.A. «The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future Icsid Arbitrations –The Applicant's Perspective–». En *Annulment of Icsid Awards*. GAILLARD, E. e Y. BANIFATEMI (eds.), 2004, pp. 97-121. McLACHLAN, C., L. SHORE y M. WEINIGER. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje de inversiones. Cláusula de opción irrevocable (cláusula *fork in the road*). Cláusula paraguas (*umbrella clause*). Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones.

CONTRADICCIÓN (VER «DEFENSA Y CONTRADICCIÓN»)

CONTRATOS PÚBLICOS (NOCIÓN EN EL DERECHO INTERNO) (VER TAMBIÉN «ARBITRAJE DEL ESTADO (ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA)»)

Son contratos públicos los celebrados, con carácter oneroso, por entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Dentro de ellos, existen dos categorías: los contratos administrativos, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y los contratos privados, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria. En cuanto al régimen jurídico de estos contratos, la mayoría de ordenamientos, a excepción, por ejemplo, de Francia; y, por su influencia, de España, incluyen la totalidad de la regulación de la contratación del sector público en el Derecho privado.

La categoría de los contratos administrativos, procedente del Derecho francés, ha sido definida desde diferentes perspectivas, empleándose diferentes criterios y teorías:

- a) *Criterio subjetivo.* Atiende a los sujetos intervinientes en el contrato, de modo que la intervención de la administración pública, como parte en el contrato, es suficiente para calificar la contratación como administrativa.
- b) *Criterio de la jurisdicción.* El criterio de la jurisdicción consiste en establecer que hay contratación administrativa en aquellos casos en que compete conocer a la jurisdicción administrativa, por disponerlo un precepto legal, por haberse pactado, o por decidirse jurisdiccionalmente, por sus modalidades propias, que corresponde a la jurisdicción administrativa.
- c) *Teoría del servicio público.* La calificación del contrato como público se hace depender de su objeto. Es decir, nos hallamos ante un contrato administrativo si éste tiene como objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público y ante un contrato civil en caso contrario.

- d) Teoría de la cláusula exorbitante, según la cual la existencia de cláusulas excepcionales o exorbitantes del derecho común en el contrato, permite incluirlo en la categoría de los contratos administrativos frente a los contratos privados.

Combinando los criterios anteriores, podría definirse el contrato administrativo como un acuerdo de voluntades entre una administración y un particular, o entre dos administraciones, celebrado con una finalidad de interés público y que, por ello, está sometido a un régimen jurídico exorbitante del Derecho común, que otorga una serie de prerrogativas a la administración, colocando al contratista en una posición de subordinación respecto a ésta.

Como se ha señalado, la administración ejerce una serie de prerrogativas en la ejecución de los contratos, concretadas por los ordenamientos jurídicos internos. Así, por ejemplo, en España, la Ley n.º 30/2007 de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, confiere al órgano de contratación, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada ley, la facultad de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución, y determinar los efectos de ésta.

El reconocimiento de estos extraordinarios poderes, que proyectan una profunda desigualdad entre las partes, conlleva el reconocimiento, en los respectivos ordenamientos jurídicos, de ciertas contrapartidas para el contratista (compensación por el ejercicio del *ius variandi*, indemnizaciones de daños a terceros, compensaciones dinerarias por mora de la administración, indemnización derivada del *factum principis*, excepciones al principio de riesgo y ventura, etc.).

Este sector de la contratación administrativa, como viene destacando la doctrina, dado su carácter convencional, se manifiesta como una de las materias más idóneas para el arbitraje; y, por tanto, como uno de los campos en los que preferiblemente debiera incentivarse la solución de conflictos a través de medios arbitrales y de la conciliación. Desde distintos sectores se ha enfatizado acerca de las ventajas que conllevaría el empleo de este modo de resolver los conflictos derivados de los contratos públicos (la celeridad, la especialización, flexibilidad, la confidencialidad, la economía y la desnacionalización de la justicia [...]), lo que ha llevado a muchos países a revisar sus normas en orden a favorecer el uso de esta figura en materia de contratos públicos.

Si bien en muchos ordenamientos jurídicos se viene admitiendo la utilización de la institución arbitral en relación con la totalidad de los contratos públicos, regulados, como señalábamos, por las normas de Derecho privado, en otros, como el español, únicamente determinados contratos públicos pueden someterse al arbitraje común (los celebrados por entidades públicas que no tengan la condición de administraciones públicas); y, exclusivamente, para la resolución de diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento o extinción de los contratos.

No ocurre lo mismo, no obstante, con los contratos administrativos, entendiendo por tales los celebrados por una administración pública, para los que queda expresamente excluido el uso de dicho mecanismo de resolución de conflictos, al no haber quedado aún solventadas las dudas acerca de su constitucionalidad en referencia a las entidades administrativas. Ello, sin perjuicio de los tratados internacionales que vinculen al Estado o del sistema Ciadi, al cual España está vinculada.

(Autora: Beatriz Díaz Madrena. Abogada. Oviedo).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público* (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003. FERRET I JACAS, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35. PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo* I. Madrid: Marcial Pons, 2004, 15.ª edición. POZO VILCHES, J. «Arbitraje y Contratos Públicos». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas, 2002. TRAYTER, J.M. «El arbitraje de Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995 y «El arbitraje de Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje del Estado (Arbitraje en contratos públicos). Constitucionalidad del arbitraje. *Contract claims vs. Treaty Claims*. Terminación convencional de los procedimientos administrativos. Arbitraje en la contratación pública.

CONTRATO DE ESTADO

1. Definición y precisiones necesarias

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad) entiende este término de Derecho internacional como «un contrato celebrado entre el Estado, o una entidad estatal [...] y un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera» (*Colección de publicaciones de la Unctad sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión*).

El objeto del contrato es amplio y puede comprender contratos de concesión, de exploración y explotación de recursos naturales, obras públicas, etc. Este término, a simple vista, nos podría hacer creer que estaríamos en el ámbito del Derecho administrativo porque, en la perspectiva del Derecho interno, pensaríamos en «contratos administrativos», «contratos públicos» o «contratación con el Estado». Esta percepción es muy limitada. Pues, en la locución «contrato de Estado» hay un elemento diferenciador que el Derecho administrativo de los Estados no suele diferenciar: la nacionalidad extranjera de la otra parte contratante.

Este elemento diferenciador hace que los contratos de Estado caigan en el ámbito del Derecho internacional. En el escenario internacional, por un lado, el ordenamiento aplicable a las controversias suscitadas en estos contratos no siempre será la ley interna y, por otro lado, el mecanismo de solución de controversias no siempre será el poder judicial del Estado parte del contrato. Pues, una de las características de los contratos de Estado, es la presencia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias; y, asimismo, otra característica importante es la posible aplicabilidad del Derecho internacional por parte de los árbitros.

En perspectiva académica, los contratos de Estado presentan cierta dificultad para ser estudiados en marco perspectiva en la medida en que no siempre son accesibles. Como comenta la profesora Anaïs LAGALLE, si bien no son todos secretos, un número importante de éstos no son accesibles, con lo cual solamente se podría tener –como observa el profesor LEBEN– una visión parcial de la realidad.

2. Las partes en el contrato de Estado

De lo expuesto del Texto de Unctad, se entiende que las partes del contrato de Estado son dos: un Estado y una persona física o jurídica de nacionalidad extranjera.

Esta afirmación merece una matización respecto de la parte estatal, ya que la idea de una parte estatal no necesariamente significa que ésta sea el gobierno del Estado o la administración central del Estado, sino que la parte estatal puede ser una subdivisión política o territorial del Estado o un organismo público de un Estado.

La alusión a que la otra parte del contrato sea una *persona extranjera* no es novedad alguna en el marco del arbitraje internacional, tal como se ve reflejado en textos jurídicos, como por ejemplo, en los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris) o en el art. 25.1 del Convenio Ciadi de 1965, el cual señala que la jurisdicción del Ciadi comprende diferencias relativas a inversiones entre un «Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado [...]».

En consecuencia de la definición de Unctad, los contratos entre el Estado (o sus poderes públicos) y sus propios nacionales escapan de la definición de contrato de Estado del Derecho internacional.

3. Los mecanismos de solución de controversias

En lo que al mecanismo de solución de controversias concierne, si bien el arbitraje es frecuentemente incluido en los contratos de Estado, en realidad hay varios mecanismos. El Derecho internacional no se opone a la libre elección del mecanismo fijado entre las partes, por lo que entre éstos se puede identificar: *a)* la vida judicial ante jurisdicción estatal, *b)* la conciliación, *c)* la mediación o *d)* al arbitraje.

4. El arbitraje en los contratos de Estado que a la vez constituyen una inversión

Especial mención merece el mecanismo arbitral cuando la controversia entre las partes del contrato implica también una controversia relativa a inversiones protegidas por tratados internacionales. En este escenario se dibuja la posibilidad de una reclamación sobre la base del contrato (*contract claim*) y sobre la base del tratado internacional (*treaty claim*).

Si la reclamación se realiza sobre la base del mismo contrato, entonces, el mecanismo de solución de controversias será el establecido en el contrato; pero si la reclamación se hace sobre la base de un tratado, entonces, el mecanismo de solución de controversias puede ser el mecanismo establecido en un tratado internacional que puede entrar en juego. En este escenario cobran especial interés las disposiciones de los Acuerdos para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (Appris).

El consentimiento del Estado para someter a arbitraje una controversia surgida de un contrato de Estado puede no estar dada en el mismo contrato, sino en un tratado como los Appris que hemos citado. Pues, los Estados pueden avanzar su consentimiento al arbitraje en Appris; y, con la finalidad de verlo claro, sirva como uno de tantos ejemplos, el Appri España-Chile, cuyo art. 10 señala que:

1. Toda controversia [...] entre una Parte Contratante y un inversionista [...] será [...] solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.
2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:
 - o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
 - o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.
 Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.
3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación o elección del inversionista:
 - Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 [...]
 - A un tribunal de arbitraje «ad hoc» [...]

Como se puede apreciar, el precepto del Appri transcrito permite que el contratista, si es inversor, pueda elegir la vía arbitral. Pero, hay que tener presente las diferentes cláusulas arbitrales que puede contener un Appri. En todo caso, es oportuno subrayar que se ha de tener cuidado con no dejar de lado la perspectiva del Derecho internacional sobre determinados contratos que celebran los poderes públicos y –dicho en un contexto académico– evitar encerrarse en los conceptos e ideas del Derecho interno sobre contratos públicos de los Estados.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Doctorando en la Université de Perpignan Via Domitia, Francia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LAGALLE, Anaïs. *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*. París: Harmattan, 2014. LALIVE, J.F. «Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1983, tomo 181. LEBEN, Ch. «La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2003, tomo 302. RAUCOUNAS, E. «Facteurs privés et droit international public». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2002, tomo 299.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones. Arbitraje unilateral. Arbitraje mixto. *Contract Claims vs. Treaty Claims*. Cláusulas de estabilización. Contratos públicos. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones.

CONTROL DEL LAUDO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Descripción

La fase postarbitral en el arbitraje de inversiones, ante el Ciadi, presenta aspectos que lo diferencian notablemente del arbitraje internacional y del arbitraje, en general. El sistema trata de consagrar en su grado máximo la desvinculación del control de los laudos por los tribunales judiciales, que es el supuesto normal; y, prácticamente, consolidado ya en el arbitraje, en general, en el que son los tribunales judiciales los que proceden a su revisión, normalmente a través de una acción típica, que es la acción de anulación, y a través del trámite de reconocimiento y ejecución para los laudos extranjeros.

En el arbitraje diseñado ante el Ciadi por el Convenio de Washington de 1965, este esquema resulta significativamente alterado, en el sentido pretendido de dotar de mayor autonomía y deslocalización al arbitraje, evitando la intervención de los tribunales estatales. De esta manera, el reconocimiento y ejecución de laudos sigue un procedimiento autónomo mediante el que los Estados firmantes del Convenio se comprometen a ejecutar los laudos del Centro como si de sus propias sentencias nacionales se tratara. Se renuncia así, de forma velada, pero certera, al trámite de reconocimiento, pasando directamente a la ejecución en los términos precisos para las sentencias nacionales.

Como también, participando de la misma idea de no injerencia de los tribunales estatales, el control inevitable sobre los laudos recae en específicos órganos emanados del Centro. Esta acción de anulación especial es al mismo tiempo excepcional. Pero, una vez en marcha el procedimiento, las limitaciones propias del control de los laudos arbitrales se imponen, aunque no siempre la práctica arroje la plena autonomía arbitral, evitando a toda costa una revisión de fondo sobre los laudos dictados, enmascarándola bajo un uso extensivo y abusivo de los motivos de la anulación y que la práctica arbitral más reciente tiende, no obstante, a paliar de alguna manera.

2. *Rasgos del sistema*

En general, el régimen de la revisión y control de los laudos dictados en arbitrajes, tanto internos como internacionales, se alinea sobre un determinado patrón que implica:

- a) Prohibición de la revisión de fondo, consagrando la progresiva autonomía de la institución arbitral respecto de la jurisdicción estatal o judicial propiamente dicha. La línea evolutiva ha progresado en el sentido de erradicar formas de control que implicasen de alguna manera, a través de los recursos apropiados, como la apelación o la casación, una revisión en cuanto al fondo, estableciendo así el carácter independiente de la justicia arbitral.
- b) El alineamiento de las formas de control sobre laudos, sobre criterios o causas extrínsecas a la decisión misma. Se trataría, en esta perspectiva, de formular un control sobre aspectos exteriores a la decisión misma, y relativos a la forma en que se ha dictado la sentencia, el uso de los poderes de los árbitros, etc., en un plano distinto al de la solución intrínseca de la controversia. Esto es, por las causas y motivos que hoy en día aparecen de manera universal en la acción de nulidad contra el laudo arbitral, en las legislaciones nacionales sobre arbitraje y en las fuentes internacionales, fundamentalmente, la Convención de Nueva York (art. v), para el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.
- c) La tasación de las causas de control sobre el laudo, de manera que sólo unas determinadas causas, con carácter limitativo, se retengan como susceptibles de efectuar este control. Se advierte al propio tiempo un alineamiento de estas causas o motivos en las dos formas de control del arbitraje internacional: las que son motivo de rechazo del reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando se solicita en un país y de conformidad a la ley de arbitraje o las convenciones internacionales aplicables, fundamentalmente, la Convención de Nueva York, con aquellas otras que aparecen como causas o motivos de la acción de nulidad del laudo y nucleadas en torno a las condiciones de producción de la sentencia y al ejercicio de los poderes de los árbitros, con salvaguardia en suma del concepto de orden público.
- d) La competencia a cargo de los tribunales judiciales, excluyendo cualesquiera formas de control endogámico por parte de las instituciones arbitrales, u otras autoridades o administraciones.

El sistema del control de los laudos recaídos en procedimientos sobre arbitraje de inversiones, al amparo de los Acuerdos Bilaterales de Promoción de Inversiones (Appris), o en los de carácter multilateral regional o de ámbito material, obedece, en general, a estos predicamentos, cuando la remisión se hace al sistema Ciadi, de conformidad al Tratado de Washington de 1965.

Es así que en los procedimientos que se desarrollan ante el Ciadi, sobre los laudos dictados, el control se hace sobre la base de la competencia que se otorga a unos órganos, los Comités *ad hoc*, que se incardinan dentro de la estructura del propio Centro. Se trataría, en suma, de un control no a cargo de los tribunales judiciales, como es el supuesto normal y más extendido de control, en una función prototípica y consolidada que han adquirido los tribunales de este orden en relación al arbitraje, sino un control propio, interno y endogámico, a cargo de órganos de la propia organización a la que se debe el laudo que es objeto de revisión.

Por lo demás, las reglas que marcan la autonomía institucional del arbitraje, como las tales causas tasadas, el impedimento de la revisión de fondo, la naturaleza de los motivos, extrínseca a la propia decisión, se mantienen, como es propio de cualquier arbitraje y, singularmente, en un grado de universalización bastante

consagrado, del arbitraje internacional, marcando así nítidamente su autonomía y deslocalización de cualquier orden estatal y su autonomía e independencia.

3. Las razones del sistema

Y es, precisamente, este imperativo de deslocalización completa, haciendo depender el control de los laudos de los Comités *ad hoc* constituidos en el seno de la organización, lo que ha pesado, finalmente, en la configuración de tan peculiar aspecto, respecto de otros tipos de arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, y del arbitraje a secas. Circunstancia ésta especialmente sensible en los arbitrajes internacionales de inversiones en los que el arbitraje es, fundamentalmente, un arbitraje de tipo unilateral, en el que en virtud de los tratados de aplicación, el arbitraje es de sentido único, siendo el Estado receptor de las inversiones el demandado, y los inversionistas, definidos conforme a esos tratados —o leyes nacionales— los demandantes. La conveniencia de alejar a los tribunales de la sede del arbitraje en el control de los laudos dirigidos contra los Estados, y el carácter que va adquiriendo el arbitraje de inversiones como instrumento de control de la legalidad internacional en esta materia, ha contribuido de manera notable a crear esta suerte única de control endogámico a cargo de órganos emanados de la organización, el Ciadi.

Ello no quiere decir que sea este sistema exclusivo de los arbitrajes internacionales de inversiones. Sólo cuando rige el Convenio de Washington de 1965 y sus reglas de procedimiento, se establece este tipo de control. Pero, no cuando el arbitraje sobre una inversión se rige por cualquier otra ley, o reglamento institucional, (CCI, LCI; AAA) o cuando se instituye como arbitraje *ad hoc* o reglamentado por reglamentos tipo Uncitral, incluso cuando el Convenio de Washington no es aplicable por no haber sido ratificado por alguno de los Estados miembros vinculados por un convenio bilateral o multilateral sobre inversiones, por ejemplo, el de los países de América del Norte, y entra en juego el denominado «mecanismo complementario».

En todos estos supuestos, el control de los laudos se hace por los tribunales judiciales que sean competentes en función de la ley aplicable al arbitraje, normalmente, la ley del país en que se dicta el laudo.

Pues bien. Siendo claro el motivo de la creación de este peculiar sistema de control en los procedimientos ante el Ciadi, con aplicación de sus Reglas de Arbitraje, y que apenas disimula, como decimos, un inevitable recelo hacia el eventual control estatal sobre decisiones que implican o incluyen la responsabilidad del Estado mismo, en su caso, no por ello queda a cubierto de la crítica que pretende desenmascarar un sistema que puede, en ocasiones; y, pese a todo, incluir una revisión sobre el fondo, incompatible *a priori* con cualquier visión del arbitraje que se tenga, incluido, por supuesto, el arbitraje internacional de inversiones.

En el fondo de la justificación del sistema Ciadi está la necesidad o conveniencia de apurar al máximo el grado de deslocalización de las instancias estatales, poniendo en marcha un sistema de control de laudos autónomo e interno. La persistente razón de ello no es otra que la de mantener alejado el control de los propios Estados, sobre todo del Estado receptor de la inversión, y contra el que, normalmente, se incoa el arbitraje (el llamado arbitraje unilateral) y de sus tribunales, que pudieran carecer de la imparcialidad, neutralidad y objetividad requeridas, en principio. La cuestión radica en saber si, por muy razonable que sea el sistema implantado en este punto, no ha de resultar la solución hallada peor o, por lo menos, no exenta de peligros puntuales, como es la inexistencia de un auténtico control.

El control de los laudos por los Comités *ad hoc* en la actitud revisora mantenida sobre laudos recaídos en el seno del Ciadi, podía muy bien tildarse de conservacionista. Sea por el perfil dado al propio instrumento de control, con cargo a árbitros integrados en el panel de árbitros del Ciadi, sea por el estrecho margen en que puede desempeñarse dicho control, limitado a ciertos motivos únicamente interpretados; además, en forma muy restrictiva, sea, en fin, por el papel determinante que ejercen las estructuras del Ciadi y del Banco Mundial, sobre la constitución de los órganos decisores, los Comités *ad hoc*, lo cierto es que, salvo excepciones notables y ciertamente honrosas, el control sobre laudos dista de ser un instrumento eficaz y conforme a la función con que fue diseñado en un principio.

4. El régimen de control

El régimen del control de los laudos dictados se recoge en el art. 52 del Convenio Ciadi. Según él, el procedimiento de anulación se inicia por solicitud de alguna de las partes, basada en alguna de las causas señaladas, ante el Secretario General, que la registrará, si no es extemporánea (más de ciento veinte días después de la notificación del laudo a las partes, como supuesto normal). El Secretario General dará traslado a la otra parte y comunicará al Presidente del Consejo de Administración del Centro, el cual nombrará el órgano de resolución, un Comité *ad hoc*.

Al no establecerse un control de alteridad a cargo de los tribunales de justicia, como es el caso del Ciadi, es necesario habilitar, en primer lugar, un órgano de conocimiento de la pretensión de anulación, o Comité *ad hoc*. Y a diferencia del de la justicia estatal de control, el tribunal u órgano de conocimiento es necesario nombrarlo en cada caso, de conformidad al art. 52-3 del Convenio. Será el presidente del consejo administrativo el que nombre el comité, entre los árbitros nombrados por cada país, con excepción de los pertenecientes a los países de alguna de las partes. Ello posibilita la existencia de un «cuerpo» arbitral bastante homogéneo y permanente en las estructuras arbitrales, que pudiera ir en detrimento de la necesaria alteridad que es condición de un conocimiento objetivo e imparcial de las cuestiones planteadas en esta segunda instancia *sui generis*, del Convenio de Washington.

Una vez constituido este Comité *ad hoc*, cuyos miembros deben pertenecer a nacionalidades distintas de las de los árbitros y las partes intervinientes en el arbitraje que es objeto del control, este órgano funciona como un tribunal arbitral que conoce del asunto, pero en trámite de anulación.

5. La suspensión del laudo

La suspensión de la decisión o laudo recaído en el arbitraje de inversiones, bajo los auspicios del Ciadi, también es singular. Según el art. 54, si se solicita la anulación del laudo recibido, la suspensión del mismo es automática (lo que hace quebrar la constancia de decisión firme, como ocurre normalmente en el arbitraje común) y se debe considerar por el Comité *ad hoc*, en el plazo de treinta días, a partir de su constitución y entrada en funciones, pudiéndose revocar dicha suspensión o prorrogarla, de forma discrecional.

6. Los motivos de la anulación

Las causas que avalan una petición de nulidad son, como decimos, tasadas, de carácter extrínseco y pueden, asimismo, considerarse como de carácter excepcional. Afectan más bien a las circunstancias de producción del laudo, no al fondo. Así, que el tribunal no estuviese bien constituido, que hubiese excedido manifiestamente sus atribuciones, que hubiese existido corrupción por parte de algún miembro del tribunal, que se haya producido una violación sustancial de alguna regla del procedimiento y que no se hayan hecho constar los motivos en los que se fundamenta el laudo.

Pero, si el tenor de estos motivos es específico y sitúan a este procedimiento claramente entre los procedimientos de control sobre laudos y que son típicos del arbitraje, y más en concreto la acción de anulación, cierta práctica habida en el Ciadi; sobre todo, a partir de los dos primeros Comités *ad hoc* nombrados para los asuntos *Camerún vs. Klockner* y *Amco vs. Indonesia*, ha suscitado una crítica que va exigiendo una mayor vigilancia para que el procedimiento ante los Comités *ad hoc* no se convierta en una apelación, con lo que ello significa y que está expresamente vedado por el art. 53 de la Convención.

Una extralimitación por interpretación extensiva de la falta de motivos para anular los laudos, ha sido también esgrimida como causa disimulada de apelación. Con esta perspectiva se reabrió un debate de apelación, *novum iudicium*, sobre la causa formal aparente de la falta de motivos, en el asunto *Mine vs. Guinea*, en el que el Comité *ad hoc* había determinado el alcance exacto de la falta de motivos en el laudo, que no obedecía, como en los asuntos *Klockner* y *Amco* antes citados, a un error en la aplicación del Derecho, ex art. 42 Convenio Ciadi.

Los Comités *ad hoc*, de conformidad con la propia naturaleza de la acción de nulidad, sólo tienen jurisdicción para hacer anular el laudo, parcial o totalmente., aunque la anulación parcial es excepcional en la práctica del Centro. Una vez anulado, las partes pueden solicitar de nuevo la constitución de un tribunal para juzgar la diferencia, de conformidad con el convenio arbitral que permanece vigente o de conformidad con un tratado o ley, si es aplicable. Este nuevo tribunal se constituiría de acuerdo a las reglas para la constitución del tribunal y se seguiría el procedimiento aplicable, según las reglas del Ciadi. El nuevo tribunal tendría la competencia marcada por el propio convenio y por los límites del laudo anulado. Si éste se hubiera anulado parcialmente, sólo podría intervenir en la parte anulada, pues para la que no fue objeto de anulación, rige el principio de la cosa juzgada.

En resumen, el procedimiento de revisión de laudos en arbitrajes Ciadi, es un procedimiento específico de anulación, con causas tasadas, limitativas, extrínsecas, que evitan el control de fondo. Su finalidad es la anulación o mantenimiento del laudo revisado, el cual puede ser objeto de nuevo arbitraje en los términos marcados por el convenio arbitral o el tratado aplicable, y de la decisión del tribunal *ad hoc*. Pese a ser claramente un procedimiento excepcional, y de naturaleza típicamente anulatoria, la práctica permite desvelar

intentos de convertir el trámite en un control más o menos certero, más o menos disimulado, sobre el fondo, a través de una interpretación abusiva de los motivos de anulación contenidos en la Convención Ciadi.

7. *Algunas consideraciones finales*

El sistema implantado por el Ciadi ha suscitado durante largo tiempo una aguda y constante polémica acerca de su idoneidad para solucionar adecuadamente los conflictos sobrevenidos como consecuencia de la inversión. Por un lado, se ha puesto de manifiesto una progresiva universalización, por el acceso y uso de cada vez más países al Convenio de Washington, y por la proliferación realmente notable de los instrumentos convencionales, y entre ellos, sobre todo, los tratados bilaterales sobre inversiones, que ha incrementado de forma exponencial las soluciones arbitrales para las diferencias habidas con motivo de las inversiones en un país o países determinados.

También habría que contar en el haber del sistema, el alejamiento de la solución arbitral, en suma la denominada deslocalización, de los ordenamientos y jurisdicciones estatales, evitando la injerencia de los Estados receptores, jueces y parte de las vicisitudes de la inversión realizada por el inversionista necesariamente extranjero.

Como, asimismo, la creación de un contencioso de la legalidad internacional en materia de inversiones progresivamente consolidado. O el planteamiento, con tendencia universal, de una jurisdicción asentada en las reglas de los tratados. Se ha dicho de él también que es el tipo de arbitraje que más se asemeja a, o que más elementos de jurisdiccionalización contiene, respecto de otro tipo de arbitrajes y señaladamente entre ellos, el arbitraje comercial internacional.

Ello se fundamentaría en varias consideraciones, que apuntalan un régimen de pretendida jurisdicción universal. El acceso al arbitraje se realiza ya no únicamente en base a un contrato o convenio, sino por la vía de los tratados, en los que el Estado receptor presenta un compromiso, sin necesidad de ratificar en concreto la mayoría de las ocasiones, la vía arbitral ofrecida con carácter general.

Esta circunstancia constituye una base muy sólida ciertamente para la reconfiguración del arbitraje de inversiones en forma muy semejante al desempeño y ejercicio de una jurisdicción de Estado (aunque, obviamente, con origen, naturaleza, problemática, características, contenido, muy diferentes). El Estado, mediante ley interna o mediante Tratado, presenta de forma general, abstracta, unilateral, una jurisdicción, para resolver las diferencias entre inversores y Estado, de forma muy semejante, salvadas las distancias, a la que es propia del establecimiento de una jurisdicción. El justiciable acude a ella, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, y de conformidad a un procedimiento establecido en las fuentes y bajo pretensiones que culminan en una sentencia, a través del desarrollo de un proceso, sobre la base de un control de legalidad de las actuaciones del Estado receptor de la inversión.

Los laudos dictados se consideran como sentencias del propio Estado, y a éste compete el reconocerlas y ejecutarlas, en consecuencia. No existe, pues, ni necesidad de homologación (*exequátur*) y los recursos que se abren contra ellos son de características muy señaladas (revisión y aclaración en sede arbitral propia, acción de nulidad, propia del arbitraje, pero a cargo, cuando es competente el Ciadi; de órganos específicos, nombrados en el seno de la propia organización (los Comités *ad hoc*)).

Ésta es, sin duda alguna, una componente favorable en la valoración en conjunto del arbitraje Ciadi.

Pero, no faltan las críticas adversas. Cuando no se le ha tildado de falta de neutralidad, por la implicación en las políticas propias del Banco Mundial, del que depende el organismo de solución de controversias, se le atribuye un excesivo poder sobre los países emergentes y en desarrollo, que daña la aureola de neutralidad e imparcialidad que debe rodear al más usado y clásico instrumento de administración de justicia internacional de inversiones. Aunque se aprecien ya en la hora presente, notables factores que tienden a reequilibrar la posición de los Estados.

Pero, hay otros inconvenientes en relación al sistema Ciadi que es preciso subrayar. Y son de carácter más técnico. Es necesario que se vaya consolidando una cierta «jurisprudencia» arbitral, de manera que quepa contar con un cuerpo de doctrina sobre elementos claves en la administración de la justicia internacional, tales como son el alcance o extensión de los conceptos jurídicos indeterminados de que se nutre la referencia de legalidad a la que deben adscribirse los árbitros, como el concepto de trato justo y equitativo, y los de expropiación indirecta, buena fe, expectativas legítimas, nación más favorecida, etc. y que forman casi siempre el entramado básico de las fuentes aplicables. Y para ello es necesaria una mayor divulgación de las decisiones

recaídas y un control consecuente de los órganos que tienen a su cargo este cometido en el sistema. Conocimiento y uniformización de la doctrina. Consolidación, en suma, de la legalidad internacional en materia de inversiones en un sistema coherente, pleno, operativo.

Bien es cierto que cada día es menor el grado de desconocimiento de la llamada jurisprudencia arbitral (los laudos y decisiones recaídos en los diferentes arbitrajes, especialmente en ciertos ámbitos, como es el de la CCI, o el Ciadi, y otras instancias internacionales) que es objeto de publicaciones puntuales, rigurosas y acreditadas.

Pero, ello no le resta la deseada uniformidad, e incluso coherencia, en muchos casos, de la pretendida jurisprudencia arbitral, que sea receptáculo de una doctrina persistente en beneficio de la seguridad jurídica, evitando en una buena parte la incertidumbre que acompaña casi siempre, y aun hoy en día, el arbitraje de inversiones.

La pervivencia de una visión de la justicia del caso concreto, o el propósito decidido en muchos árbitros, de no hacer «jurisprudencia» invalida cualquier aproximación, hoy por hoy, de considerar que existe en su mínima percepción, cuanto menos, una jurisprudencia arbitral que logre los efectos deseados (sentido unificador y homogeneizador, regulación, elaboración de doctrina común, etc.).

Otras consideraciones extensivas a otros tipos de arbitrajes, y no sólo al de inversiones, sería justo traer a colación. Es necesario profundizar en el análisis y en las soluciones que se alcancen, para lograr la máxima imparcialidad y neutralidad de los árbitros nombrados. El sistema de nombramiento y de salvaguardia de sus condiciones y cualidades procesales admite, sin duda, perfeccionamientos notables en este sentido. La reducida cuota de árbitros disponibles, cuando no de su vinculación con intereses concretos, o firmas de abogados determinadas, y que un asentado ya sistema de puerta giratoria (hoy consejero, abogado, mañana árbitro) no contribuye ciertamente a disipar, no son ciertamente factores favorables a la escrupulosa observancia de las condiciones de imparcialidad, neutralidad y objetividad requeridas.

Es preciso, en otro orden de ideas, muy presente hoy en día en el arbitraje de inversiones, una mayor contundencia en alcanzar el equilibrio de los intereses en liza; desarrollar nuevos tratados, velar por el cumplimiento de los vigentes, pero también cuidando de la soberanía de los países afectados en orden a preservar su capacidad normativa en aspectos tan claves como la sostenibilidad del desarrollo, el medio ambiente, los derechos laborales, la sanidad y otros derechos públicos esenciales [...] y los derechos humanos [...].

Dícese que el arbitraje es el árbitro. Y que el árbitro, como el hombre protagoriano, es la medida de todas las cosas. Propiciar la existencia de árbitros idóneos en todos los sentidos, es una condición para el éxito del sistema. Pero, no la única. Hacen falta, además, normas, instituciones, principios y una cultura arbitral deslizando hacia la comprensión de los nuevos problemas y del papel que ha de jugar, en definitiva, esa legalidad internacional de inversiones en indudable proceso de emergencia y consolidación progresiva.

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

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Impugnación del laudo.

CONTROL JUDICIAL (DEL ARBITRAJE)

Control judicial es la constatación por parte de los órganos jurisdiccionales del cumplimiento de una serie de exigencias mínimas, previamente tasadas, que afectan al tribunal, al proceso o al laudo arbitral.

Si bien en algunos pocos ordenamientos se permite una cierta revisión de fondo (más en países de tradición del *common law*), en una suerte de genuina instancia de apelación, en la gran mayoría de los ordenamientos; y, en particular, en aquéllos que siguen la Ley Modelo de la Cnudmi, el control se limita a la regularidad formal del arbitraje, o en otros términos, a su sujeción a las reglas legales imperativas y a las reglas convenidas por las partes.

El control judicial se efectúa con carácter general en dos momentos: cuando una de las partes solicita la nulidad del laudo, o en el marco del exequátur de un laudo extranjero.

Todas las leyes nacionales e instrumentos internacionales que regulan el arbitraje contemplan la posibilidad de impugnar el laudo ante los órganos jurisdiccionales (aunque en algunos ordenamientos se permite renunciar de antemano a la acción de anulación). Asimismo, las partes pueden alcanzar el control por vía de excepción en oposición al exequátur de un laudo extranjero, y en algunos ordenamientos también en oposición a la ejecución de un laudo nacional. En los supuestos anteriores, los tribunales pueden ejercer el control de oficio cuando los árbitros hayan decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje o cuando el laudo fuere contrario al orden público.

También puede considerarse «control judicial» a las instancias en que, una vez incoado un arbitraje y constatada por los árbitros su propia competencia (principio *kompetenz-kompetenz*), órganos jurisdiccionales se pronuncian sobre las mismas cuestiones, por ejemplo, en el marco de la decisión sobre una declinatoria o excepción de arbitraje, o en el marco de una solicitud de determinación de cuestiones relativas a la competencia de los árbitros (prevista en Inglaterra, *Determination of preliminary point of jurisdiction*, art. 32 *Arbitration Act*, 1996).

La mayor parte de las leyes arbitrales nacionales han adoptado los motivos de anulación expuestos en el art. 34 de la Ley Modelo. Estos motivos son básicamente idénticos a los recogidos en el art. v de la Convención de Nueva York, para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos. En lo referente al alcance del control, ambos instrumentos parecen sugerir que el control ha de limitarse a una revisión formal y que no cabe, en principio, una revisión de fondo. La inmensa mayoría de los Estados ha adoptado esta postura, configurando un control judicial que no alcanza al contenido del laudo, sino que se limita a la comprobación de que el laudo ha sido obtenido con regularidad y observancia de unas garantías mínimas, articulándose, así como una revisión de la actuación de los árbitros *in procedendo* y no en la aplicación del Derecho sustantivo.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 2004. GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje n.º 20/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2007. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ. *El control judicial del arbitraje*. La Haya: Wölter Kluwer, 2008. POUDRET, Jean François y Sébastien BESSON. *Droit Comparé de l'Arbitrage International*. Berlín: Schulthess Verlag, 2002. SCHMITTHOFF, Clive M. *Select Essays on International Trade Law*. Londres: Kluwer Academic Publishers, 1988.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Ejecución del laudo. Exequátur.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENCIÓN DE PANAMÁ)

El arbitraje internacional ofrece innumerables incentivos para que las partes que celebran un negocio internacional estipulen cláusulas en virtud de las cuales las controversias que nazcan entre ellas, relacionadas con dicho negocio, sean resueltas por medio de arbitraje.

Desde mediados del siglo antepasado, las naciones americanas han promovido acercamientos y diseñado proyectos de regulación del arbitraje internacional en asuntos privados. En este esfuerzo, la regulación jurídica del arbitraje comercial internacional ha tenido como tema neurálgico la necesidad de que un laudo arbitral dictado en determinada jurisdicción, pero que debe ser ejecutado en un país diferente, pueda ser reconocido y ejecutado en este último.

Al efecto, se requiere del procedimiento de exequátur como elemento indispensable para asegurar la idoneidad del fallo y las condiciones en que fue declarado. Es ahí donde surgen las convenciones internacionales como habilitadoras de tal función de garantía. De hecho, esta necesidad es la que constituye la principal razón de la regulación jurídica del arbitraje comercial internacional.

En Latinoamérica, la regulación del arbitraje internacional encuentra su punto de partida en el célebre Congreso de Panamá, convocado por el libertador Simón Bolívar y reunido del 22 de junio al 15 de julio de 1826. Este congreso representa la génesis político-jurídica de la actual Organización de los Estados Americanos (OEA), así como las denominadas Conferencias para la Codificación del Derecho Internacional Privado, reunidas en Lima promediando el siglo XIX.

Luego de este punto de partida, la regulación convencional del arbitraje comercial internacional en América Latina ha generado diversos tratados y conferencias internacionales que han versado sobre esta materia; entre ellas cabe destacar, por ejemplo, el Tratado de Derecho Procesal Internacional firmado en Montevideo en 1889, la

Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington de octubre de 1889 a abril de 1890, la V Conferencia Internacional Americana celebrada en Santiago de Chile en mayo de 1923, la VI Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana en febrero de 1928 (que dio origen al Código de Derecho Internacional Privado o «Código Bustamante»), la VII Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo en diciembre de 1933, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), organizada en abril de 1934, el Tratado de Derecho Procesal Internacional firmado en Montevideo en marzo de 1940, la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras suscrita en Nueva York en junio de 1958, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington en marzo de 1965, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o «Convención de Panamá», firmada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975; y, finalmente, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

La idea acerca de una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (como lo es la Convención de Panamá) surgió en 1933, en la VII Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo. El primer proyecto, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, consistía en una ley uniforme interamericana sobre arbitraje comercial, aprobado en México en 1956, por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la cual fue luego rechazada. Posteriormente, se discutió otro proyecto elaborado por las delegaciones de Brasil, Estados Unidos de América y México, denominado Proyecto de Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, el cual fue aprobado en 1967. El proyecto estaba integrado por cinco artículos fundamentales, con la finalidad de solucionar los principales problemas jurídicos que podían presentarse sobre la materia en el sistema interamericano. El texto final del proyecto, aprobado en agosto de 1973, pasó a ser el tema cinco de la I Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Panamá entre el 14 y el 30 de enero de 1975, convocada por la Asamblea General de la OEA, mediante resolución aprobada el 23 de abril de 1971.

De las seis Convenciones que se aprobaron el último día de sesiones de esta Conferencia, destacó la Convención de Panamá que, en palabras de los tratadistas CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, «[...] significó ciertamente un paso decisivo en la regulación del arbitraje internacional en los países americanos [...]». La Convención de Panamá fue firmada el 30 de enero de 1975 (por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) y, de acuerdo con su art. 10, entró en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, esto es, el 16 de junio de 1976.

La Convención de Panamá consta de trece artículos y puede afirmarse que ella guarda una estrecha similitud con la Convención de Nueva York de 1958. Dicha Convención tuvo como propósito fortalecer el arbitraje en el continente americano y, sin señalar los tipos de laudos a los cuales se aplica, está dirigida, fundamentalmente, al arbitraje comercial.

Puede afirmarse con énfasis, que la Convención de Panamá brinda seguridad al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, pues resuelve mediante normas simples y de fácil comprensión, los problemas jurídicos más relevantes del arbitraje internacional, tales como:

- *El acuerdo entre las partes*, sin distinguir entre cláusula compromisoria y compromiso; y *el ámbito de aplicación por razón de la materia*, suscrito, principalmente, en negocios de carácter mercantil;
- *El reconocimiento del principio de la autonomía de las partes en el nombramiento de los árbitros*, permitiendo que éstos sean nacionales o extranjeros. También acepta que la designación sea realizada por un tercero, sea persona natural o jurídica;
- *El reconocimiento del principio de la autonomía de las partes en el establecimiento de las reglas del arbitraje*;
- *La fuerza ejecutoria de sentencias*, siempre y cuando su reconocimiento y ejecución se ajuste a las leyes procesales del país donde se vaya a ejecutar y a lo que dispongan los tratados internacionales;
- *Denegación de reconocimiento y ejecución del laudo*, estableciendo las causales, similares a las contenidas en el art. v de la Convención de Nueva York, por las cuales el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se puede denegar.
- *Respecto de la posibilidad de aplazar las decisiones sobre la ejecución de la sentencia*, la Convención establece causales similares a las contenidas en el art. v de la Convención de Nueva York.

La Convención de Panamá se refiere a las facetas procesales del arbitraje, especialmente a la validez del compromiso arbitral y a la eficacia del laudo. Como se puede advertir, este instrumento regula la institución

del arbitraje en forma amplia, generalizándolo en el continente de América Latina. Su aprobación impulsó las reformas de las legislaciones internas de nuestros países.

(Autor: Felipe Osterling Parodi. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BENETTI SALGAR, Julio. «La Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional». En *Alternativas a la justicia institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias*. «Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá». Bogotá, 1986. CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991, 2.ª edición. DUNSHEE DE ARRANCHES, Carlos Alberto. *Arbitraje comercial internacional. Curso de Derecho Internacional. El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 2002, serie temática, parte 1, vol. I. ECHEVERRÍA EYZAGUIRRE, Rafael. «Los problemas del Derecho comercial en el Derecho internacional privado interamericano». *XVII Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 1991. GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. «El arbitraje comercial internacional en América Latina». En *Precedente: Anuario Jurídico* de la Universidad de Ecesi. Cali, 2007. GORJÓN GÓMEZ, Francisco. *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*. México, D.F.: McGraw-Hill, 2001. JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «El Sistema de Arbitraje de la Corte Interamericana de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional». *XXXII Curso de Derecho Internacional*. Washington D.C.: Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 2005. MONROY CABRA, Gerardo. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Santafé de Bogotá: Legis, 1998, 2.ª edición. PÉREZ PACHECO, Yaritza. «Los aportes de la Conferencia especializada de Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, vol. xli, n.º 121.

VOCABLOS CONEXOS: *American Arbitration Association (AAA)*. Arbitraje internacional. Convenio de Ginebra. Convención de Nueva York de 1958. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi/Uncitral). Reglamento arbitral. Ley Modelo Uncitral. Reglamento y reglas del Ciadi. Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi).

CONVENCIÓN DE ROMA DE 1980 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

1. Introducción

Instrumento firmado el 19 de junio de 1980 por Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo y los Países Bajos; y, posteriormente, ratificado por dichos siete países (requisito para su entrada en vigor). El instrumento fue discutido y elaborado en el marco de las instituciones europeas (Consejo de las Comunidades Europeas); pero, al contrario que el texto que lo ha reemplazado, el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (ver Reglamento Roma I), se trata de un tratado internacional. Para facilitar la interpretación de la Convención, se encargó a los profesores Mario GIULIANO y Paul LAGARDE la elaboración de un informe, que constituye una de las fuentes interpretativas más relevantes para establecer el sentido de la Convención.

2. Estructura

2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la Convención (art. 1) deja fuera el estado civil y la capacidad de las personas físicas, y las obligaciones relativas a testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, derechos y deberes dimanantes de relaciones de familia, las derivadas de cambiales y otros documentos negociables, siempre que se deriven de su carácter negociable, bastantes materias de Derecho de sociedades y asociaciones, cuestiones de mandato y representación (la determinación de si un representante, personal u orgánico, puede comprometer frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar), a las relaciones dimanantes del *trust*, la prueba en el procedimiento e importante para nuestro propósito, a las cláusulas arbitrales (compromiso o cláusula compromisoria).

Este punto fue intensamente debatido durante la redacción de la Convención. Algunas delegaciones como la del Reino Unido, plantearon la inclusión de las cláusulas arbitrales dentro del ámbito del Convenio, en la medida en que no difieren de otros acuerdos desde el punto de vista contractual, y no existían instrumentos internacionales de aplicación general sobre esta materia. Al final, sin embargo, se impuso la tesis de Alemania y otros países, que se basaron en el principio de separabilidad, así como en la inadecuación a las cláusulas arbitrales del test basado en los «puntos de conexión», al que haremos referencia más abajo. La solución de compromiso, sugerida por algunos, de estudiar separadamente la cuestión, y hacerla objeto de un protocolo posterior, no resultó en un texto significativo (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 1, para. 5).

En sus primeras disposiciones la Convención también aprovecha para anunciar un principio importante, como es su carácter universal; esto es, que la ley designada por el Convenio se aplicará aunque no sea la de un Estado contratante. Con ello, el Convenio supera su carácter estrictamente europeo, y se proyecta en un plano más internacional, si bien no del todo, como se verá más abajo en relación con la aplicabilidad del Derecho no nacional.

Superadas las disposiciones iniciales, el Convenio se articula en torno a cuatro grupos: la libertad de elección de ley aplicable, los puntos de conexión en defecto de elección, y las reglas especiales para la aplicación de las normas imperativas, y otras reglas especiales.

2.2. *Autonomía de la voluntad en la selección de la ley aplicable*

El convenio contempla de manera expresa, en su art. 3, un principio que recibirá reiterado reconocimiento en instrumentos posteriores, y que se consagra como un principio general del Derecho aplicable a los negocios internacionales, sea Derecho sustantivo o internacional privado: el de la autonomía de la voluntad. En este caso, dicha autonomía es conflictual; esto es, en la selección de la ley aplicable, y su reconocimiento vía disposición legislativa, simplemente cristaliza la evolución de la jurisprudencia, con un peso muy importante de la jurisprudencia arbitral.

No obstante el reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad, se reitera que dicha elección deberá ser expresa, o resultar «de manera segura» de los términos del contrato o de sus circunstancias. Con esta llamada de atención se trata de evitar que el tribunal vaya un paso más allá de deducir la ley que las partes decidieron aplicar; y, simplemente, «suponga» la ley que las partes habrían querido aplicar en caso de que hubiesen realizado una elección, cuestión que debe dirimirse de acuerdo con las disposiciones sobre ley aplicable en defecto de elección por las partes (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 3, para. 3).

El art. 3 deja amplia libertad a las partes en cuanto al ejercicio, sustantivo y temporal, del derecho a elegir la ley aplicable. En el ámbito sustantivo, contempla la posibilidad de *depeçage*, o elección de ley solamente para una parte del contrato; si bien con el límite de las disposiciones sobre aplicación de Derecho imperativo (para evitar que el *depeçage* se utilice para excluir reglas imperativas que no resulten convenientes a las partes). En el ámbito temporal se admite la elección de ley aplicable, o la modificación de dicha elección con posterioridad a la celebración del contrato.

2.3. *Ley aplicable en defecto de elección por las partes*

Las disposiciones en esta materia (art. 4) son una de las aportaciones más importantes del Convenio de Roma. Antes del Convenio existían enfoques divergentes para la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección por las partes: algunos Estados se basaban en la «intención presumible» de las partes (enfoque subjetivo), mientras que otros atendían a los puntos de conexión objetivos, sin que tampoco existiera acuerdo sobre éstos. El Convenio de Roma aclara en buena medida el problema mediante (1) un principio general, de naturaleza objetiva, (2) varias reglas específicas de aplicación de dicho principio; y (3) una cláusula de escape para los casos donde las reglas no resultan operativas, y es preciso volver al principio.

- (1) El principio general es el de la aplicación al contrato de la ley del país con el que presente los «lazos más estrechos». Este principio que impone la búsqueda de lo que también ha sido denominado el «centro de gravedad» del contrato, trasciende del ámbito de aplicación de la Convención, y ha sido referido por jurisprudencia arbitral como un principio general en materia de conflicto de leyes.
- (2) La regla específica consiste en la presunción de que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica, tenga su residencia habitual; o si se tratare de una sociedad, asociación, o persona jurídica, su administración central. No obstante, prosigue el art. 4 (2), si el contrato se celebra en ejercicio de una actividad profesional, el país será aquél en el que esté situado el principal establecimiento de la parte en cuestión; o si la prestación debiese ser realizada por un establecimiento distinto del principal, en el país donde esté situado dicho establecimiento. Esta regla también ha sido referida como de general aplicación en el ámbito internacional.

De esta regla específica cabe destacar que (A) aclara aún más el principio de los «lazos más estrechos»; (B) supone una opción clara en favor de puntos de conexión «internos» al contrato, que atienden a su relevancia socioeconómica para un país, en detrimento de elementos «externos» como la nacionalidad de las partes; (C) también discrimina claramente dentro de los puntos de conexión internos, y deja fuera algunos como el lugar de conclusión del contrato, o el lugar de ejecución del mismo (*Informe Giuliano-*

Lagarde, art. 4, para. 3); (D) establece varias posibilidades para el punto de conexión determinante, dependiendo de si (a) la parte que ejecuta la prestación característica es una persona física (residencia) o jurídica (administración central), o (b) si el contrato no se celebra en ejercicio de su actividad profesional (regla anterior) o si se celebra en ejercicio de dicha actividad (establecimiento principal o establecimiento que ejecuta la prestación, en caso de que sean distintos).

La sustancia del precepto es parecida, por ejemplo, a la prevista en el art. 10 de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ver Convención de Viena); pero, en ese caso, para determinar la aplicación de la Convención, se atiende al establecimiento «que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento», de modo que se deja margen para la apreciación de circunstancias diferentes a la ejecución del contrato. En la mayoría de los casos, los elementos que apuntan a dicho establecimiento estarán relacionados con la ejecución (lugar de envío y recepción de las facturas y confirmaciones de entrega, idioma de las mismas, etc.; ver *Rechtbank Koophandel Hasselt*, Bélgica, 2 de junio de 1999), pero también se toman en consideración aspectos relacionados con la formación del contrato (*Oberlandesgericht Stuttgart*, Alemania, 28 de febrero de 2001).

La «prestación característica» se identifica, generalmente, con la prestación no monetaria; esto es, la que se ejecuta a cambio del pago en dinero, esto es, la entrega de mercaderías en la compraventa, la prestación del agente en el contrato de agencia, o la del garante en un contrato de garantía (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 4, para. 3).

El Reglamento Roma I, que ha sustituido al Convenio, acentúa el énfasis de la certeza jurídica sobre la flexibilidad. En su art. 4 se establece la aplicación de diferentes leyes, en función del tipo de contrato de que se trate (la ley del vendedor en el contrato de compraventa, la ley del prestador en el contrato de servicios, etc.). Si el contrato no está cubierto por las disposiciones concretas, se atenderá al criterio más general de la parte que ejecuta la prestación característica, y se establece una cláusula de escape, para los casos donde no sea posible aplicar dicha regla, o donde el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Pero, la diferencia es que las referencias específicas a la ley de uno u otro país, dependiendo del contrato, ni siquiera la regla de la prestación característica, se establecen como presunciones o aplicaciones concretas del principio de aplicación de la ley que presente los vínculos más estrechos, lo que dota a las reglas de una mayor autonomía, y mecaniza el proceso.

Sin perjuicio de la regla especial principal arriba descrita (de la prestación característica), el Convenio contempla dos reglas especiales para el caso específico de los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, o derechos de utilización de un inmueble (lugar donde se encuentre el inmueble); y los contratos de transporte, donde la presunción no se establece sobre el establecimiento principal del porteador, sino que atiende a una combinación entre el lugar de dicho establecimiento, y el lugar de carga o descarga, o el establecimiento principal del expedidor. Sólo en caso de que coincidan dichos elementos, se aplicará la presunción; y, en caso contrario, se atenderá al principio general de los «lazos más estrechos» y habrá que determinar la ley aplicable caso por caso.

- (3) Por último, es preciso entender que las reglas específicas no son independientes del principio general de los «lazos más estrechos». En este sentido, la disposición no dice «se aplicará la ley del país donde la parte que ejecuta la prestación característica [...]», sino «se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con [...]» dicho país. Esta sujeción de la regla al principio, permite inferir que este último será la opción por defecto en caso de que (a) no resulte posible aplicar la regla/presunción (por ejemplo, porque el contrato no permita determinar una prestación característica); o (b) la regla no suponga una correcta aplicación del principio, esto es, el país señalado por la presunción no sea el que realmente posea los lazos más estrechos. Por si no resultase lo bastante claro, el apartado (5) del art. 4 afirma expresamente esta posibilidad, y así deja un cierto margen de apreciación al juzgador (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 4, para. 8).

2.4. Aplicación de Derecho imperativo

Una de las mayores dificultades para el Convenio fue la determinación del papel que las normas de Derecho imperativo de un país pueden tener en un contexto donde rige el principio de libertad de elección de la ley aplicable; y, con carácter subsidiario, una serie de puntos de conexión objetivos. Las disposiciones imperativas y su ámbito de aplicación, se rigen por una lógica distinta, atinente a la relevancia de los intereses en juego, y no tanto a la elección, o a puntos de conexión objetivos, y exigen un reequilibrio del análisis objetivo y aséptico realizado sobre la base de los anteriores principios, con un enfoque que no puede ser ajeno a la sustancia del interés protegido. Las disposiciones que alteran dicho equilibrio son, esencialmente, de dos tipos: específicas para tipos de contratos con un fuerte componente tuitivo, y generales.

Derecho tuitivo y contratos con consumidores y de trabajo.— Las reglas específicas aplicables a contratos con consumidores y de trabajo (arts. 5 y 6 del Convenio) son normas, no tanto dirigidas al proceso para determinar la ley aplicable como a un fin específico, cual es el de evitar la privación de la parte más débil de la relación contractual de la protección dispensada por las leyes de su lugar de residencia.

En el caso de los contratos de trabajo, las disposiciones de la Convención han dado lugar a una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación del lugar de realización «habitual» del trabajo, en casos de trabajadores que realizaban prestaciones en varios Estados.

Reglas generales sobre Derecho imperativo.— Fuera de los casos específicos de contratos con consumidores y contratos de trabajo, el Convenio posee reglas generales para regular la interacción de las disposiciones en materia de elección de ley (y de aplicación en defecto de elección) con las disposiciones imperativas de países que posean alguna conexión relevante con el contrato. Sin perjuicio de que existan diferentes normas en este sentido, los dos elementos sobre los cuales pivotan la aplicación de normas imperativas, son la conexión del país donde rijan tales leyes con el contrato en cuestión, por un lado, y la relevancia de dichas normas, por otro.

El primero de los supuestos donde entran en juego las normas imperativas, es en aquellos casos donde, a pesar de haberse realizado una elección de ley aplicable, «todos los elementos» de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país. La disposición trata de conciliar la postura de quienes (por ejemplo, en el Reino Unido) estimaban que cualquier limitación a la autonomía de la voluntad de las partes podría convertirse en un obstáculo excesivo en situaciones donde la elección se realizase de buena fe, y quienes entienden que la propia elección de las partes, por sí sola, no basta para establecer un elemento de internacionalidad suficiente como para justificar la aplicación de las normas de otro país (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 3, para. 8) que puede dar lugar a la exclusión del Derecho nacional con fines evasivos. La disposición se refiere a la aplicación de las «normas imperativas», un concepto relativamente amplio, que comprende todas aquellas que no son susceptibles de exclusión mediante contrato, sin hacer juicios sobre su contenido.

Posee una perspectiva finalista aún más clara; y, por tanto, exige un juicio más detenido sobre el contenido de las normas, la disposición sobre «leyes de policía» (art. 7). Una carencia de este precepto es la ausencia de una definición expresa, de carácter objetivo, de dichas normas de policía, como sí hace el art. 9 (1) del Reglamento Roma I, que ha sustituido al Convenio de Roma (ver Reglamento Roma I). El art. 7 (1) habla de las disposiciones que, según el Derecho del país donde son vigentes, «son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato». No obstante, el resto de la disposición añade, al menos, tres elementos que matizan lo que, de otro modo, permitiría la determinación unilateral de la aplicación de la norma por parte de su país de origen.

- (1) Por un lado, se exige que la situación tenga un vínculo con el país de las normas de policía. No obstante, el precepto no indica en qué consiste dicha conexión. Para evitar que cualquier conexión, por irrelevante que fuese, pudiese abrir directamente la puerta al juicio de relevancia que se indica a continuación, se añadió la exigencia de que el vínculo fuese «estrecho» (*close*), algo que podría corresponder al lugar de ejecución del contrato, o al principal lugar de negocios de las partes (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 7, para. 2). Asimismo, para evitar el desmembramiento de la ley aplicable, y la aplicación de normas impredecibles, se exigió que la conexión existiese entre la ley «la situación» en su conjunto, y no el punto controvertido (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 7, para. 2).
- (2) Por otro lado, se indica que, en la decisión sobre su aplicación, «se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarán de su aplicación o inaplicación», lo que exige que el tribunal enjuicie la relevancia y el resultado de la aplicación de normas de un país distinto. Las propuestas de que la relevancia de las disposiciones de Derecho nacional fuese examinado desde la óptica del Derecho internacional, por ejemplo, evaluando si existen disposiciones paralelas en otros países, se descartó (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 7, para. 3).
- (3) El precepto indica que, en todo caso, «podrá darse efecto» a dichas disposiciones imperativas de relevancia especial. Este margen de apreciación resulta necesario en la medida en que los tribunales pueden encontrarse con situaciones donde son varias las leyes de policía cuyos países poseen una conexión estrecha con la situación. No obstante, no se indica en qué circunstancias podrá «no darse efecto» a la norma; es decir, si realizado el juicio de relevancia y efectos descrito en (2) determina por sí solo la aplicación de la norma, o si, una vez realizado, a pesar de arrojar el juicio una conclusión positiva, el tribunal aún puede decidir de forma discrecional no aplicar la norma (en tal caso, habría que responder cuán amplia es la

discrecionalidad, para que los demás criterios que modulan la aplicación de leyes de policía, no resulten irrelevantes).

Por último, como regla adicional, el Convenio establece (art. 7 (2) la aplicación de las reglas imperativas del país del «juez», una regla necesaria, en la medida en que no parece posible obligar al juez a inaplicar disposiciones de policía de su propio país.

En general, el precepto trata de encontrar un equilibrio entre posturas diversas en el que, quizás, sea el problema más complejo del Convenio, por incorporar, dentro del esquema «bilateral» del Convenio (la ley aplicable no depende del tribunal que decida, sino de la elección de las partes o de conexiones objetivas) el elemento unilateral de las leyes de policía. No obstante, algunos aspectos no resultan del todo satisfactorios, como la indeterminación de la definición de las «leyes de policía», como subgrupo dentro de las leyes imperativas, o de los puntos de conexión válidos para la determinación de una relación «estrecha», factores a los que el Reglamento Roma I ha tratado de hacer frente (ver Reglamento Roma I).

2.5. Reglas especiales

Establecidos los parámetros generales para la determinación de la ley aplicable, los demás preceptos del Convenio de Roma establecen reglas para la resolución de problemas más específicos.

En primer lugar, las reglas especiales aclaran la ley que resultará aplicable a la validez del contrato (material, art. 8, y formal, art. 9). Ambas disposiciones se remiten a la *lex contractus*, determinada de acuerdo con las reglas anteriores (elección de las partes o puntos de conexión) para determinar la validez, pero establecen también reglas especiales. En cuanto a la validez material, o de fondo, sin perjuicio de estar sometida, en general, a lo dispuesto en la ley aplicable al contrato, según la determinación de las reglas precedentes, «si el contrato o la disposición fueran válidos».

Sin embargo, cualquiera de las partes puede remitirse a la ley del país de su residencia habitual para justificar la ausencia de consentimiento «si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte», según la *lex contractus*.

Esta disposición se relaciona con la relativa a la capacidad de las partes (art. 11), de modo que cuando el contrato se celebre entre personas «que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte».

En cuanto a la validez formal, las reglas del Convenio suponen una aplicación del principio *favor negotii*, en la medida en que, además de a la *lex contractus*, se remiten también a otras leyes si éstas permiten declararlo válido (es decir, se trata de normas de conflicto orientadas a una finalidad). Así, (1) en el caso de contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, para que el contrato se declare válido bastará con que lo sea de acuerdo con la *lex contractus*, o con la ley del país donde se haya celebrado; (2) en el caso de contratación entre ausentes, si lo es de acuerdo con la *lex contractus*, o de acuerdo con la ley de cualquiera de los países donde se encuentren las partes (en ambos casos, si el contrato se celebra mediante representante, se tendrá en cuenta el lugar donde éste se encuentre); (3) en el caso de actos unilaterales relativos a un contrato, si lo es de acuerdo con la *lex contractus* o la ley del país donde se realice el acto. Las únicas excepciones a estas reglas se establecen para los contratos con consumidores y los contratos relativos a derechos reales inmobiliarios (donde se aplicará solamente la ley del país de residencia del consumidor, o la ley del país de situación del inmueble, respectivamente).

En segundo lugar, una vez establecida la ley aplicable al contrato, las reglas especiales aclaran el ámbito de aplicación de ésta (art. 10), que servirá para determinar a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas, siempre dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por sus leyes procesales; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

El precepto adopta una visión expansiva en cuanto a las materias regidas por la *lex contractus*. Cuestiones que podrían considerarse procesales, no sustantivas, como los remedios por incumplimiento, o la extinción de las obligaciones, parecen incluirse dentro del ámbito de la *lex contractus*, según lo que se desprende de las letras

c) y d) de más arriba. Los únicos compromisos contemplados en la norma, son las referencias a la determinación del daño por la *lex contractus*, «en la medida en que la gobiernen normas jurídicas» (las cuestiones de hecho, por tanto, dependerán del tribunal que decida sobre la cuestión, y la limitación de la determinación de las consecuencias derivadas del incumplimiento, de acuerdo con la *lex contractus* por «los poderes atribuidos al tribunal por sus leyes procesales»).

A continuación, el Convenio resuelve problemas específicos relativos a situaciones donde entran terceras partes en la relación, como es el caso de la cesión de créditos (art. 12) y la subrogación (art. 13). En el primer caso (cesión), se distingue entre las relaciones entre cedente y cesionario, que se regirán por la ley aplicable al contrato de cesión, y las relaciones entre cesionario y deudor, incluyendo la transferibilidad del crédito, las condiciones de oponibilidad de la cesión, y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor, que se regirán por la ley que rijan el crédito cedido. En el segundo caso (subrogación), se sujeta la subrogación del tercero (posibilidad y condiciones) en los derechos del acreedor de un contrato a la ley aplicable a la obligación, en virtud del cual el tercero tuviese la obligación de satisfacer al acreedor, incluyendo los casos donde varias personas estén obligadas por la misma obligación contractual y el acreedor haya sido satisfecho por una de ellas.

En materia de carga de la prueba (art. 14), el Convenio hace depender la aplicación de la *lex contractus* a la existencia o no de reglas sobre carga de la prueba en dicha ley. Si la *lex contractus* contempla presunciones o reglas de reparto, será aplicable en dicha medida. No obstante, en cuanto a la admisibilidad de medios de prueba, se realiza una remisión a la ley del foro, o a las reglas específicas en cuanto a la validez formal examinadas más arriba (pero, en este segundo caso, siempre con sujeción a las normas procesales del foro).

Con el objetivo de reforzar la certeza de las reglas previstas en el Convenio, éste también aprovecha para excluir el reenvío; esto es, la determinación de la aplicabilidad de la ley de un país de acuerdo con las reglas anteriores, supondrá la aplicación de la ley de dicho país, no de las normas de Derecho internacional privado de dicho país, con el objetivo de aplicar las leyes de otro país distinto. Asimismo, el Convenio establece la necesidad de aplicar la ley designada por el Convenio, y contempla como única excepción la «manifiesta» incompatibilidad del orden público del foro, una excepción redactada en términos particularmente restrictivos.

Es importante hacer notar que, en las últimas disposiciones, la Convención incluye la exigencia de que, para la interpretación y la aplicación de sus reglas «uniformes», se tengan en cuenta «su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme» (art. 18) una fórmula adquirida de los textos de Derecho Uniforme de la Cnudmi, como la Convención de Viena (*Informe Giuliano-Lagarde*, art. 18).

3. Cuestiones relevantes para el arbitraje

Una vez descrita la estructura del Convenio de Roma es importante observar sus aspectos más relevantes en relación con el arbitraje, en este caso internacional.

3.1. Relación con la autonomía de la voluntad

La primera de las cuestiones es la relación del Convenio con la autonomía de la voluntad, un aspecto donde los planteamientos del Convenio pueden entrar en conflicto con algunas ideas básicas del arbitraje. Es cierto que, tanto el Convenio de Roma como la mayoría de las leyes arbitrales o reglamentos de arbitraje contemplan la autonomía de la voluntad en la selección del Derecho aplicable. No obstante, el planteamiento puede resultar distinto. Mientras que en el Convenio de Roma se presume que la voluntad de las partes es relevante porque el Convenio así lo indica, en las normas de arbitraje el propio consentimiento, expresado a través de la cláusula arbitral, es el que dota de sentido a la institución, de modo que el mismo posee un carácter mucho más fundamental, y menos susceptible de limitaciones. Algunos autores han afirmado, en este sentido, «en relación con los Acuerdos de Desarrollo Económico, o ADEs (*Economic Development Agreements* o EDAs) que ellos mismos constituyen la ley entre las partes, sin estar sujetos a ningún sistema legal nacional; es decir, la autonomía de la voluntad, expresada a través del contrato, dota de legitimidad a la ley nacional, y no al revés.

Se pueden plantear indudables objeciones a este tipo de planteamientos que, en todo caso, se han realizado no en relación a la totalidad de los contratos, sino a algunos tipos específicos, como los acuerdos de inversión y desarrollo. Aun así, el punto de partida desde la disciplina arbitral es menos proclive a la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes que el Convenio de Roma. Aun admitiendo que el valor del consentimiento de las partes para determinar la ley aplicable viene, a su vez, otorgado por otra ley; y, si bien

dicha ley será la *lex arbitri*, la tendencia actual es entender el arbitraje internacional como un procedimiento «deslocalizado»; o, en todo caso, donde el tribunal arbitral no tiene un deber previo de fidelidad hacia las normas de un determinado país, sino al acuerdo de las partes que lo inviste de jurisdicción. Ello tiene una serie de consecuencias, como se verá a continuación.

3.2. *Aplicabilidad de Derecho no nacional: Derecho uniforme, lex mercatoria, incorporación*

Las disposiciones del Convenio de Roma indican que los contratos se regirán por «la ley» elegida por las partes, lo que no incluye los sistemas de Derecho no nacional, como pueda ser el Derecho uniforme, los principios generales del Derecho (o de los contratos internacionales) o la *lex mercatoria*.

En el proyecto para transformar el Convenio de Roma en el actual Reglamento Roma I se introdujo la posibilidad de que las partes pudieran elegir también «como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria» (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15 de diciembre de 2005 COM(2005) 650 final), con el objetivo de «reforzar aún más la autonomía de la voluntad», para así autorizar, en particular, «la elección de los principios Unidroit, los *Principles of European Contract Law* o un posible futuro instrumento comunitario opcional», si bien se prohibía, al mismo tiempo, «la elección de la *lex mercatoria*, insuficientemente precisa, o de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas por la comunidad internacional» (Propuesta de Reglamento, Exposición de Motivos, art. 3).

Esta disposición, sin embargo, no se introdujo, finalmente, en el texto del Reglamento, lo que parece indicar que la elección de un Derecho no nacional no estaría contemplado por el Convenio. El Considerando (13) del Reglamento, no obstante, establece que «El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional», pero no como derecho, sino como cláusulas contractuales.

Quizás éste sea uno de los elementos que mayor utilidad resta al Convenio desde el punto de vista del arbitraje internacional, al situarlo en clara contradicción con los textos arbitrales más importantes. Para empezar, las leyes de arbitraje hacen referencia a la aplicabilidad, en primer lugar, de las «normas de Derecho» (*rules of law*), elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio (art. 28 (1) de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional), que incluyen la posibilidad de que las partes elijan un sistema de reglas no nacionales. En este sentido, un laudo puede ser objeto de impugnación si el tribunal arbitral no resuelve el caso de acuerdo con el Derecho seleccionado por las partes, pero no por resolver el caso de acuerdo con un Derecho anacional seleccionado por las partes en contravención de reglas como la Convención de Roma, que se refieren a «leyes» nacionales.

3.3. *Selección de la ley aplicable en ausencia de elección: método*

Otro de los elementos que suponen una divergencia con el planteamiento existente en el arbitraje, es el método para seleccionar la ley aplicable en defecto de elección por las partes. El Convenio de Roma establece un proceso estructurado, que trata de enfatizar la certeza jurídica, tendencia aún más acentuada en el Reglamento Roma I, que lo sustituyó. Frente a esta opción más concreta y mecánica, las reglas arbitrales, comprobada la ausencia de elección por las partes, otorgan mucha mayor discrecionalidad al tribunal arbitral en la selección de la ley aplicable.

El art. 28 (2) de la Ley Modelo de la Cnudmi, que constituye un buen ejemplo en este sentido, indica que: «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables». Es decir, frente a los tribunales ordinarios que deben aplicar las normas de conflicto del foro, el tribunal arbitral no posee una obligación semejante. Ello supone que, del mismo modo que puede elegir el Convenio de Roma como expresión de principios generales internacionalmente aceptados en materia de normas de conflicto, aunque la sede del arbitraje no se encuentre en un Estado parte, también puede no aplicar estrictamente el Convenio, aunque se encuentre en un Estado parte, siempre que la *lex arbitri* contenga una fórmula abierta, como la Ley Modelo.

Esta visión ha conducido a enfoques de selección de ley aplicable difícilmente compatibles con el enfoque estructurado de la Convención, como el «enfoque acumulativo» (*cumulative approach*), según el cual el tribunal arbitral examinará las reglas de Derecho internacional privado de los distintos países que tuviesen alguna conexión con la disputa, u otros parcialmente compatibles, como el uso de un «sistema internacional de normas de conflicto de leyes», formado por principios generales extraídos de la comparación de los diferentes

sistemas nacionales de Derecho internacional privado, o de la práctica arbitral, que puede estar integrado por instrumentos como el Convenio de Roma, el cual; sin embargo, no se aplicaría exclusivamente.

3.4. Selección directa de la ley aplicable en ausencia de elección, sin intermediación de normas de conflicto, y aplicación de «usos de comercio»

Éste es otro de los aspectos donde el planteamiento del Convenio de Roma puede entrar en contradicción con la filosofía subyacente a la selección del Derecho aplicable en el arbitraje internacional.

La flexibilidad de los árbitros en la selección de las normas de conflicto para, a su vez, determinar el Derecho aplicable, a la que hacíamos referencia más arriba, se ve acentuada en dos direcciones diferentes. En primer lugar, los reglamentos de arbitraje, elegidos como reglas del arbitraje institucional por las partes (y que extraen su carácter vinculante de la voluntad de aquéllas) permiten a los árbitros seleccionar *directamente* la ley aplicable (ver, por ejemplo, art. 35 (1) Reglamento de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional; art. 21 (1) Reglamento de la CCI; art. 28 (1) Reglamento de Arbitraje de la AAA; art. 22 (3) *LCIA Arbitration Rules*; art. 21 (1) Reglamento Corte Arbitraje de Madrid), sin necesidad de recurrir a normas de conflicto de leyes (un mecanismo que opera como alternativa al previsto por el Convenio de Roma, donde la selección de la ley aplicable pasa, necesariamente, por la aplicación previa de normas de conflicto).

En segundo lugar, tanto las leyes como los reglamentos de arbitraje hacen referencia a la necesidad de que los árbitros tengan en cuenta «los usos mercantiles» aplicables al caso (art. 28 (4) Ley Modelo de la Cnudmi; art. 35 (3) Reglamento de la Cnudmi; art. 28 (2) Reglamento para la Resolución de Disputas Internacionales de la AAA; art. 21 (2) Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 21 (3) Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid). De acuerdo con la jurisprudencia, se ha considerado que el término «usos mercantiles» incluye normas contenidas en instrumentos publicados que contengan las mejores prácticas (*best practices*) y normas aceptadas en la industria o sector comercial; así como textos uniformes como los Principios Unidroit, o la Convención de Viena (ver Convención de Viena).

En resumen, la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto en una disputa arbitral, es una de las cuestiones más importantes en materia de arbitraje internacional; pero ello no exige, necesariamente, que el enfoque utilizado para dicha determinación deba seguir los pasos y la filosofía de normas de conflicto como el Convenio de Roma. Si bien su vocación de establecerse como principios generales de Derecho internacional privado, casa bien con el arbitraje, donde las soluciones uniformemente aceptadas son preferibles a las aisladas, resulta aun algo determinista para los gustos de la práctica arbitral. Ello, probablemente, le resta relevancia desde el momento en que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde la aplicación incorrecta de normas de conflicto puede ser objeto de revisión por los tribunales superiores, en el arbitraje internacional ello difícilmente puede constituir causa de anulación, o negativa al reconocimiento y ejecución.

(Autor: David Ramos. Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIULIANO, Mario and Paul LAGARDE. «Report on the Convention on the Law applicable to contractual obligations». *Official Journal C282*, 31 de octubre de 1980, pp. 1-50. MANIRUZZAMAN, A.F.M. *Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends*, Arbitration International, 1993, vol. 9, pp. 388-389. MANIRUZZAMAN, A.F.M. «Choice of Law in International Contracts - Some Fundamental Conflicts of Laws Issues». *Journal of International Arbitration*, 1999, vol. 16, n.º 4, pp. 147-150. DERAIS, Yves. «L'application cumulative par l'arbitre des systemes de conflit de lois interesses au litige». *Revue de l'Arbitrage*, 1972, p. 93. UNCITRAL 2012, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 121. LEW, J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, p. 245. BOURQUIN, M. «Arbitration and Economic Development Agreements». *Business Lawyer*, 1960, p. 860.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: Decisión del Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal de Suiza), n.º 4A_240/2009 de 16 diciembre de 2009. Caso Clout n.º 375, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, Alemania, 4 Z Sch 23/99 de 15 diciembre 1999. Caso Clout n.º 569, *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, Alemania, 11 Sch 01/01 de 8 de junio de 2001. Caso Clout n.º 400, Cour d'appel, Colmar, Francia, de 24 de octubre de 2000. Caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, n.º 473 US 614, 1985. Caso *Saudi Arabia vs. Arabian American Oil Company (Aramco)* de 29 agosto de 1958. Caso *Sapphire International Petroleum Ltd. vs. National Iranian Oil Company*, de 15 marzo de 1963. Caso *Libyan Arab Republic vs. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company*, de 19 enero 1977. Laudo de la ICC n.º 2730, Clunet 1984, en 914 y ss; Laudo de la ICC n.º 4996, Clunet 1986, en 1134. Laudo de la ICC n.º 6527, 1991, YCA 1993, en p. 47. Caso C-384/10, *Jan Voogsteed vs. Navimer SA*, de 15 de diciembre de 2011. Caso C-29/10, *Heiko Koelsch vs. Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, de 15 de marzo de 2011. Caso *Texaco vs. Libya* 53 I.L.R., 1977, p. 443.

CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, también denominado acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral (*arbitration agreement*), es el acuerdo de dos o más partes en virtud del que someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias presentes o futuras entre ellas.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1985 («la Convención de Nueva York») emplea en su art. 11 la siguiente definición de convenio arbitral: «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se oblig[an] a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

Por su parte, y en similares términos, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo Uncitral») define en su art. 7 el acuerdo de arbitraje como «un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

El convenio arbitral es la base o el elemento fundamental del arbitraje; es, precisamente, el acuerdo de las partes de someter una controversia a arbitraje lo que permite que ésta pueda resolverse por un tercero o terceros al margen de los tribunales nacionales. Como se ha señalado: sin convenio, no hay arbitraje.

El convenio arbitral obliga a las partes a acudir al arbitraje para resolver las controversias objeto del mismo. Atribuye competencia al árbitro o árbitros para resolver esas controversias y excluye la competencia de los tribunales estatales para conocer de las mismas.

El convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal. El convenio arbitral es un contrato y como tal contrato le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). A su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros.

El contenido mínimo que debe contener un convenio arbitral, sin perjuicio de otros posibles requisitos que puedan imponer los distintos ordenamientos jurídicos, se desprende de las definiciones antes referidas: la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, la determinación de la relación jurídica contractual o no contractual cuyas controversias se someten a arbitraje y la determinación también de las controversias, en concreto, de esa relación que se someten a arbitraje (todas, sólo determinadas controversias o también controversias «relacionadas» con la relación jurídica, aunque correspondan a otra relación jurídica).

Además, en el convenio arbitral se regulan o se pueden regular con mayor o menor detalle, y directa o indirectamente, por remisión a reglamentos de arbitraje, particularidades del arbitraje, tales como: si el arbitraje será *ad hoc* o si las partes se someten a un arbitraje institucional; y, en este segundo caso, se identificará en el convenio arbitral la institución concreta que administrará el arbitraje; si los árbitros deben decidir conforme a derecho o en equidad; el lugar del arbitraje; el idioma del arbitraje; el número de árbitros; la forma de designación de los mismos (incluida la posible determinación de una autoridad nominadora) y los requisitos para ser nombrado árbitro; la designación en el propio convenio arbitral de los árbitros; disposiciones relativas al nombramiento de nuevos árbitros en caso de vacantes; aspectos procesales tales como trámites o plazos; reglas en caso de no comparecencia o rebeldía; el plazo para dictar el laudo; el sistema de distribución de costas; el derecho que rige el convenio arbitral; etc.

El convenio arbitral puede revestir diversas formas. En primer lugar, puede consistir en un pacto incluido dentro de un contrato celebrado entre las partes (por ejemplo, dentro de un acuerdo comercial), cuyas posibles futuras controversias quieran someter a arbitraje. Ésta es la forma más común de acuerdo arbitral (denominada «cláusula compromisoria»). En la práctica, en caso de optar por arbitraje institucional, las partes habitualmente incluyen en el contrato, directamente o con pocas modificaciones o añadidos, la cláusula modelo que propone la institución arbitral escogida en virtud de la que se someten al reglamento arbitral de la institución.

Este primer tipo de convenios arbitrales, igualmente, puede contenerse en las condiciones generales de contratación de una de las partes a las que se remite el acuerdo comercial que alcanzan o en los estatutos de una sociedad mercantil o en otros documentos societarios como son los reglamentos internos (de juntas de accionistas o de consejos de administración).

En segundo lugar, el convenio arbitral puede revestir la forma de un acuerdo independiente en el que las partes someten determinadas controversias también futuras a arbitraje. Este tipo de convenio arbitral, normalmente, será más extenso e incluirá una regulación más detallada de las características del arbitraje al que las partes pactan someterse, que la que se incluye en una cláusula compromisoria. Los acuerdos independientes de arbitraje son más frecuentes en caso de arbitraje *ad hoc*. En este tipo de arbitraje, salvo que las partes acuerden la aplicación del reglamento de una institución arbitral (por referencia a sus reglas, sin sometimiento a arbitraje institucional, lógicamente) o se sometan al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Reglamento Modelo Uncitral»), es habitual regular, expresamente y con mayor detalle, aspectos del procedimiento o cuestiones tales como el sistema de designación de árbitros. Mediante esta regulación se pretende evitar que, surgida la controversia, una actitud obstaculizadora de una de ellas pueda bloquear el arbitraje o conllevar la necesidad de acudir a la asistencia judicial.

Por último, en el caso de que la controversia ya haya surgido entre las partes, el convenio arbitral adoptará necesariamente la forma de un acuerdo independiente en el que las partes acuerdan someter una controversia presente a arbitraje. En este último caso, al existir ya una controversia que las partes entienden conveniente resolver mediante arbitraje, éstas están en disposición de adaptar el convenio arbitral a las concretas circunstancias del caso, lo que en ocasiones se traduce en una regulación más detallada del arbitraje y, frecuentemente, en el nombramiento, en el propio convenio arbitral, del árbitro a árbitros.

En cuanto a los requisitos de forma que debe cumplir el convenio arbitral, tal y como se desprende de la definición que emplea el Convenio de Nueva York antes transcrita, éste exige que el convenio arbitral conste «por escrito». La constancia por escrito se contiene también en el resto de convenios internacionales en materia de arbitraje y en la Ley Modelo Uncitral.

De conformidad con la Convención de Nueva York –art. vii– «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». La referencia a la firma de las partes ha planteado problemas, siendo, en todo caso, la postura mayoritaria que lo necesario es que el acuerdo conste por escrito, lo que no obsta a que haya que ser cautos en esta materia y atender a las normas y jurisprudencia de la jurisdicción o jurisdicciones relevantes.

A pesar de esta necesaria cautela, lo cierto es que, fruto de los enormes cambios en el ámbito de las comunicaciones tras la redacción de la Convención de Nueva York, se ha experimentado una flexibilización del propio requisito de constancia escrita del convenio arbitral. Así, y sin perjuicio de que siguen existiendo Estados que imponen requisitos de forma específicos, las leyes de arbitraje modernas únicamente exigen que exista algún tipo de constancia escrita del convenio arbitral.

En esta línea, la Ley Modelo Uncitral señala, en su art. 7 (tras su enmienda aprobada en 2006 que profundizó precisamente en esta flexibilización), que «se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio», añadiendo que el requisito de constancia por escrito «puede cumplirse con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta».

Adicionalmente, la Ley Modelo Uncitral considera, igualmente, cumplido este requisito: con el «intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra», esto es, en caso de sumisión tácita al arbitraje; o mediante una «referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria [...] siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato», como ocurre en el caso de que el convenio arbitral se contenga en una cláusula integrada en las condiciones generales de contratación de una de las partes.

Es importante, por último, aludir al denominado principio de separabilidad del convenio arbitral, en virtud del cual el convenio arbitral debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. En consecuencia, la nulidad del contrato no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria incluida en el propio contrato, lo que a la postre impide que el convenio arbitral quede vaciado de contenido por una de las partes, mediante la alegación de nulidad del contrato que lo contiene, y permite que sean los árbitros quienes deban declarar la nulidad del contrato y decidir sobre la responsabilidad civil derivada de esa nulidad, sobre la base del convenio arbitral. Igualmente, este principio comporta que se mantenga la vigencia del convenio arbitral una vez la vigencia del contrato que lo contiene o cuyas controversias se sujetan a arbitraje, se haya extinguido.

Este principio de separabilidad se recoge en el art. 7 de la Ley Modelo Uncitral que establece que «una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato» y que «(l)a decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria».

(Autor: César Rivera. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. TAWIL, G., E. ZULETA, M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Navarra: Thomson Civitas, 2007. LEW J.D.M., L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje. Autonomía de la cláusula arbitral. Cláusula arbitral abusiva. Cláusula arbitral adhesiva. Cláusulas patológicas. Cláusula arbitral de la *charter party*. Cláusulas paraguas (*umbrella clause*). Cláusulas sobrepuestas (*multi-tiered clauses*). Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Designación de los árbitros. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. Idioma del procedimiento. Ineficacia del convenio arbitral. Ley aplicable al convenio arbitral. Lugar del arbitraje (sede del arbitraje).

CONVENIO ARBITRAL ASIMÉTRICO

En virtud de la llamada cláusula o pacto compromisorio asimétrico —también conocido como opcional, unilateral o potestativo (en inglés *asymmetrical, one-sided, unilateral, optional, sole-option, non-mutual, trumped*), uno solo de los compromitentes se reserva la facultad de optar, surgida una de las controversias sometidas a arbitraje, entre acudir al arbitraje o a la jurisdicción estatal —en un foro específico o en el que proceda en virtud de las reglas generales sobre competencia—, mientras la otra parte carece de esa facultad. También puede otorgarse la opción al demandado en vez de al actor, pero tal modalidad es menos usada en la práctica.

Un ejemplo de cláusula unilateral podría ser el siguiente: «Ticio someterá todas las controversias que surjan del presente contrato a la jurisdicción de los tribunales de la villa de Madrid. Por el contrario, Cayo podrá optar libremente entre someter la controversia a la jurisdicción de los tribunales de la villa de Madrid o a arbitraje en Madrid en los siguientes términos:[...]».

La cláusula asimétrica se emplea a menudo en operaciones financieras (préstamos, operaciones de derivados) y en determinados contratos de obra. Cabe, asimismo, recurrir a ella si una de las partes está domiciliada en una jurisdicción que pueda plantear problemas de reconocimiento y ejecución de sentencias. Se la encuentra también cuando el poder de negociación de una de las partes es suficiente para imponérsela a la otra; o, al contrario, para favorecer a una parte aparentemente más débil, como en los acuerdos abogado-cliente para reclamaciones en materia de honorarios, que suelen dar la opción al cliente de acudir al colegio de abogados o directamente a los tribunales. Mención aparte merecen, en fin, las cláusulas arbitrales contenidas en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, ámbito donde el *convenio* unilateral tiene singular significación e importancia.

La cláusula asimétrica es, en principio, válida, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y con los límites generales del abuso de derecho y la protección a los consumidores. Lo es de la misma manera que las cláusulas asimétricas de elección de foro, cuya validez es, generalmente, admitida y estaban expresamente previstas en el art. 17.4 del Convenio de Lugano de 1988 («cuando se celebre un Convenio atributivo de competencia a favor de una sola de las partes, ésta conservará su derecho de acudir ante cualquier otro Tribunal que fuere competente en virtud del presente Convenio»), como lo estaban, en idénticos términos, en el de Bruselas (los textos que les han sucedido y rigen en la actualidad han eliminado ese párrafo). Adviértase que, aunque desiguales en la facultad de elegir el foro, estas cláusulas no suponen desigualdad alguna en cuanto a la posibilidad de hacer valer los derechos dentro del proceso.

En España se negó tradicionalmente la validez de este tipo de pactos, por no expresar la sumisión a arbitraje de modo suficientemente claro y preciso: así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 1999. Dos sentencias posteriores de la misma Audiencia, de 2005 y 2010, resolvieron —en sentido contradictorio— cuestiones derivadas de pactos de esta naturaleza: en concreto, si la opción la puede ejercer el optante no a través de la correspondiente demanda, sino de la impugnación de la jurisdicción del tribunal al que la otra parte estaba obligada a acudir. No obstante, la tendencia antiformalista de la legislación arbitral y de la propia jurisprudencia española, ha desembocado en la primera decisión plena y conscientemente favorable a la validez del pacto híbrido —no asimétrico, sin embargo—: el auto de la Audiencia Provincial del Madrid de

18 de octubre de 2013 (Sección 28.^a, apelación n.º 66/2013). Los dos contratos conexos objeto de este pleito facultaban a cada una de las partes a optar entre demandar ante el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos o a los tribunales de 's-Hertogenbosch (Holanda). Queda por ver si los tribunales españoles adoptarán el mismo criterio cuando la opción figure otorgada a favor de una sola de las partes.

En Chile tenemos noticia de al menos un caso en que se ha admitido la validez de este tipo de pactos, con la peculiaridad de que se trataba, probablemente, de un caso de pacto jurisdiccional «patológico». Un contrato entre una parte chilena y una norteamericana contenía un pacto de sumisión expresa a los tribunales de Wisconsin, pero también incorporaba por referencia unas condiciones generales en las que se sometía cualquier disputa a arbitraje. El 21.º Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente «en cualquiera de los casos mencionados» (2 de noviembre de 2007).

Los tribunales de Inglaterra, Australia y Singapur han confirmado reiteradamente la validez de estas cláusulas. En Inglaterra, en concreto, el requisito de la *mutuality* dejó de exigirse en *Pittalis vs. Sherefettin* (1986); la validez de la opción se confirmó después en numerosos casos como *Navigazione Alta Italia SpA vs. Concordia Maritime Chartering AB* («*The Stena Pacifica*», 1989); *NB Three Shipping Ltd. vs. Harebell Shipping Ltd.* (2004); *Law Debenture Trust Corp Plc vs. Elektrim Finance BV* (2005); *Deutsche Bank AG vs. Tongkah Harbour Public Company Ltd.* (2011); *Deutsche Bank AG vs. Tungsum Ltd* (2011); o, en fin, *Mauritius Commercial Bank Ltd vs. Hestia Holdings Ltd. Sujana Universal Industries Ltd.* (2011).

También en Italia se han declarado recientemente válidos pactos de este tipo. Así la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 11 abril 2012 (recurso n.º 5705, *Grinka in liquidazione vs. Intesa San Paolo, Simest, HSBC*), en el que se declaró válida una cláusula en cuya virtud una de las partes se obligaba a acudir a los tribunales ingleses, mientras que la otra se reservaba la facultad de optar por los tribunales italianos o por cualquier otro fuero competente.

En Francia la cuestión es, hoy, incierta. La *Cour de Cassation* había admitido en diversas ocasiones la validez de cláusulas híbridas y asimétricas (por ej., en el *arrêt* de la *1ère Chambre civile* de 4 diciembre 1990 (*pourvoi* n.º 89-16047). Más recientemente, sin embargo, la misma *1ère Chambre civile*, en *arrêt* de 26 septiembre 2012 (*pourvoi* n.º 11-26022) ha declarado nula una cláusula de elección de foro en un contrato bancario que obligaba al cliente a demandar al banco en Luxemburgo, mientras permitía al banco demandar en el país del cliente o cualquier otro competente. El cliente demandó al banco en los tribunales franceses, y la declinatoria de jurisdicción promovida por el banco fue rechazada por virtud —en confusa motivación— de la naturaleza asimétrica del pacto. Otro *arrêt* más reciente, incluso, de 25 mars 2015 (*pourvoi* n.º 13-27264), ha anulado un pacto similar en un contrato de crédito de un banco suizo a una empresa francesa. La cláusula leía como sigue: «el acreditado reconoce que el foro exclusivo para todo proceso es Zúrich o el del lugar de la sucursal del banco donde la relación se ha establecido», mientras que «el banco mantiene no obstante el derecho de dirigirse contra el acreditado ante cualquier otro tribunal competente». La empresa demandó al banco en un tribunal francés y el banco opuso excepción de incompetencia, que fue acogida por la *Cour d'appel*. La *Cour de Cassation*, sin embargo, casó la sentencia *a quo* por no designar de modo suficientemente preciso la competencia prorrogada; y ser, por ende, «contraria al objetivo de previsibilidad y de seguridad jurídica» atribuida al art. 23 del Convenio de Lugano. Estas dos sentencias han generado notable incertidumbre sobre la cuestión en Francia.

En Alemania no se conocen, por el momento, decisiones al respecto: la cuestión se mantiene, pues, en la incertidumbre, que parece serle propia.

El Tribunal Supremo de lo Mercantil de la Federación Rusa se ha pronunciado al respecto en *Russian Telephone Company CJSC vs. Sony Ericsson Communication Rus LLC* (19 junio 2012), sentencia que ha oscurecido una línea jurisprudencial que no parecía problemática (casos *Frontpoint Global Emerging Markets Fund LP vs. Eurokommerz*; *Max Participations II Sarl vs. Eurokommerz*; e *ING Bank NV vs. Eurokommerz*, los tres derivados del mismo contrato de préstamo). Tras dos instancias en que la cláusula había sido plenamente reconocida, el Tribunal alteró los términos del pacto y concedió también la facultad de optar a la parte que, según lo pactado, no lo tenía (la Compañía Telefónica Rusa), *bilateralizando* así el pacto originalmente unilateral.

Peculiar es el caso de Polonia, que zanja la discusión por ley: el art. 1105.3 de su Código Procesal Civil establece que las cláusulas de sumisión asimétricas no excluyen la jurisdicción de los tribunales polacos.

La existencia del pacto asimétrico trae consigo interesantes consecuencias para el estudio dogmático del convenio arbitral. Si el compromitente puede válidamente obligarse sin que su contraparte asuma la misma

obligación recíproca, ¿quiere esto decir que carece de causa? ¿O tal vez que hay que buscar la causa fuera del propio compromiso, en el conjunto de obligaciones del contrato del que forma parte?

(Autor: Marco de Benito Llopis-Llombart. Profesor de IE University, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, G. *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*. La Haya: Kluwer Law International, 2006, p. 28. DE BENITO, M. «Asimetría, separabilidad, sinalagma». En *Spain Arbitration Review*, vol. 5 (2009), pp. 141 y ss. DRAHOZAL, C.R. «Nonmutual Agreements to Arbitrate». En *Journal of Corporation Law*, n.º 27, 2002, pp. 537 y ss. DRAGUIEV, D. «Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability». *Journal of International Arbitration*, vol. 31 (2014), n.º 1, pp. 19 y ss. HAMILTON, C.A. y L. CAPIEL. «Madrid Update: Sole-Option Arbitration Clauses Under Spanish Law». En *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 25, n.º 8, agosto 2010, pp. 1 y ss. LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á. y C. BALMASEDA. «La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid». En *Diario La Ley*, n.º 8258, 25 febrero 2014, p. 1 y ss. NESBITT, S. y H. QUINLAN. «The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses». En *Arbitration International*, 2006, vol. 22, n.º 1, pp. 133 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Autonomía de la cláusula arbitral. Cláusula arbitral abusiva. Cláusula de opción irrevocable. Separabilidad del convenio arbitral.

CONVENIO ARBITRAL EN EL CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF)

Cláusula optativa que figura en el Anexo I del Contrato Marco de la Asociación Española de Banca. AEB-CECA 2009, que utilizan las entidades financieras para la contratación de derivados financieros *Over-the-counter* (OTC).

El contrato CMOF establece, en su estipulación vigesimotercera, que las partes podrán someter a arbitraje los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución en los términos contenidos en el convenio arbitral. Comprende dos clausulados opcionales: clausulado para «colegio arbitral» y clausulado para «árbitro único», siendo este último el más utilizado.

Las entidades financieras únicamente negocian la incorporación del convenio arbitral con clientes considerados personas jurídicas (SA y SRL) y «otros obligados» como garantes. La contratación con consumidores no contempla la incorporación del convenio arbitral al contrato, lo que implica el sometimiento exclusivo a los tribunales españoles.

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

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

CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN

1. Nociones generales

Los convenios de doble imposición (en adelante, CDI) son tratados internacionales que vinculan a los Estados que los suscriben, versan sobre cuestiones tributarias y cuya finalidad es eliminar la doble imposición que pueda producirse como consecuencia de la superposición del ejercicio de la potestad tributaria de cada uno de los Estados contratantes, y articular mecanismos de cooperación administrativa entre ellos, a fin de evitar el fraude y la evasión fiscal.

En la actualidad existen dos modelos principales de CDI, que permiten a los Estados negociar sobre una base común y facilitar una notable homogeneidad, entre ellos, pese a que cada CDI sea el resultado de un proceso individual de negociación. El primer modelo es el de la OCDE y es seguido por Estados miembros y no miembros de esa organización. El otro modelo es el de Naciones Unidas que, partiendo del de la OCDE, otorga potestades tributarias más amplias a los Estados de la fuente, que suelen ser los menos desarrollados, por su condición de importadores de capital y tecnología. Los modelos contienen un modelo de convenio

propriadamente dicho, y una parte de «comentarios», donde se interpreta el contenido de cada una de las cláusulas del convenio.

Los CDI no otorgan, salvo en supuestos muy concretos, derechos subjetivos a los contribuyentes o nacionales de los Estados contratantes, pero son de notable influencia en las decisiones de los agentes económicos en sus operaciones comerciales, de inversión o financiación de carácter transfronterizo.

El criterio subjetivo sobre el que pivota la aplicación de los CDI es la residencia fiscal. Las personas con derecho a beneficiarse de las disposiciones de un CDI son aquellas que sean residentes de uno de ambos Estados contratantes. No obstante, el CDI normalmente no define quiénes son residentes de un Estado, sino que remite a estos efectos a los criterios adoptados por las legislaciones de cada uno de los Estados contratantes, si bien exige que la persona calificada de residente lo sea por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, centro de intereses vitales o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Nótese que, salvo excepciones, la nacionalidad no es un criterio que delimite la residencia fiscal.

Cabe distinguir dos tipos de doble imposición internacional, la denominada doble jurídica y la doble imposición económica.

La doble imposición jurídica se produce cuando una misma renta se somete a imposición en dos ocasiones, en dos Estados diferentes, siendo el sujeto pasivo de ambas imposiciones la misma persona (*e.g.*, los intereses obtenidos por la concesión de un préstamo a un no residente, por los que el prestamista tributa en sede del Estado de residencia del prestatario, como imposición en la fuente, y tributa de nuevo en su propio Estado de residencia).

La doble imposición económica tiene lugar cuando una misma renta se somete a imposición en dos ocasiones, en dos Estados diferentes, si bien el sujeto pasivo de cada imposición es distinto en cada caso (*e.g.*, los dividendos obtenidos de una inversión en una sociedad de otro Estado, ya que la sociedad normalmente habrá tributado por el Impuesto sobre la Renta a la que se vea sometida en su Estado de residencia, y el socio tributará por los dividendos percibidos en su Estado de residencia, y ello sin perjuicio de que el accionista vea, además, someter a imposición los dividendos en el Estado de la fuente, el de la residencia de la sociedad que los distribuye, en cuyo caso se añadiría a la doble imposición económica, una doble imposición jurídica).

Los CDI sólo pretenden evitar la doble imposición jurídica, si bien en ocasiones incluyen algunas cláusulas que tratan de evitar la doble imposición económica.

En ocasiones pueden producirse situaciones de triple imposición (*i.e.*, una renta es obtenida por un establecimiento permanente, situado en un Estado distinto del de la fuente, que pertenece a una sociedad de un tercer Estado), a las que el CDI también trata de dar solución, al menos, parcial.

Para alcanzar su finalidad de evitar la doble imposición, los CDI articulan diversas soluciones:

- Evitar que una misma persona se someta a imposición en dos o más Estados de forma simultánea (situaciones de doble residencia). En la medida en que, prácticamente, la totalidad de los Estados del mundo someten a sus residentes a imposición por un criterio de renta mundial, esto es, gravan las rentas de sus residentes, cualquiera que sea el lugar donde se sitúa la fuente de aquéllas, la peor situación de doble imposición a la que puede hacer frente una persona, es la de someterse a imposición por residencia en dos jurisdicciones diferentes. Por ello, el primer objetivo es que las personas, a efectos del Convenio, se consideren residentes únicamente de uno de los Estados contratantes.
- Evitar que una misma renta se someta a imposición por los Estados contratantes. En este caso, los CDI reparten las potestades tributarias entre los Estados contratantes, de modo que la potestad tributaria se atribuya de forma exclusiva a uno de los Estados, ya sea el de residencia o el de la fuente.
- Mecanismos para evitar la doble imposición: para los supuestos en los que la potestad tributaria no ha sido atribuida de forma exclusiva a uno de los dos Estados, sino que uno de los dos Estados tiene un potestad tributaria completa o ilimitada, mientras que el otro Estado dispone de una potestad tributaria de forma limitada (*i.e.*, es bastante habitual en caso de dividendos, intereses o cánones o regalías), o sencillamente ambos Estados disponen de potestad tributaria ilimitada, es necesario que uno de los dos Estados conceda al contribuyente un mecanismo que permita eliminar la doble imposición. El Estado al que se impone esta obligación es el Estado de residencia, por disponer de mejor y más amplia información sobre el contribuyente. Los CDI optan normalmente por el mecanismo de exención con

progresividad (por el que las rentas obtenidas en el Estado de la fuente no se someten a imposición en el Estado de residencia, si bien son tenidas en cuenta a efectos de determinar el tipo impositivo al que se gravan el resto de rentas obtenidas por el contribuyente) o el de imputación ordinaria (por el que en todas las rentas se incluye la base imponible del Estado de residencia y se someten a imposición, en consecuencia, como si hubieran sido obtenidas en este Estado, pero se concede al contribuyente un crédito fiscal, en forma de deducción, por importe equivalente al de los impuestos satisfechos en el extranjero, salvo que el importe del impuesto resultante de la inclusión en la base imponible de las rentas obtenidas en el otro Estado sea inferior, en cuyo caso, el crédito fiscal concedido se limita a este último importe.

2. *Tipología de CDI*

- (a) *Criterio subjetivo* (por el número de Estados contratantes).- Los CDI suelen ser bilaterales, limitándose a las relaciones entre dos Estados, pero existen algunos Convenios de tipo multilateral, como el de los Estados escandinavos, el de los Estados de África Occidental o el de los Estados del Caribe.
- (b) *Criterio objetivo* (por el tipo de impuestos abarcados).- Los CDI más comunes se ocupan de la imposición sobre la renta, pero también suelen incluir en muchos de ellos, disposiciones para regular la imposición sobre el patrimonio. Otros convenios abordan la imposición derivada de la sucesión y las herencias. Existen también convenios con un ámbito de aplicación limitado, como, por ejemplo, los de navegación marítima y aérea internacionales, que limitan su ámbito de aplicación a las rentas obtenidas como consecuencia de estas actividades económicas. Por último, hay Convenios que únicamente prevén mecanismos de intercambio de información entre administraciones tributarias.

3. *Mecanismos de cooperación administrativa*

Además de evitar la doble imposición, los CDI tratan de evitar la evasión y el fraude fiscal. A este fin, los Convenios incluyen algunos mecanismos de asistencia y cooperación administrativa.

Intercambio de información.- Se trata de un mecanismo esencial para asegurar la efectiva y adecuada aplicación de los CDI, al permitir que las autoridades fiscales de los Estados contratantes intercambien información relevante. El intercambio se pretende tan amplio como posible, permitiendo que se intercambie información sobre impuestos no cubiertos por el Convenio, o sobre personas a las que el Convenio pudiera no ser aplicable. Sin embargo, incluye algunas restricciones, como el principio de subsidiariedad (que exige al Estado requirente que agote todas las opciones a su disposición para obtener la información), el de reciprocidad jurídica (que no obligue a un Estado a actuar contrariamente a su legislación), el de reciprocidad de hecho (no puede requerirse información que no quepa obtener en alguno de los dos Estados), o por el contenido de la información (secretos comerciales o de orden público). Cabe destacar que los últimos años se suele incluir una cláusula por la que el secretario bancario no puede oponerse por el Estado requerido, como razón para no intercambiar la información.

Asistencia en la recaudación.- Este procedimiento, aún escaso en los CDI en vigor, pretende que un Estado pueda exigir, por vías ejecutivas, el cobro de deudas tributarias de un contribuyente residente del otro Estado, a través del apoyo de las autoridades fiscales de este último, que son las que en última instancia se ocupan de la ejecución administrativa de la recaudación.

Procedimiento amistoso.- Los CDI son tratados que generan numerosos conflictos de aplicación, ya sea porque los términos del mismo no son de fácil interpretación, o son interpretados de forma distinta por cada Estado, o por la incorrecta aplicación del CDI por una de las autoridades fiscales o porque se producen situaciones de doble imposición no previstas por el CDI. Para estos casos el contribuyente puede requerir asistencia a las autoridades fiscales del Estado del que es residente, y éstas, si no lo pueden resolver unilateralmente, solicitarán a las autoridades del otro Estado la obtención de una solución. El mecanismo, sin embargo, no ha permitido en la práctica resolver con la eficacia necesaria estas dificultades de aplicación, motivo por el que el Modelo de la OCDE incluyó, en su versión del año 2008, la posibilidad de acudir a un mecanismo arbitral para resolver estas controversias.

(Autor: Joan Hortalà. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Barcelona).

CONVENIO EUROPEO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, HECHO EN GINEBRA EN 1961 (CONVENIO DE GINEBRA)

Esta Convención se enmarca en la actividad desplegada bajo los auspicios de las Naciones Unidas a nivel regional. Fue concebida en el seno de la Comisión Económica para Europa, con el fin de proporcionar un conjunto básico de reglas en materia de arbitraje a los Estados signatarios. Entre las normas más importantes que se contienen en el Convenio destacan las relativas a la regulación de un procedimiento para designar a los árbitros cuando las partes no se pongan de acuerdo. También se resuelven los problemas relativos a la determinación de la jurisdicción arbitral y de la ley aplicable, en el caso de que no se hayan especificado en el contrato, además del derecho a designar árbitros extranjeros. En definitiva, se trata de un Convenio multilateral para la regulación del arbitraje comercial internacional entre los Estados europeos.

Desde un punto de vista general, el Convenio europeo constituye el paso más adelantado que se ha dado hasta la fecha en la desvinculación del arbitraje del marco puramente estatal. Su propósito no es otro que la unificación del Derecho aplicable al arbitraje, armonizando las reglas de conflicto de cada uno de los sistemas nacionales y dictando en ocasiones reglas de carácter sustantivo. Se consagra en dicho texto el criterio de la autonomía de la voluntad en la regulación del arbitraje, tanto desde el punto de vista del fondo como del procedimiento. Siendo la innovación más importante del Convenio la concerniente a la regulación del arbitraje no administrado, que adquiere carta de naturaleza a partir de ese momento, colmando las lagunas que se habían detectado en numerosas ocasiones. Además, el Convenio acentúa el carácter jurisdiccional del arbitraje, mediante la configuración de los poderes de los árbitros en un plano diferente de los poderes del juez estatal y apostando por un arbitraje desvinculado de la ley nacional y con un reforzamiento de sus estructuras procesales.

Los países miembros del Convenio son los siguientes: Albania, Alemania, Austria, Azerbayán, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Hungría, Italia, Kazajstán, Letonia, Luxemburgo, Montenegro, Polonia, República Checa, República de Moldavia, Rumanía, Serbia, Turquía, Ucrania y Rusia.

Para entender el principal motivo que originó su elaboración es fundamental referirse al ámbito de las relaciones comerciales internacionales. En este contexto, es evidente que el auge del arbitraje ha ido parejo al desarrollo creciente de los intercambios transfronterizos entre particulares. El tráfico de bienes y servicios más allá de las fronteras nacionales exige seguridad y rapidez. Por lo tanto, es un escenario que demanda la aplicación de unas técnicas simples y eficaces de solución de las controversias que puedan surgir. La celeridad y flexibilidad que caracterizan al arbitraje, además de su adaptación a la voluntad de las partes, convierten a este sistema de resolución alternativa de litigios, en el más utilizado para resolver los conflictos que surgen en el comercio internacional. También contribuye a incrementar su aceptación y desarrollo, la ausencia de una jurisdicción supraestatal de Derecho privado. Los Estados no ofrecen más que las jurisdiccionales nacionales, muy alejadas de la agilidad que requiere el tráfico jurídico.

Respecto al ámbito de aplicación del Convenio, hay que decir que opera *inter partes*. El art. I.1.a) señala que el Convenio se aplica a los acuerdos o compromisos de arbitraje que hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes. Por lo tanto, quedan excluidos los arbitrajes pactados para resolver conflictos surgidos o por surgir en operaciones de comercio internacional, por quienes sean nacionales de un mismo país o tengan en él su residencia o su domicilio o sede social. Además, el Convenio de Ginebra es complementario del Convenio de Nueva York de 1958, en el sentido de que ambos pueden ser simultáneamente aplicados. Con esta solución se consigue contribuir a la expansión del comercio europeo y evitar, en lo posible, ciertas dificultades que pueden entorpecer la organización y el funcionamiento del arbitraje comercial internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de diferentes países europeos.

La voluntad de las partes constituye la pieza clave de la institución arbitral. Esta voluntad se plasma en el convenio arbitral, que la regulación del Convenio de Ginebra acepta, en el art. I.2.a), que se materialice a través de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien mediante un compromiso separado. La autonomía del convenio arbitral es tan amplia que su existencia o validez no depende de la ley que regule el contrato en el que esté inserto, sino que se rige por la ley elegida por las partes, en base al art. VI.2, aunque, en defecto de elección, se aplican otros criterios subsidiarios, que son la ley del país donde deba dictarse el laudo y, si no pudiera determinarse dicho país, la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal ante el que se hubiera promovido la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, de tal forma que se consagra el principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio del negocio principal. Esta conclusión produce dos consecuencias. Una primera está relacionada con la nulidad del contrato princi-

pal, que no va a producir necesariamente la del convenio arbitral accesorio. La segunda comporta que pueda aplicarse al convenio arbitral una normativa distinta de la aplicable al contrato principal.

También se admite una amplia libertad de forma al elaborar el convenio arbitral. El mutuo acuerdo de las partes puede contenerse en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipos. Esto último está en línea con los avances tecnológicos de la comunicación en el cruce de ofertas y demandas, así como con las exigencias de agilidad del tráfico jurídico mercantil. Pero, no acaba aquí el antiformalismo que preside la realización del convenio arbitral, ya que, incluso, podrían llegar a admitirse convenios verbales.

En este sentido, el Convenio de Ginebra señala que se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes. Por su parte, el desarrollo del procedimiento está igualmente desprovisto de formalidades. El Convenio de Ginebra permite que el arbitraje se desarrolle con sujeción a las normas de la institución arbitral a la que se le haya encomendado la administración del arbitraje, o de conformidad con lo dispuesto por las partes, en los casos de arbitraje *ad hoc*; y, en su defecto, por las normas previstas con carácter supletorio en el art. IV.

En el caso del arbitraje *ad hoc*, se pueden producir diversas incidencias que serán solventadas por la aplicación supletoria del art. IV del Convenio y que pueden consistir en que una de las partes omita nombrar su árbitro, en el plazo de treinta días desde la notificación de la demanda al demandado. El árbitro será designado por el Presidente de la Cámara de Comercio del país de la residencia o sede social del omitente en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. También es posible encontrar que el acuerdo o compromiso arbitral no contenga los datos para la realización del procedimiento arbitral.

Para solventar esta situación, se adoptarán las medidas necesarias por el árbitro o árbitros ya nombrados. Si las partes no llegan a un acuerdo para la designación del árbitro o los árbitros nombrados no se ponen de acuerdo sobre las medidas que se deben adoptar y las partes hubieren convenido el lugar del arbitraje, el demandante podrá dirigirse al presidente de la Cámara de Comercio competente del lugar del arbitraje, o al presidente de la Cámara de Comercio competente del lugar de la residencia habitual o sede social del demandado, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. Si las partes no hubieren convenido el lugar del arbitraje, el demandante podrá dirigirse al presidente de la Cámara de Comercio del país donde tenga el demandado su residencia habitual o sede social, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje, o al Comité Especial previsto en el Anexo del Convenio.

El Comité Especial estará compuesto por dos miembros titulares y un presidente. Serán elegidos por las Cámaras de Comercio u otras instituciones designadas por los Estados miembros, que pertenezcan a países en los cuales, en el momento de la apertura del Convenio para su firma, existan Comités Nacionales de la Cámara de Comercio Internacional y que, en el momento de la elección, sean partes en el Convenio. También se elegirán sustitutos por el mismo procedimiento, para que puedan actuar en caso de impedimento permanente para desempeñar sus funciones o de dimisión.

Por su parte, en el arbitraje institucional también se pueden generar dificultades que requieran del recurso al art. IV del Convenio para resolverlas y que pueden deberse a que las partes no hayan designado la institución arbitral que debe resolver su controversia. En ese caso, el demandante podrá dirigirse al presidente de la Cámara de Comercio del país donde tenga el demandado su residencia habitual o sede social, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje, o al Comité Especial previsto en el Anexo del Convenio.

Si las partes no especifican en el acuerdo o compromiso arbitral la clase de arbitraje que debe dirimir su controversia, *ad hoc* o institucional, el demandante podrá dirigirse al presidente de la Cámara de Comercio del país donde tenga el demandado su residencia habitual o sede social, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje, o al Comité Especial previsto en el Anexo del Convenio. En cualquiera de los supuestos en los que se haya solicitado la actuación del Presidente de la Cámara de Comercio y hayan transcurrido sesenta días sin haber conseguido respuesta a la petición, la parte solicitante podrá dirigirse al Comité Especial, a fin de que asuma las funciones o cometidos que no hayan sido llevados a efecto.

Ha quedado claro que para poder arbitrar una controversia, es necesario el acuerdo previo de las partes. Es evidente que los sujetos deben tener capacidad jurídica suficiente para comprometerse. De tal forma que si se plantea ante los tribunales nacionales de los Estados contratantes, la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, por incapacidad de las partes, el art. VI.2 del Convenio de Ginebra, indica que el problema se resolverá de conformidad a la ley que les sea aplicable a éstas. Pero se detecta una indetermina-

ción, ya que no se precisa la ley por la que se rige dicha capacidad. Para resolverlo habrá que acudir al Derecho del país ante el que se plantee la oposición al convenio.

Además de capaces, las partes deben tener en cuenta la arbitrabilidad de la controversia. Es posible, de acuerdo con el art. vi.2, *in fine*, del Convenio de Ginebra, que el tribunal ante el que se promueva la incompetencia de jurisdicción por existencia de un previo convenio arbitral, deniegue el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la *lex fori*, la controversia no es, por su objeto o materia, susceptible de arreglo mediante arbitraje. Por lo tanto, planteada la incompetencia de jurisdicción de los tribunales nacionales, serán ellos los que deberán decidir, conforme a la ley interna, sobre la arbitrabilidad de la cuestión sometida a arbitraje.

Una vez celebrado el convenio arbitral y dándolo por válido en su totalidad, se producen dos efectos fundamentales: el efecto positivo, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y el efecto negativo, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales ordinarios. Ésto último se puede apreciar en el art. vi.1 del Convenio de Ginebra, cuando se indica que:

Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de Derecho procesal o sustantivo.

Conforme a lo dispuesto en el precepto que se acaba de citar, parece claro que la cláusula arbitral perfectamente válida excluye, previa petición de parte, la competencia de los tribunales estatales. La consecuencia lógica será la estimación de la correspondiente excepción o declinatoria por parte del juez del foro y la remisión de las partes al arbitraje.

Ahora bien, si ya se ha incoado el procedimiento arbitral por una de las partes y, posteriormente, otra de las partes interpone una demanda referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, el tribunal del Estado contratante ante el que se haya incoado esta pretensión deberá diferir toda resolución hasta el momento en que el tribunal arbitral dicte su laudo sobre el fondo del asunto. Esta solución del art. vi.3 del Convenio de Ginebra parece recoger una figura parecida a la que se conoce en el ámbito jurisdiccional ordinario con el nombre de litispendencia internacional y cuya finalidad es evitar la existencia de resoluciones (arbitral y judicial) contradictorias.

Resueltas las cuestiones anteriores, si alguna de ellas se hubiera planteado, comienza ya el arbitraje propiamente dicho. Las personas designadas para resolver el fondo del asunto, tendrán que aplicar una ley, en el caso de que se trate de un arbitraje de derecho. El art. vii del Convenio de Ginebra regula el Derecho aplicable y otorga a las partes la posibilidad de determinar de común acuerdo, la ley que los árbitros habrán de tener en cuenta para solucionar la controversia. De nuevo, se constata el protagonismo de las partes, no sólo en el origen del arbitraje, sino en todas las fases del procedimiento. Aunque se contiene, en el mismo precepto, un criterio subsidiario si las partes no hubieran indicado el Derecho aplicable. Si se produce esta situación, los árbitros aplicarán la ley procedente de la regla de conflicto que ellos estimen más apropiada al caso en cuestión.

En ambos casos, el art. vii del Convenio, *in fine*, permite a los árbitros que tengan en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. Esta mención supone un reconocimiento expreso a las fuentes de carácter no estatal emanadas de la práctica del comercio, en el seno de la comunidad internacional de comerciantes.

Finalizado el arbitraje, se puede obtener la nulidad de la sentencia arbitral. Ahora bien, sólo en atención a las causas tasadas del art. ix del Convenio. Se trata de la falta de capacidad de las partes, de conformidad con la ley a ellas aplicable, o de la invalidez del acuerdo o compromiso arbitral, en base a la ley elegida por las partes o, en su defecto, la ley del país en donde se dictó el laudo. También es causa de anulación, la indefensión de alguna de las partes, por no haber sido informada debidamente del nombramiento del árbitro, o del desarrollo del procedimiento o por la imposibilidad de hacer valer sus alegaciones o recursos.

Igualmente, se puede anular el laudo por exceso o defecto en el contenido de la sentencia respecto de lo previsto en el compromiso arbitral o cláusula compromisoria. Y, por último, los desajustes entre la constitución o composición del tribunal arbitral, así como en el desarrollo del procedimiento, y el acuerdo o

compromiso o, en su defecto, lo establecido en el art. iv, darán lugar a la anulación del laudo arbitral. Todo ello sin perder de vista que los Estados partes, tanto en el Convenio de Ginebra como en el de Nueva York, deben restringir la aplicación del art. v, párrafo 1.e) del Convenio de Nueva York, que se refiere a la denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral por haber sido anulada, a los casos previstos en el Convenio de Ginebra.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORDÓN MORENO, F. «Panorámica Europea del arbitraje comercial internacional». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 3, pp. 571-591. Legislación básica de Derecho internacional privado. Madrid: Tecnos, 2012, 22.ª edición actualizada. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M.ª CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho arbitral*. Madrid: Civitas, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Autonomía del convenio arbitral. Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958. Arbitraje internacional. Ley aplicable al arbitraje. Derecho aplicable al fondo del asunto. Litispendencia internacional.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980, SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CONVENCIÓN DE VIENA, CNUCCIM, O EN INGLÉS, CISG)

1. Introducción. Relevancia y aplicación

La gestación del proyecto comienza en los años cincuenta, con los trabajos de Ernst Rabel; y, posteriormente, recibe impulso con la elaboración de las Leyes Uniformes: la Ley Uniforme de Ventas Internacionales («LUVI»), y la Ley Uniforme sobre Formación del Contrato («LUF»). Sus soluciones legislativas; sin embargo, convencieron únicamente a los países de Europa, de donde vinieron las ratificaciones más significativas, pero no a la comunidad internacional. Por ello, sirvieron como borrador para los trabajos que desembocaron, finalmente, en la Convención de Viena.

La Convención ha tenido un éxito extraordinario desde el punto de vista de su aceptación por los Estados, hasta el punto de que se erige como el instrumento legislativo de Derecho uniforme más relevante en materia de Derecho sustantivo, y es considerada con la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, como el instrumento más importante de todos. En 2013 ha sido ya ratificada por setentinueve países, que representan, aproximadamente, las tres cuartas partes del comercio mundial. A la hora de traducir su aceptación por los Estados en aplicación práctica, esta última se ve mermada por un lado, y realzada por otro. Se ve mermada en algunos ámbitos, como el comercio de *commodities*, donde el tráfico se suele organizar en torno a contratos estándar habitualmente sometidos al Derecho inglés; que, en ese sector, constituye una alternativa global a la Convención. También en aquellos casos donde algunos operadores imponen cláusulas de ley aplicable que sujetan al contrato a su propio derecho, en cuyo caso, si bien no existe una alternativa global a la Convención, sí existen múltiples alternativas locales para cada caso concreto.

Su aplicación, no obstante, se ve realzada en otros casos. Y ello porque la Convención de Viena posee dos vertientes: como Derecho positivo, y como reflejo de principios comerciales internacionales. De acuerdo con la primera, la Convención, ratificada por los Estados, entra en juego cuando así lo indican sus reglas de aplicación territorial, recogidas en el art. 1 (1) (a) (aplicación en caso de que los establecimientos de ambas partes del contrato se encuentren en Estados que hayan ratificado la Convención), y 1 (1) (b) (aplicación cuando las normas de Derecho internacional privado conduzcan a la aplicación del Derecho de un Estado contratante). De acuerdo con la segunda, la Convención ha sido considerada como la manifestación de principios generales aplicables a los contratos comerciales internacionales, y aceptados por la comunidad de académicos, prácticos y comerciantes. Por ejemplo, ha constituido la base para la elaboración de otros textos cruciales de Derecho uniforme, como los Principios de Unidrot sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Upicc) (ver voz «Principios Unidroit») o los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PDEC).

2. Relación con el arbitraje

Esta importancia autónoma, esto es, más allá de su ratificación parlamentaria, enlaza directamente con el arbitraje; pues la Convención ha sido reiteradamente aplicada por tribunales arbitrales, no sólo como Derecho nacional, sino como expresión de principios internacionales (ver laudos ICC n.º 8908 de 1998, o n.º 9474 de 1999 (Unilex)), o como los «usos de comercio» a los que los reglamentos de arbitraje permiten referirse a

los árbitros para decidir una controversia (Laudos ICC, casos n.º 5713/1989; n.º 7331/1994; *Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. vs. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*, Iran-United States Claims Tribunal n.º 370 (429-370-1), 28 julio 1989 (Unilex)).

La relación de la Convención de Viena con el arbitraje, no obstante, no es unidireccional; esto es, no sólo los tribunales arbitrales aplican la Convención de Viena, sino que se ha planteado una interesante discusión sobre si la Convención de Viena, como Derecho sustantivo, puede aplicarse a una cláusula arbitral. Mientras algunas voces opinan que el principio de separabilidad opera para diferenciar la ley aplicable al contrato (de compraventa, en este caso) y la ley aplicable al convenio arbitral (*Bundesgericht* (Suiza) 11 julio 2000 (Pace); y *Handelsgericht Zürich* (Suiza) 26 abril 1995 (Pace)) otros consideran que la Convención puede actualmente aplicarse para la determinación de la forma y el consentimiento del convenio arbitral, y algunas decisiones han aplicado la Convención para determinar la existencia de «consentimiento», un término no definido por las leyes y convenciones de arbitraje (*Arrondissementsrechtsbank Arnhem* (Países Bajos) 17 enero 2007; *U.S. District Court, Southern District of New York* 14 abril 1992, *Filanto vs. Chilewich*, CISG-Online n.º 45 (Pace)).

3. Estructura

La Convención se estructura en tres partes principales: Disposiciones Generales (arts. 1-13), Formación del Contrato (arts. 14-24), y Compraventa de Mercaderías (arts. 25-88). La Parte IV, sobre Disposiciones Finales, se refiere a la entrada en vigor de la Convención, su aplicación en los Estados, y las reservas que éstos pueden hacer).

3.1. *Ámbito de aplicación y disposiciones generales*

3.1.1. *Ámbito de aplicación*

La primera parte contiene las normas de aplicación territorial (art. 1), y material (arts. 2-5) de la Convención, así como sus disposiciones generales (arts. 7-13). Las reglas de aplicación territorial aplican la Convención en aquellos casos donde ambas partes tengan sus establecimientos en países que hayan ratificado la Convención (art. 1 (1) (a), entendiendo el «establecimiento» como aquél con la relación más estrecha con el contrato, según el art. 10 (a) o en caso de que *las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante* (art. 1 (1) (b)). La Convención no se aplica a compraventas de consumo, en subastas, judiciales, de valores mobiliarios, efectos de comercio o dinero, de buques y aeronaves, o de electricidad (art. 2). Tampoco se aplicará (1) en aquellos casos donde la parte que las encargue para ser manufacturadas o producidas asuma la obligación de proporcionar *una parte sustancial* de los materiales necesarios para esa manufactura o producción; ni tampoco en aquellos casos donde (2) la *parte principal* de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios (art. 3) (para más información sobre la interpretación del art. 3 de la Convención por los tribunales, ver CISG-AC Opinion n.º 4 *Contracts for the Sale of Goods to be Manufactured or Produced and Mixed Contracts* (Article 3 CISG), 24 October 2004. Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas).

Aunque se aplique a un determinado contrato, la Convención sirve para resolver los problemas relativos a la formación del contrato, y los derechos y obligaciones de las partes, pero no se aplica *a)* a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; *b)* a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4).

Es importante aclarar que el concepto de «validez» no es el recogido en el Derecho interno, sino que se entiende por exclusión de las disposiciones de la Convención. Esto es, si, por ejemplo, el Derecho interno exige la forma escrita como requisito de validez, éste no resultará aplicable, en la medida en que el art. 11 establece que «El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos» (salvo que el Estado haya realizado una declaración en virtud de los arts. 12 y 96 de la Convención). Tampoco otros requisitos, como la «causa» civil, o la *consideration* del *common law*.

Tampoco la Convención se aplica a «la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías» (art. 5), aunque sí se ha aplicado a los daños contra la propiedad (caso Clout n.º 196 *Handelsgericht des Kantons Zürich*, Suiza, 26 abril 1995), y a la reclamación de los daños sufridos por una parte como resultado de las reclamaciones de terceros causadas, a su vez, por daños corporales; esto es, a la repercusión de los daños corporales (caso Clout n.º 49, Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) *Düsseldorf*, Alemania, 2 julio 1993).

3.1.2. Disposiciones generales

Las disposiciones generales de la Convención son de especial relevancia, y merece la pena destacar varias de ellas, que consagran algunos de los principios generales más importantes.

- a) *Autonomía de la voluntad*.- Primero: el art. 6, que, al permitir la exclusión total o parcial de la Convención, consagra el principio de autonomía de la voluntad. Textos más modernos, como los principios de Unidroit, separan la libertad de las partes para contratar, de la posibilidad de excluir el texto de la norma (arts. 1.1. y 1.6), mientras que la Convención aúna ambos aspectos.

Los problemas en la interpretación de este precepto se han dado en relación con la posibilidad de exclusión implícita de la Convención. Aunque algunos tribunales la han rechazado, por no incluirse una referencia expresa en este sentido en la Convención (caso Clout n.º 474 Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 24 enero 2000), la mayoría considera que es posible.

La exclusión implícita puede realizarse eligiendo el Derecho de un país no miembro (caso Clout n.º 483 Audiencia Provincial de Alicante, España, 16 noviembre 2000), pero no cuando se elija el Derecho de un país miembro (*Bundesgerichtshof*, Tribunal Supremo Federal, Alemania, 11 mayo 2010, o caso Clout n.º 1057, Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), Austria, 2 abril 2009; no obstante, algunos tribunales arbitrales sí han considerado que la elección del Derecho de un país miembro supone una exclusión implícita de la Convención, como el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa: ver, por ejemplo, su laudo de 16 marzo 2005). Sí se entenderá de este modo cuando la elección indique con claridad que es en favor del derecho doméstico (caso Clout n.º 956, Tribunal Federal de Australia, Australia, 20 mayo 2009).

Por último, la Convención también admite el denominado *opting in*, esto es, la elección de la Convención como ley aplicable, aun cuando sus propias reglas no condujesen a su aplicación.

- b) *Interpretación uniforme y principios generales*.- Segundo: el art. 7 establece que: «En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional».

Con ello consagra los principios de buena fe e interpretación uniforme; y, en este sentido, actúa como verdadera norma de cierre para garantizar la aplicación homogénea de la Convención, con independencia del país del tribunal que la aplique. Este principio exige, por tanto, una interpretación autónoma de las disposiciones y conceptos de la Convención, sin recurso a disposiciones y conceptos semejantes del Derecho nacional (Polimeles Protodikio Athinon, Grecia, 2009 n.º 4505/2009; High Court of New Zealand, New Zealand, 30 julio 2010); y, al contrario, con recurso a la interpretación realizada por tribunales extranjeros (caso Clout n.º 1029 Tribunal de Comercio Exterior vinculado a la Cámara de Comercio de Serbia, Serbia, 28 enero 2009; caso Clout n.º 549 Audiencia Provincial de Valencia, España, 7 junio 2003; caso Clout n.º 608 *Tribunale di Rimini*, Italia, 26 noviembre 2002; caso Clout n.º 613 *U.S. District Court for the Northern District of Illinois*, Estados Unidos, 28 marzo 2002). No obstante, siguen existiendo ejemplos de tribunales que estiman adecuado recurrir al Derecho nacional para interpretar el Derecho uniforme (*U.S. District Court, Southern District of New York*, Estados Unidos, 20 agosto 2008, y otros tribunales estadounidenses, si bien el problema es menos grave, al tratarse de disposiciones de la Convención cuya redacción había sido tomada del Derecho estadounidense).

La aplicación de este principio exige que «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado». Es decir, ante la duda sobre cómo resolver una materia cubierta por la Convención, pero no expresamente resuelta por ella, deberá, en primer lugar, realizarse una intra-interpretación (caso Clout n.º 720 Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (*Netherlands Arbitration Institute*), Países Bajos, 15 octubre 2002); y sólo como último recurso, puede recurrirse al Derecho nacional (laudo de la *American Arbitration Association*, Estados Unidos, 23 octubre 2007). Algunos de los principios interpretativos que han sido identificados por la jurisprudencia, han sido los de autonomía de la voluntad, buena fe, prohibición de ir contra los propios actos, compensación íntegra (en materia de daños), informalidad, deber de reducir la pérdida, etc. (ver *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of*

Goods, Uncitral 2012, Edition pp. 43-45 y jurisprudencia allí citada). El recurso a la autointegración ha permitido incorporar a la interpretación de la Convención otros instrumentos como los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (laudo n.º 14/2008 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 19 de diciembre de 2008, laudo Cietac, de 2 de septiembre de 2005; laudo CCI n.º 12460 de 2004).

Para la consecución de una convergencia interpretativa sobre las disposiciones de la Convención, se ha hecho una labor extraordinaria de acceso a las fuentes, mediante el sistema Clout (*Case Law on Uncitral Texts*) de resúmenes sobre textos de la Cnudmi, y Compendios de jurisprudencia (http://www.cnudmi.org/uncitral/es/case_law.html); o bases de datos amplísimas sobre bibliografía y jurisprudencia (la más importante es la de la Universidad de Pace, ver <http://www.cisg.law.pace.edu/>; aunque también son muy importantes <http://www.unilex.info/>; y, en castellano, <http://www.cisgspanish.com/>), y también se ha hecho un enorme esfuerzo para la difusión de la Convención y el Derecho uniforme mediante los *moot courts* internacionales (ver *Moot*).

Por último, en aquellos problemas que resultan especialmente controvertidos, la iniciativa del Consejo Asesor de la Convención (*CISG Advisory Council*, CISG-AC) que reúne a buena parte de los mayores expertos del Mundo en la Convención de Viena, cumple, mediante sus diferentes «Opiniones», el papel de sentar doctrina (ver <http://www.cisgac.com/>).

- c) *Interpretación de la conducta de las partes*.- Tercero, el art. 8 de la Convención establece las reglas de interpretación de las declaraciones y conducta de las partes. En primer lugar, se establece un estándar subjetivo (de acuerdo con la intención de la parte que realizó las declaraciones o realizó los actos) «cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención», un estándar que, debido a la dificultad de demostrar el conocimiento de la otra parte de la intención subjetiva del hablante o actuante (por ejemplo, si ambas partes poseen una relación a largo plazo; ver laudo CCI, n.º 8324 de 1995), supone que en la mayoría de los casos, se vaya a aplicar el estándar objetivo (caso Clout n.º 222 *U.S. Court of Appeals (11th Circuit)*, Estados Unidos, 29 junio 1998). Dicho estándar objetivo exige interpretar las declaraciones y actos «conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte», y ha sido utilizado para interpretar la precisión de una oferta (Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) München, Alemania, 14 enero 2009); el estándar de calidad acordado por las partes cuando una de ellas es un experto (caso Clout n.º 877 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgericht*), Suiza, 22 diciembre 2000); o la existencia de una renuncia del vendedor a oponer la excepción de notificación extemporánea de defectos (caso Clout n.º 270, Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, 25 noviembre 1998).

Asimismo, para determinar el sentido de declaraciones o actos, la Convención establece que «deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular, las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes». Estos factores resultan de especial relevancia, por ejemplo, en la determinación de qué actos indican aceptación o asentimiento a una oferta (Tribunal de Apelación, (*Oberlandesgericht*) Linz, Austria, 23 marzo 2005; *Rechtbank van Koophandel Tongeren*, Bélgica, 25 enero 2005). La referencia a elementos externos al texto del contrato ha sido interpretada como indicativa de la inadmisibilidad de la *Parol Evidence Rule* (regla del *Uniform Commercial Code* estadounidense que excluye los elementos ajenos al contrato como prueba de la intención de las partes) y reglas similares de Derecho interno (caso Clout n.º 222 *U.S. Court of Appeals (11th Circuit)*, Estados Unidos, 29 junio 1998).

Las partes que deseen realizar dicha exclusión pueden hacerlo derogando parcialmente el art. 8 (autonomía de la voluntad), mediante una *merger clause*, si bien para la interpretación de si las partes tenían realmente esta intención podrá recurrirse, de nuevo, a elementos externos al contrato (*U.S. District Court, Southern District of New York*, Estados Unidos, 23 agosto 2006; ver también CISG-AC Opinion n.º 3 *Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG*, 23 octubre 2004, *Richard Hyland, Rapporteur*).

- d) *Usos y prácticas*.- Cuarto. La Convención establece, además, que las partes quedarán obligadas por «cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas»; y, salvo pacto en contrario, por cualquier uso «del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate» (art. 9); es decir, (1) usos acordados entre ellas, (2) prácticas establecidas, y (3) usos de general observancia. Los tribunales han entendido que, en el caso de los usos acordados por las partes, éstos no deben ser necesariamente de general aceptación, o

muy conocidos (caso Clout n.º 579 *U.S. District Court for the Southern District of New York*, Estados Unidos, 10 May 2002). En el caso de las prácticas, pueden referirse a cualquier aspecto de la relación contractual, como la obligación de enviar partes de repuesto con cierta celeridad (laudo CCI n.º 8611/HV/JK, de 23 de enero de 1997), o el deber de examinar las mercaderías de una forma particular (laudo Cietac, China, caso n.º CISG/2006/16, 2006), y basta con que se haya desarrollado entre las partes (no es necesario que sea generalizada en un sector), aunque será necesaria una cierta habitualidad (caso Clout n.º 360 *Amtsgericht Duisburg*, Alemania, 13 abril 2000).

La disposición sobre «usos de general observancia» se ha aplicado para determinar si el silencio como respuesta a una carta de confirmación permite inferir la aceptación de los contenidos de dicha carta, y se ha concluido que la observancia del uso en uno o dos países (aunque sean los de las partes) no basta para convertirlo en uno de los de «general observancia», que vinculan de manera automática, salvo pacto en contrario (caso Clout n.º 276, Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) de *Frankfurt am Main*, Alemania, 5 julio 1995). También se ha recurrido a ella para justificar la incorporación de los *Incoterms* como instrumento interpretativo, cuando las partes hayan incorporado una cláusula CIF, aunque no haya remisión expresa a ellos (Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 6 junio 2000; Juzgado Comercial n.º 26 Secretaría n.º 51, Buenos Aires, Argentina, 2 julio 2003); o, incluso, para aplicar los Principios Unidroit (laudo de la Corte de Arbitraje de la CCI n.º 9333, Suiza, octubre 1998).

3.2. Formación del contrato

La segunda parte contiene las normas sobre formación de la voluntad contractual. La Convención asume una estructura oferta-aceptación para la formación de la voluntad contractual, como revelan sus arts. 14 y 18-19, y establece la regla de la recepción para dotar de efectividad a las comunicaciones intercambiadas en dicha fase (art. 24) como excepción a la general aplicación de la *mailbox rule* (si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino, no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación) para el resto de comunicaciones (art. 27).

3.2.1. Requisitos de la oferta e indeterminación de los términos de la oferta y del contrato

El art. 14 de la Convención establece que:

La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

El criterio general que distingue una oferta contractual de otro tipo de comunicación es su «definición», o la «determinación» de los diferentes elementos (destinatarios, mercaderías, cantidad, precio, intención de quedar obligado); y, a la inversa, los problemas surgirán cuando alguno de los elementos no estén determinados.

El requisito de la intención de obligarse deberá determinarse de acuerdo con las disposiciones sobre interpretación de la conducta de las partes (art. 8), para decidir si la parte aceptó obligarse (caso Clout n.º 215 *Bezirksgericht St. Gallen*, Suiza, 3 julio 1997 (donde se enfatizó la conducta posterior de las partes); o caso Clout n.º 330 *Handelsgericht des Kantons St. Gallen*, Suiza, 5 diciembre 1995 (donde la indicación «ordenamos» y la solicitud de «entrega inmediata» supusieron la clave).

En cuanto a los demás elementos de la oferta, la jurisprudencia ha admitido la fijación de un rango de cantidades (caso Clout n.º 176 *Oberster Gerichtshof*, Tribunal Supremo, Austria, 6 febrero 1996 (entre 700 y 800 toneladas de gas natural); *Solae, LLC vs. Hershey Canada, Inc.* *U.S. District Court, Delaware*, Estados Unidos, 9 mayo 2008 (hasta 250.000 libras de lecitina de soja) o precios (caso Clout n.º 106 *Oberster Gerichtshof*, Tribunal Supremo, Austria, 10 noviembre 1994 (precio entre 35 y 65 marcos alemanes por pieles de calidad media y superior). Los problemas surgen en relación cuando uno de los elementos se deja abierto.

Ello plantea un conflicto entre el requisito de la oferta del art. 14, y el art. 55, que establece que: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio

o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate»; es decir, da por supuesto que un contrato puede haber sido «válidamente celebrado» a pesar de tener el precio abierto.

Algunas decisiones han inaplicado el art. 55 en casos donde el precio quedaba abierto, al concluir que el problema no es que las partes hubiesen acordado un precio abierto, sino que no habían alcanzado un acuerdo suficiente que justificase la existencia de un contrato (caso Clout n.º 139 [Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo en el caso n.º 309/1993, 3 marzo 1995]). Otros tribunales; sin embargo, han admitido la posibilidad de concluir un contrato, y de dejar el precio abierto (caso Clout n.º 934 Tribunal Cantonal Valais, Suiza, 27 abril 2007).

3.2.2. *Aceptación por actos y silencio*

Satisfechos los requisitos de la oferta, es necesario establecer si ha existido una aceptación de la misma; y, con ella, un contrato. El art. 18 de la Convención establece una fórmula abierta, según la cual «Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación». La forma más lógica en la que se puede manifestar la aceptación de la oferta sin una declaración expresa, es mediante la realización de actos de ejecución de la prestación (fabricación o expedición de las mercaderías, pago del precio, etc.) (art. 18 (3) de la Convención; *Rechtbank Breda*, Países Bajos, 27 febrero 2008; caso Clout n.º 1029 *Cour d'appel de Rennes*, Francia, 27 mayo 2008). Para la interpretación de dichos actos se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 8.

La mayor dificultad estriba en determinar en qué supuestos el silencio puede determinar aceptación; o, mejor dicho, puesto que el silencio «por sí solo» no puede suponer aceptación, cuáles son los elementos adicionales que, añadidos al silencio, permiten inferirla. Ello tendrá lugar en aquellos casos donde así lo determinen los usos de comercio (*Rechtbank van Koophandel Veurne*, Belgium, 19 March 2003) o las prácticas entre las partes (caso Clout n.º 23 *Filanto cl. Chilewicz*, U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 14 abril 1992: las partes habían desarrollado entre ellas la práctica de objetar sin tardanza a las comunicaciones de la otra, de modo que la ausencia de contestación debía interpretarse como aceptación).

3.2.3. *Condiciones generales: incorporación por referencia y batalla de los formularios*

Un aspecto importante y controvertido, en materia de formación de contrato en la Convención de Viena, es la de las condiciones generales que se incorporan por una o ambas partes, como parte del contrato. La primera cuestión que se debe dirimir, es si este problema queda sujeto a las reglas de la Convención; o, por el contrario, al Derecho interno en materia de condiciones generales. La mayor parte de los tribunales han interpretado que, si bien no es una cuestión expresamente regulada en la Convención, sí queda cubierta por ella, y se resuelve con arreglo a sus disposiciones (caso Clout n.º 445 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) Alemania, 31 octubre 2001; ver también CISG-AC Opinion n.º 13 *Inclusion of Standard Terms under the CISG*, 20 enero 2013, *Rapporteur: Professor Sieg Eiselen*). Dichas disposiciones son las relativas a formación del contrato y a la interpretación de las declaraciones y conducta de las partes.

El segundo problema estriba en determinar cuándo puede entenderse que unas condiciones generales han sido incorporadas al contrato. Los tribunales parecen sujetar la incorporación a la posibilidad del destinatario de las condiciones de acceder al contenido de éstas (caso Clout n.º 445 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) Alemania, 31 octubre 2001). No obstante, la casuística es diversa. Algunos tribunales han considerado que, si las condiciones generales se han enviado a la otra parte, o puesto a su disposición de manera razonable, se incorporan al contrato (caso Clout n.º 445 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) Alemania, 31 octubre 2001), así como si las partes han celebrado transacciones previas sometidas a dichos términos (*Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch*, Países Bajos, 2 octubre 1998), otros han rechazado la incorporación en casos donde, simplemente, se encontraban en el establecimiento de una parte y en su página web (Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) Celle, Alemania, 24 julio 2009), o donde únicamente se hacía una mera referencia a los mismos (Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) Düsseldorf, Alemania, 25 julio 2003).

El tercer problema es el relativo a la denominada «batalla de los formularios», en el cual dos (o más) condiciones generales, que han sido debidamente incorporadas por las partes como parte del contrato, poseen disposiciones que son contradictorias entre sí. Las soluciones ofrecidas por los tribunales giran en torno a la teoría denominada del «último disparo» (*last shot*) o de la doctrina del *knock-out*. La primera de ellas se basa en una construcción de los arts. 18 y 19 de la Convención, de modo que si, según el último, «La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se

considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta», la parte que enviase sus condiciones generales, en último lugar, estaría enviando una contraoferta que, atendiendo al primer precepto, fue aceptada en cuanto la otra parte realizó los actos de ejecución del contrato (laudo CCI n.º 8611 de 1997).

La doctrina del *knock-out*; sin embargo, exige, como paso previo, reconocer que el de la batalla de los formularios es un problema específico no expresamente resuelto por la Convención, de modo que existiría una laguna interna que, por tanto, deberá ser resuelta por los principios de la Convención. Dichos principios (según los defensores de la teoría) conducirían a la cancelación mutua de las condiciones contradictorias, en cuyo lugar se aplicarían las disposiciones de la Convención (Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, 9 enero 2002).

3.3. *Derechos y obligaciones de las partes*

La tercera parte de la Convención contiene las normas que, específicamente, se refieren a la compraventa. La Convención las separa en «disposiciones generales», «obligaciones del vendedor», «obligaciones del comprador», «transmisión del riesgo» y «disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador», pero una forma alternativa de ordenarlas es distinguiendo entre las disposiciones que regulan los derechos y obligaciones primarios de las partes (con las especificidades necesarias para la transmisión del riesgo), y las que regulan los derechos secundarios, o remedios, en caso de incumplimiento, quedando las disposiciones generales como auxiliares de una u otra.

3.3.1. *Derechos primarios: entrega, conformidad y pago del precio*

Las obligaciones y derechos primarios son los que definen propiamente el concepto de «compraventa» de la Convención, y que, sin sorpresas, se caracteriza como un contrato donde una parte, vendedora, «deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquier documento relacionado con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención» (art. 30).

- a) *Entrega.*- La obligación de entrega de la cosa no es muy diferente en su naturaleza de la que podamos encontrar en disposiciones de Derecho nacional, pero la Convención la adapta a las necesidades del tráfico internacional, al regular en qué consiste dicha obligación en los casos donde existe transporte de dichas mercaderías. En tal caso, la regla general consiste en que la obligación de entrega se cumplirá cuando las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador (art. 31 (a)). Esta regla tiene su reflejo en las disposiciones de transmisión del riesgo, concretamente en el art. 67 (1). De este modo, el sistema de entrega y transmisión del riesgo regulado por defecto en la Convención, es compatible con el utilizado por los *Incoterms* de uso más frecuente (FOB y CIF).

El art. 31 (b) y (c) de la Convención establece otras reglas específicas para el caso de que en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado (la obligación de entrega se cumplirá con la puesta a disposición del comprador en dicho lugar) y para todos los demás casos (puesta a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato), de importancia menor. El art. 32 añade, de manera separada a la obligación de entrega de las mercaderías, la obligación de entrega de documentos, lo que reconoce la importancia práctica de los mismos en el tráfico internacional; mientras que el art. 33 ayuda a determinar el plazo de la obligación de entrega.

- b) *Conformidad.*- No obstante, las disposiciones con mayor importancia en materia de obligaciones del vendedor, por el cambio que suponen respecto de los esquemas de países como los civilistas, son las relativas a la falta de conformidad. Frente a su regulación dentro del régimen de saneamiento, en la Convención la exigencia de que los bienes sean conformes es una obligación, al mismo nivel que la de entrega, y así se indica en el art. 35 (1), que establece que «El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato».

No obstante, a continuación se añade, en el apartado (2), que, salvo que el contrato disponga otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato, a menos que cumplan con los criterios dispuestos por la Convención para la determinación de la falta de conformidad. Estas «garantías implícitas», que se entienden incluidas en el contrato, son la forma de conciliar el papel del contrato como la fuente principal para la determinación de la conformidad; y, al mismo tiempo, las expectativas razonables de un comprador, se encuentren o no reflejadas en el contrato; a saber, la conformidad de los bienes con el uso ordinario al

que se destinan bienes del mismo tipo, la conformidad con cualquier uso específico que se hiciera saber al vendedor en el momento de conclusión del contrato, la conformidad con las características de la muestra o modelo, si se vendió mediante muestra o modelo, y el envase o embalaje de la forma «habitual»; o, si no, en una forma «adecuada» para protegerlas y conservarlas (art. 35 (2) (a) – (d)).

Las disposiciones sobre conformidad han planteado dudas en casos donde las condiciones de venta son distintas en el país del comprador y el país del vendedor, especialmente, en el supuesto de las disposiciones fitosanitarias. En tales supuestos los tribunales han debido realizar un complicado equilibrio entre la responsabilidad del vendedor de entregar bienes conformes, y la responsabilidad del comprador, de informarle debidamente. Con carácter general, los tribunales venían entendiendo que el vendedor no debe entregar bienes conformes con las disposiciones fitosanitarias del país del comprador, salvo que estuviese al corriente de las mismas, éstas tuviesen un contenido igual al de las disposiciones del país del vendedor, o éste debiera conocerlas o haberlas conocido por cualquier otro motivo (sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) Alemania, 8 de marzo de 1995 (caso de los mejillones). No obstante, el mismo Tribunal Supremo Federal alemán modificó ligeramente su postura en casos de escándalo alimentario (carne con contenido en dioxinas), donde las normas fitosanitarias son una prueba de la falta de conformidad, pero no constituyen la falta de conformidad en sí (sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) Alemania, 2 marzo 2005).

Junto con estas disposiciones, la Convención también regula la falta de conformidad jurídica, y lo hace estipulando, nuevamente, la obligación del vendedor de entrega de bienes que se encuentren libres de derechos de terceros, se trate de derechos de propiedad o derechos reales limitados (art. 41, que se aplica como regla general), o de derechos de propiedad intelectual o industrial (art. 42). Un cambio significativo respecto de la protección dispensada en muchos Derechos nacionales por los regímenes de saneamiento por evicción, es la referencia a la obligación de entregar bienes libres de derechos «o pretensiones» de terceros. Un sistema que protegiese sólo en caso de «derechos» obligaría al comprador a soportar la pesada carga de un litigio, donde, sólo al final, y habiendo sido despojado de los bienes, o del derecho a comercializarlos o utilizarlos, podría reclamar al vendedor. El Convenio desplaza la carga del proceso sobre el vendedor, pero deja planteada, al mismo tiempo, la pregunta de qué ocurrirá cuando las pretensiones del tercero sean peregrinas o temerarias.

Tanto en los casos de falta de conformidad física como jurídica la Convención contempla la falta de responsabilidad del vendedor cuando el comprador haya aceptado expresa o tácitamente la falta de conformidad, y haya aceptado los bienes a sabiendas de su existencia (art. 41), protección que, en los casos de falta de conformidad física, o de derechos de propiedad intelectual, se extiende a aquellos casos donde el comprador «conociera o no hubiera podido ignorar» la falta de conformidad/derecho o pretensión (arts. 35 (3) y 41 (2) (a)).

- c) *Pago del precio.*- Frente a estas obligaciones del lado del vendedor, el comprador se encuentra obligado al pago del precio, que consiste en «adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago» (art. 54). Ello incluye la necesidad de cumplir con los requisitos de una forma específica de pago, si ésta se ha pactado en el contrato, como puede ser una carta de crédito (laudo CCI n.º 11849 de 2003; caso Clout n.º 986 Cietac (China), 4 febrero 2002). La dificultad reside en si apreciar cumplimiento o incumplimiento en casos donde el impedimento ha consistido en la negativa de un permiso administrativo (caso Clout n.º 142 Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 17 octubre 1995). Otra dificultad reside en la determinación de la moneda de pago, para lo cual se estará a lo dispuesto en el contrato, si el mismo no indica nada podrá recurrirse a los usos de comercio (art. 9); y, en caso de que no resulte claro, algunos tribunales han recurrido al precepto que regula el lugar de pago (art. 57) como manifestación de un principio general por el cual el centro de gravedad geográfico de la obligación de pago se sitúa en el establecimiento del vendedor (caso Clout n.º 281 *Oberlandesgericht* (Tribunal de Apelación) de Koblenz, Alemania, 17 septiembre 1993); o en caso de que el pago se realice contra entrega de las mercaderías, en el lugar de entrega.

3.3.2. *Derechos secundarios: los remedios por incumplimiento*

a) *Elementos generales*

- i. *Responsabilidad cuasi-objetiva.*- El primero de los elementos generales de las disposiciones sobre remedios por incumplimiento que es preciso destacar, es el de la naturaleza cuasi-objetiva de la responsabilidad. La objetividad de la responsabilidad se comprueba del examen de los arts. 45 y 61, donde, para que

la parte perjudicada (compradora o vendedora, respectivamente) pueda ejercitar los derechos o acciones que le corresponden por incumplimiento, sólo se exige que la otra parte (vendedora o compradora) no cumpla cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención. No existe exigencia alguna de «culpa» o «negligencia» en dicho incumplimiento.

La única mitigación de esta responsabilidad viene de la mano de las disposiciones sobre exoneración de responsabilidad (art. 79). El art. 79, que regula el supuesto que se contemplaría en los Derechos internos bajo las doctrinas de la fuerza mayor o *force majeure*, *frustration of purpose*, etc.; pero, para evitar su interpretación en clave de Derecho nacional, y de forma contraria al principio de interpretación uniforme, utiliza un concepto distinto, el de «impedimento». Los requisitos de dicho impedimento para exonerar de responsabilidad; sin embargo, no resultan extraños: debe ser ajeno a la voluntad de la parte que lo alega, imprevisible en el momento de conclusión del contrato, e insuperable.

Los problemas interpretativos relativos al «impedimento» tienen que ver, principalmente, con la admisibilidad de su aplicación en casos de falta de conformidad, y en casos de excesiva onerosidad. En ambos casos los tribunales se han mostrado restrictivos, aunque no existe una respuesta categórica sobre si el art. 79 resulta, o no, aplicable (Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania caso Clout n.º 271, 24 marzo 1999, y caso de 9 de enero de 2002); en este sentido, ver también CISG-AC Opinion n.º 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, 12 octubre 2007, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro).

- ii. *Examen y notificación de defectos en los casos de falta de conformidad.* Si bien la existencia de incumplimiento es el único requisito general para que la parte perjudicada pueda ejercitar los remedios previstos por la *Convención*, en caso de que el incumplimiento consista en una falta de conformidad, el art. 39 establece que el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

El precepto tiene el objetivo de evitar la desprotección del vendedor ante reclamaciones tardías, donde no resulta posible establecer con certeza el origen del defecto. Sin embargo, lo drástico de la consecuencia (pérdida de acciones por incumplimiento) hace que se trate de una de las disposiciones más litigadas de la Convención de Viena, donde la multitud de decisiones judiciales ha debido enfrentarse a los diversos conceptos jurídicos indeterminados de los que el precepto está sembrado.

Para empezar, el art. 39 exige que el defecto se comunique en un plazo a partir del momento en que el comprador «haya o debiera haber descubierto» la falta de conformidad. La dificultad reside en determinar cuándo el comprador «debiera haber descubierto» el defecto, para lo cual es fundamental atender al deber de examinar las mercaderías «en el plazo más breve atendidas las circunstancias», previsto en el art. 38 de la Convención. Si el examen de las mercaderías es excesivamente tardío, o inadecuado (de modo que un examen correcto habría revelado la falta de conformidad), el cómputo del plazo para notificar el defecto comienza a correr (CISG-AC Opinion n.º 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 June 2004. Rapporteur: Professor Eric E. BERGSTEN).

En segundo lugar, teniendo presente el *diez a quo*, el propio plazo para notificar debe ser «razonable, atendidas las circunstancias». Esta referencia plantea innumerables posibilidades, de ahí que la jurisprudencia ofrezca múltiples interpretaciones. Para empezar, a la primera duda de si el art. 39 plantea un plazo único, con independencia del tipo de bienes, la respuesta debe ser negativa (en caso contrario, lo indicaría expresamente); pero, también debe responderse en sentido negativo, al contrario de lo que han hecho algunos tribunales (caso Clout n.º 1057 Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), Austria, 2 abril 2009; caso Clout n.º 232 Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) München, Alemania, 11 marzo 1998), a la pregunta de si existe un plazo orientativo, a partir del cual las circunstancias operan para ampliarlo o reducirlo: las circunstancias mismas fijan el plazo, no alteran un plazo «ideal» (CISG-AC Opinion n.º 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 June 2004. Rapporteur: Professor Eric E. BERGSTEN, article 39, n.º 3). Dichas circunstancias pueden tener que ver con que los bienes sean perecederos, o de temporada (caso Clout n.º 828 (*Gerechthof z-Hertogenbosch*), Países Bajos, 2 enero 2007; caso Clout n.º 423 Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), Austria, 27 agosto 1999); o, por el contrario, se trate de maquinaria, o bienes que no se deterioran con el tiempo (*Obergericht Luzern*, Suiza, 29 julio 2002; *Miami Valley Paper, LLC vs. Lebbing Engineering & Consulting GmbH United States District Court, Southern District of Ohio, United States*, 26 marzo 2009).

Por último, el artículo hace referencia a la necesidad de «especificar» la naturaleza de la falta de conformidad. Si bien algunos tribunales han aplicado este estándar de manera algo estricta, parece que la interpretación correcta consiste en entender que el comprador debe comunicar los síntomas de la falta de conformidad, pero no establecer sus causas (*J.B. y G.B. vs. BV H.V., Hof van Beroep Gent*, Bélgica, 28 enero 2004, ver también CISG-AC Opinion n.º 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 June 2004. Rapporteur: Professor Eric E. BERGSTEN, article 39, n.º 4).

El deber de notificar los defectos se aplica tanto a las faltas de conformidad físicas como jurídicas, pues el art. 43 contempla, para los casos donde el problema resida en la existencia de derechos o pretensiones de terceros sobre los bienes (en general, o en el caso de derechos de propiedad intelectual o industrial) un deber de notificación análogo al previsto en el 39.

Existen dos excepciones a la pérdida de derechos por el comprador en caso de incumplimiento del deber de notificar. En primer lugar, en aquellos casos donde exista una «excusa razonable» para no notificar, hacerlo tardíamente, o no especificar (art. 44). Sin embargo, a pesar de la insistencia de las delegaciones de países en desarrollo por introducir esta disposición, su utilidad práctica ha sido escasa hasta la fecha (*Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Uncitral 2012 Edition article 44, para. 5, p. 219). Más relevante es la excepción prevista en el art. 40, que impide al comprador escudarse en la notificación defectuosa o falta de notificación cuando ésta se refiera «a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador». La disposición ha llegado a utilizarse en algún caso donde, incluso, había expirado el período máximo de dos años desde la entrega, previsto en el art. 39 (2) (caso Clout n.º 237 Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Suecia, 5 junio 1998).

- b) *Remedios para la conservación del contrato.*- Cumplimiento específico y reducción del precio. Cumplidos los requisitos iniciales, el primer remedio contemplado por las disposiciones de la Convención, es el derecho al cumplimiento específico, recogido en los arts. 46, para el comprador, y 62, para el vendedor, en cuyo caso se trata de la acción para la reclamación del precio. La Convención trata con simetría ambos derechos, considerándolos como parte del derecho al cumplimiento específico, si bien el carácter pecuniario de la acción para la reclamación del precio siempre ha dificultado su caracterización como «cumplimiento específico», por carecer de las complicaciones que la acción de cumplimiento de la prestación pecuniaria posee.

Estas complicaciones supusieron que existiese una posición muy divergente entre las jurisdicciones de *civil law*, donde el remedio era algo tan natural como una simple extensión del derecho primario al cumplimiento del contrato, expresión del *pacta sunt servanda*, y las jurisdicciones de *common law*, donde el remedio posee carácter excepcional, para el caso en que la resolución con daños y perjuicios no suponga un remedio adecuado. Esta divergencia, a su vez, provocó un prolongado debate para la redacción de unas disposiciones que, en la práctica no han sido muy utilizadas. Finalmente, la solución de compromiso alcanzada pasa por aceptar, como regla general, la tesis civilista, de modo que el cumplimiento específico pasa a ser un remedio generalmente disponible a la parte perjudicada; y, al mismo tiempo, admitir, en el art. 28, que, en los casos donde una parte tenga derecho al cumplimiento, «el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico, a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención», como excepción no sólo al cumplimiento específico, sino al principio de interpretación uniforme, del art. 7. El hecho de que el precepto haya sido invocado, y menos discutido, en tan escasas ocasiones (caso Clout n.º 417 *U.S. District Court, Northern District of Illinois*, Estados Unidos, 7 diciembre 1999) no parece justificar los recelos que condujeron a introducir esta excepción.

Como innovación respecto de su configuración en otros ordenamientos, el derecho al cumplimiento específico comporta, como especificación del mismo para el caso en que el incumplimiento consista en una falta de conformidad, el derecho a la reparación (art. 46 (3)), o a la sustitución (art. 46 (2) del bien, derechos que, por no tener contrapartida en los derechos nacionales, se preveía que pudiesen resultar de ejecución problemática (máxime a la vista de la regla del art. 28 arriba descrito), aunque, nuevamente, tales problemas no se han materializado en la práctica.

Otro de los remedios para evitar el recurso drástico a la resolución, pero con una naturaleza similar, es la reducción del precio. Modelado en la *actio quanti minoris* de los Códigos Civiles (que la contemplaban junto a la redhibitoria, o de resolución) permite reducir el precio en la parte proporcional «a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas, tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato» (art. 50). La

popularidad de los daños y perjuicios como remedio pecuniario de la Convención, ha supuesto que la reducción del precio sea de aplicación más escasa.

- c) *Resolución (i). Prestación defectuosa.*- La resolución del contrato, regulada en los arts. 49 (para el comprador) y 64 (para el vendedor), es el remedio más drástico de la Convención, por cuanto pone fin al contrato, y conlleva la restitución de las prestaciones. Por ello, debe ser de aplicación restrictiva. La Convención realiza dicha restricción mediante una doble exigencia: formal y material. La exigencia formal supone que la resolución siempre debe ser notificada a la parte incumplidora, tal como establece el art. 26 de la Convención, evitándose así el fenómeno de la «resolución *ipso facto*» o automática, posible bajo la Ley Uniforme de Ventas Internacionales, y que tanta incerteza jurídica podía generar.
- d) La exigencia material consiste en que la resolución no pueda declararse por cualquier tipo de incumplimiento, sino que el mismo deba ser «esencial». Para definir este estándar, la Convención adopta una postura objetiva (se trata, pues, de la gravedad del incumplimiento, no de la actitud de la parte incumplidora), según la cual:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. (art. 25).

A pesar de la voluntad aclaratoria de los redactores; sin embargo, el carácter abierto de la definición sigue generando muchas dudas.

En caso de que el incumplimiento consista en una falta de conformidad, la jurisprudencia parece excluir los supuestos donde el porcentaje de las mercaderías dañadas no es muy alto (caso Clout n.º 275 Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) Düsseldorf, Alemania, 24 abril 1997). Más dudas genera la apreciación del incumplimiento esencial en relación al tipo de uso (o reventa) al que el comprador está habituado: mientras algunos tribunales han entendido que existe incumplimiento esencial cuando el vendedor no ha podido hacer el uso habitual de los bienes (caso Clout n.º 150 Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*), Francia, 23 enero 1996; Tribunal Supremo Federal (*Bundesgericht*), Suiza, 18 mayo 2009), otros han interpretado que la mera posibilidad de reventa o uso alternativo, aun con descuento, excluye el incumplimiento esencial (caso Clout n.º 248 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgericht*), Suiza, 28 octubre 1998).

También plantean problemas los supuestos donde la parte incumplidora se ofrece a reparar los defectos. En principio, el derecho del incumplidor a reparar, regulado en el art. 48 de la Convención se establece «Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 49»; esto es, con sujeción al derecho de la parte perjudicada a resolver cuando exista incumplimiento esencial (caso en el cual, parece que el derecho a reparar quedaría excluido). Sin embargo, algunos tribunales han logrado darle la vuelta a la relación entre ambos preceptos, ya que, sin entrar en si el derecho del incumplidor a reparar queda sujeto al derecho del perjudicado a resolver, han concluido que, en un supuesto donde el incumplidor se ofrece a reparar, no existe incumplimiento esencial, ya que el defecto es subsanable; y, por tanto, no se da la premisa principal para poder resolver (caso Clout n.º 152 Tribunal de Apelación (*Cour d'appel*), Grenoble, Francia, 26 abril 1995; caso Clout n.º 282 Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) Koblenz, Alemania, 31 enero 1997).

En caso de la obligación de pago, el defecto puede consistir en la no realización de los trámites necesarios para la apertura de una carta de crédito cuando la misma constituyó un elemento esencial a la hora de contratar (Laudo Cietac, 15 septiembre 2005).

- e) *Resolución (ii). Retraso en la entrega.*- Los casos de retraso en la entrega plantean un problema particular de incerteza jurídica; y para tratar de resolverlo, la Convención adopta una solución procedente del Derecho alemán, hasta el punto en que ha sido denominada por la doctrina, de acuerdo con el término *Nachfrist*, procedente de este derecho. Esencialmente, consiste en fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por la parte que incurre en retraso (vendedor o comprador) de las obligaciones que le incumban (arts. 47 y 63).

La disposición trata de alcanzar un equilibrio entre la voluntad de otorgar a la parte incumplidora una segunda oportunidad de cumplir; y, al mismo tiempo, proteger a la parte perjudicada, y otorgarle certeza jurídica, en caso de que decida resolver el contrato. Si esta última cumple con los requisitos, y (1) define un periodo de tiempo concreto adicional en el cual la otra parte puede cumplir la prestación;

(2) el plazo es de duración razonable (caso Clout n.º 136 Tribunal de Apelación (Oberlandesgericht) Celle, Alemania, 24 mayo 1995); e (3) indica su intención de poner fin al contrato en caso de que no se cumpla (caso Clout n.º 275 Tribunal de Apelación (Oberlandesgericht) Düsseldorf, Alemania, 24 abril 1997) transcurrido el período de tiempo adicional, podrá resolver el contrato.

La duda principal, puesto que la Convención habilita un mecanismo específico para facilitar la resolución del contrato en caso de retraso en el cumplimiento, es si seguiría siendo posible resolver por incumplimiento esencial en caso de retraso. Si bien algunos tribunales han excluido esta posibilidad, seguramente por extrapolar de manera incorrecta la solución del Derecho alemán, donde es preciso utilizar la *Nachfrist*, al Derecho uniforme (caso Clout n.º 82 Tribunal de Apelación (Oberlandesgericht) Düsseldorf, Alemania, 10 febrero 1994) la solución correcta parece estar en concluir que el mecanismo específico de resolución, no excluye la vía general, y se podrá resolver por incumplimiento esencial en caso de retraso; por ejemplo, cuando el plazo sea un término esencial (caso Clout n.º 935 *Handelsgericht des Kantons Zug*, Suiza, 25 junio 2007), o el retraso sea excesivo (caso Clout n.º 90, *Pretura circondariale di Parma*, Italia, 24 noviembre 1989).

- f) *Resolución (III). Remedios resolutorios, incumplimiento anticipado y contratos por entregas sucesivas.*- Otros supuestos que plantean dudas; y por ello son objeto de un régimen específico en la Convención, son los del incumplimiento anticipado y los contratos por entregas sucesivas. Para entender el primero de los problemas, es preciso comentar que, en la teoría general de las obligaciones el contrato de compraventa se caracteriza por la sinalagmaticidad, de modo que el incumplimiento de una de las obligaciones permite a la otra parte no cumplir con la suya, y da lugar tanto a la posibilidad de resolver, como de suspender el cumplimiento, u oponer una excepción en caso de que la parte incumplidora reclame el cumplimiento (la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, aunque el problema se trata bajo la teoría de las *conditions precedents*, o de las excepciones al cumplimiento específico en los países de *common law*). Todos estos supuestos parecen presuponer la simultaneidad de la ejecución de la prestación, lo que plantea un problema cuando las prestaciones no son simultáneas, de modo que una parte que posee la certeza de que la otra incumplirá, debería aun así cumplir su parte, y esperar al momento en que la otra parte deba cumplir para reclamar, momento en el que puede ser demasiado tarde.

Para evitar este tipo de problemas, la Convención permite a la parte que sospecha que la otra no cumplirá suspender el cumplimiento de su obligación (art. 71); o, incluso, resolver el contrato (art. 72). Para evitar el abuso de estas disposiciones, la Convención recoge una serie de salvaguardias. En primer lugar, se exige que la parte que sospecha del incumplimiento de la otra, posea un elevado grado de certeza sobre un incumplimiento; que, a su vez, debe revestir una cierta gravedad, requisitos que se combinan, para la suspensión, en la exigencia de que resulte «manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato» (es decir, además de imponer un elevado grado de probabilidad, limita las fuentes de información que permiten alcanzar la conclusión); y, para la resolución, en que «fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato».

Por otro lado, se exige a la parte que pretende suspender o resolver que notifique a la parte que, presuntamente, va a incumplir, de su intención de suspender o resolver, comunicación que, en el caso de la suspensión, debe ser «inmediata», mientras que, en el caso de la resolución, sólo «si hubiere tiempo para ello». En último lugar, la Convención exige que la parte que pretende suspender o resolver, no lo haga si la otra parte da «seguridades suficientes» de que cumplirá sus obligaciones. La indefinición de este concepto arroja incerteza sobre el problema, y deja amplio margen al comportamiento estratégico de las partes.

En segundo lugar, la Convención regula el supuesto de resolución en caso de contratos con entregas sucesivas en el art. 73. El principio de conservación del contrato que subyace el enfoque restrictivo de la resolución, es plenamente visible aquí, puesto que la primera regla es que «si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas, constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega».

Es decir, a los efectos de la resolución contractual, la Convención acoge la entrega como unidad lógica a la que resulta aplicable dicho remedio. Para ir más allá, y resolver el contrato con respecto a entregas distintas de aquella donde se manifiesta el incumplimiento esencial, será preciso que se den requisitos adicionales. Tal es el caso de la resolución con respecto a entregas futuras, donde la Convención exige

que el incumplimiento relativo a entregas anteriores, dé a la parte perjudicada «fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas». Asimismo, la Convención requiere que la declaración de resolución se haga «dentro de un plazo razonable».

Por último, para poder resolver el contrato indistintamente, respecto de entregas futuras, pero también pasadas, la Convención exige que «por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato».

- g) *Daños y perjuicios (i). Aspectos generales.*- Sea cual fuere el remedio elegido por la parte perjudicada, la Convención regula los daños y perjuicios como otro remedio, de compensación pecuniaria, compatible con aquél (siempre y cuando no se reclame lo mismo dos veces, como sería el caso si se pidiera una reducción del precio, y daños y perjuicios que compensasen por el menor valor de los bienes; aunque no así si se pidiera, por ejemplo, la reducción del precio, y, además, daños y perjuicios por un concepto distinto).

La redacción de la disposición general de daños y perjuicios de la Convención (art. 74) es sencilla y genérica:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Esto es, se permite recuperar tanto el daño emergente como el lucro cesante, con el objetivo de situar a la parte perjudicada en la misma posición que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido (compensación plena, o *full compensation*).

Ello ha dado lugar a la reclamación de daños de naturaleza muy variada bajo la Convención, aunque algunas de las categorías habituales (y controvertidas) han sido las pérdidas por depreciación de la moneda (Tribunal Cantonal Valais, Suiza, 28 enero 2009), los costes incurridos para instar el cobro de lo debido (caso Clout n.º 254 *Handelsgericht des Kantons Aargau*, Suiza, 19 diciembre 1997), las costas procesales que, parece, van considerándose paulatinamente como una cuestión procesal, y no sustantiva, aunque la jurisprudencia es vacilante (a favor de otorgar costas como daños y perjuicios: caso Clout n.º 301, laudo CCI n.º 7585, 1992; en contra: *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. vs. Hearthside Baking Co., Inc., U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, United States*, 19 noviembre 2002).

Para el caso concreto de resolución contractual, la Convención de Viena contempla dos reglas de cálculo específicas, según la parte perjudicada haya efectuado, o no, una transacción de reemplazo (adquiriendo mercaderías de sustitución, o vendiendo las mercaderías objeto del contrato a un tercero): si se ha realizado la transacción, los daños se calcularán como la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva (art. 75), mientras que, si no se ha realizado dicha transacción, el daño se calculará como la diferencia entre el precio del contrato y el precio «corriente en el momento de la resolución» (art. 76). En ambos casos podrán reclamarse cualesquiera otros daños y perjuicios bajo el art. 74.

- h) *Daños y perjuicios (ii). Reglas de limitación.*- Las reglas de limitación de los daños y perjuicios se recogen en el art. 74 y el art. 77: primero, se exige que el daño haya sido causado por el incumplimiento (relación de causalidad); en segundo lugar, se exige que el daño no exceda de la pérdida que la parte incumplidora «hubiera previsto o debiera haber previsto» en el momento de celebrar el contrato (art. 74); y, por último, «la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida» (art. 77), lo que se conoce como el deber de reducir la pérdida (*mitigation of damages*).

(Autor: David Ramos. Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Uncitral, 2012 edition, article 44, para. 5, pp. 219, 43-45. *CISG-AC Opinion n.º 2, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*, 7 June 2004. Rapporteur: Professor Eric E. Bergsten. *CISG-AC Opinion n.º 4, Contracts for the Sale of Goods to be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)*, 24 October 2004. Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas. *CISG-AC Opinion n.º 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG*, 20 enero 2013. Rapporteur: Professor Sieg Eiselen. *CISG-AC Opinion n.º 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG*, 23 October 2004. Rapporteur: Richard Hyland.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: Caso *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. vs. Hearthside Baking Co., Inc.*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, United States de 19 noviembre 2002; caso Clout n.º 1057 Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), Austria, 2 abril 2009. Caso Clout n.º 232 Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) München, Alemania, 11 marzo 1998. Caso Clout n.º 828 (*Gerechthof 's-Hertogenbosch*), Países Bajos, 2 enero 2007. Caso Clout n.º 423 Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), Austria, 27 agosto 1999. Obergericht Luzern, Suiza, 29 julio 2002. *Miami Valley Paper, LLC vs. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, United States District Court, Southern District of Ohio, United States, 26 marzo 2009. Caso Clout n.º 724 Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*), Koblenz, Alemania, 14 diciembre 2006. Caso Clout n.º 222, U.S. Court of Appeals (11th Circuit), Estados Unidos, 29 junio 1998. Caso Clout n.º 215, *Bezirksgericht*, St. Gallen, Suiza, 3 julio 1997. Caso Clout n.º 330, *Handelsgericht des Kantons St. Gallen*, Suiza, 5 diciembre 1995. Caso Clout n.º 270, Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, 25 noviembre 1998. Caso Clout n.º 877 Tribunal Supremo Federal (*Bundesgericht*), Suiza, 22 diciembre 2000. Caso Clout n.º 720, Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (*Netherlands Arbitration Institute*), Países Bajos, 15 octubre 2002. Caso Clout n.º 1029, *Cour d'appel de Rennes*, Francia, 27 mayo 2008. Caso Clout n.º 23, *Filanto vs. Chlewicz*, U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 14 abril 1992. Caso Clout n.º 445, Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) Alemania, 31 octubre 2001. Caso Clout n.º 445, Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, 31 octubre 2001. Caso Clout n.º 196, *Handelsgericht des Kantons Zürich*, Suiza, 26 abril 1995. Caso Clout n.º 49, Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*) Düsseldorf, Alemania, 2 julio 1993. Caso Clout n.º 254, *Handelsgericht des Kantons Aargau*, Suiza, 19 diciembre 1997. Caso Clout n.º 275, Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*), Düsseldorf, Alemania, 24 abril 1997. Caso Clout n.º 150, Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*), Francia, 23 enero 1996. Caso Clout n.º 248, Tribunal Supremo Federal (*Bundesgericht*), Suiza, 28 octubre 1998. Caso Clout n.º 237, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Suecia, 5 junio 1998.

CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 (CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS)

Se trata de una norma internacional que regula la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales extranjeros. Su elaboración se gestó a iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, que proporcionó al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) un proyecto de Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales. En el seno del Ecosoc se llevaron a cabo los trabajos necesarios para la obtención, en junio de 1958, del Convenio de Nueva York. Con su entrada en vigor se establecen normas legales comunes en un amplio espacio geográfico para otorgar eficacia a las sentencias arbitrales extranjeras. Actualmente, forman parte de la Convención, ciento cuarenta y cuatro Estados, entre los que figuran las principales naciones comerciales y muchas otras de todas las regiones del mundo, incluida América Latina.

Desde el 31 de diciembre de 1958, la Convención está abierta a la firma, tal y como se estipula en su art. VIII. Pero, con un matiz, previsto en el artículo siguiente, el IX, ya que se establece que seguirá abierta a la adhesión de todo Estado miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por su parte, el art. XIII regula la retirada de la Convención. El procedimiento para hacerla efectiva exige que todo Estado miembro envíe por escrito una notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

El Convenio tiene carácter universal, en el sentido de que se aplica sea cual fuere el Estado donde se hubiere dictado el laudo; y, por lo tanto, aunque se trate de Estados que no sean miembros del mismo. Ahora bien, en el momento de adoptar el Convenio y de acuerdo con el art. 1.3, un Estado puede realizar la llamada «reserva de reciprocidad»; es decir, puede declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante, únicamente. Asimismo, puede declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno. En cualquier caso, a partir de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York, el arbitraje goza de una presunción de legalidad, y la sentencia arbitral de una presunción de veracidad; circunstancias ambas que se traducen en una inversión de la carga de la prueba, por la que la parte contra la que se invoca la sentencia deberá alegar y probar la existencia de los requisitos que condicionan la denegación del exequátur.

Aunque el Convenio regula el reconocimiento y la ejecución, también contiene disposiciones sobre los acuerdos o pactos de arbitraje. Esta materia fue incluida en atención al hecho de que es posible denegar la ejecución de un laudo porque el acuerdo arbitral en el que se basa no es válido. Esto último puede producirse por no haberse respetado los requisitos de forma exigidos en los convenios arbitrales para que desplieguen todos sus efectos. En concreto, el art. II.1 del Convenio de Nueva York establece que los Estados contratantes reconocerán los acuerdos de arbitraje formulados por escrito. Aunque en el párrafo 2 del mismo artículo se aclara que la expresión «acuerdo por escrito» podrá consistir en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas. Además, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) aprobó, en su 39.º período de sesiones, celebrado en el 2006, una recomendación para orientar a los Estados Parte sobre la interpretación del párrafo 2 del art. II. En este sentido, se recomienda que se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Por consiguiente, lo que se consigue, en la práctica, es atenuar las exigencias formales para los convenios arbitrales. También la recomendación de la Uncitral se refiere a la interpretación del párrafo 1 del art. VII, para que toda parte interesada pueda hacer valer los derechos que tuviere, en virtud de la legislación o de los tratados del país donde se invoque un acuerdo de arbitraje, a que se reconozca la validez de dicho acuerdo.

Para que proceda el reconocimiento y la ejecución del laudo, el Convenio exige en su art. I.1 que exista una sentencia arbitral procedente de un Estado distinto de aquél en que se pide el exequátur o que no sea considerada nacional en el Estado en el que se pide la homologación. El art. I.2 considera sentencia arbitral no sólo las dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido. De lo que se infiere la aceptación para el exequátur, tanto de los laudos adoptados en el arbitraje *ad hoc*, como en el arbitraje institucional. Puede plantear problemas la determinación del Derecho conforme al cual tiene que obtenerse la calificación arbitral de la sentencia. La Convención de 1958 no remite a ningún Derecho nacional para dirimir la controversia, pero puede considerarse generalmente aceptado que dicha calificación compete a la *lex fori*. Además, la sentencia arbitral debe tener la condición de extranjera, es decir, ser originaria de un país diferente del que va a otorgar la homologación o no ser considerada nacional en el Estado que concede el exequátur. Este último supuesto puede servir, por ejemplo, para aplicar la Convención a sentencias dictadas en el territorio de un Estado, que no pueden considerarse como nacionales del mismo al haber sido aplicada una ley de procedimiento extranjera.

Los aspectos procedimentales para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se rigen por el art. IV de la Convención. La parte que lo solicite deberá presentar, junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia y del convenio arbitral o una copia de ambos que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Además, si la sentencia o el acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento, la parte que lo pida deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular. Una vez presentada la demanda, acompañada de la sentencia y del convenio arbitral, el reconocimiento se lleva a cabo de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, tal y como señala el art. III de la Convención. Pero, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Las causas por las que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución están limitadas en el art. V del Convenio. Se trata de una enumeración taxativa que favorece el reconocimiento y la ejecución del laudo. Los motivos que pueden esgrimirse para impedir el exequátur, son de dos tipos, o bien alegados a instancia de parte o bien apreciados de oficio. Dentro de las causas que pueden oponerse a instancia de parte, se distinguen las siguientes: falta de capacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral, invalidez del acuerdo arbitral, inobservancia de los derechos de defensa, incongruencia del laudo arbitral, constitución irregular del tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral, sentencia arbitral no obligatoria para las partes y laudo anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado. Las causas que pueden apreciarse de oficio son sólo dos. Por un lado, se puede denegar el exequátur porque la materia objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje; y, por otro lado, cuando el reconocimiento o la ejecución de la sentencia fueran contrarios al orden público. Ahora bien, en general, se establece una presunción a favor de la legalidad del arbitraje y de la veracidad del laudo.

Para apreciar la falta de capacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral, el art. V.1.a) del Convenio remite a la ley que le es aplicable a dicha capacidad. Para determinar dicha ley se aplicará el Derecho internacional privado del país donde se solicita el exequátur. La invalidez del acuerdo arbitral puede producirse si no se acredita la existencia de una verdadera cláusula de sumisión a arbitraje. A tal efecto, la validez debe acreditarse con arreglo a la ley elegida por las partes, y si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud

de la ley del país donde se dictó el laudo. Respecto a la capacidad de las partes, podrían plantearse dudas en el contexto de un contrato internacional y del Derecho aplicable al mismo.

Por ejemplo, si una persona de veinte años de edad puede tener capacidad para contratar con arreglo al derecho que le resulte aplicable, pero no con arreglo al derecho por el cual se rige la operación en cuestión. Si la operación resulta fallida, la parte que carece de capacidad con arreglo a uno u otro sistema jurídico podría invocar dicha circunstancia, a efectos de justificar el incumplimiento del contrato o del acuerdo arbitral contenido en éste. Es por ello que, en el contexto intracomunitario, el Reglamento n.º 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) establece, en su art. 13, la siguiente cautela:

En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

La falta de validez del acuerdo arbitral está directamente relacionada con la inexistencia del correspondiente convenio arbitral, lo que puede provocar la denegación del exequátur del laudo extranjero. De entrada, el Convenio de Nueva York está basado en el principio de eficacia máxima del convenio arbitral, por lo que su existencia o inexistencia habrá de valorarse de forma autónoma. Por lo tanto, si el convenio está inserto en un contrato, la nulidad de este último no debe arrastrar al primero. Ahora bien, la inexistencia puede venir dada por la falta de firma de las partes o por no hallarse contenido en un contrato o compromiso contenidos en un canje de cartas o telegramas. La exigencia de firma se suaviza cuando, aun no existiendo, el convenio arbitral sea el resultado de un canje de documentos producto de las relaciones comerciales existentes entre las empresas implicadas. Se trata de inferir la existencia de firma, a falta de su exteriorización y plasmación por escrito, del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte en la relación negocial.

En relación con la inobservancia de los derechos de defensa, el exequátur se deniega, en el art. v.1.b), si se produce la rebeldía del demandado involuntaria. A esta situación se llega cuando el rebelde desconoce el inicio del arbitraje porque no se le ha notificado en tiempo y forma la demanda, la designación del árbitro o el procedimiento de arbitraje. Por lo tanto, la rebeldía voluntaria del demandado no detiene el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral. Se pueden distinguir varias modalidades de rebeldía que no supondrían la vulneración de los derechos de defensa. Así, en primer lugar, la rebeldía por conveniencia, que se produciría por quienes, habiendo sido citados o emplazados en forma, y conociendo la existencia de la *litis*, no acuden a la llamada del árbitro. En segundo lugar, la rebeldía táctica, que se produce en función del cariz que vaya adoptando el desarrollo de la propia instancia arbitral; y, por último, la rebeldía por convicción, que surge cuando se considera incompetente al árbitro. Cualquiera de las tres no paraliza el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, pero la rebeldía a la fuerza, provocada por la falta de citación de las partes o por no realizarse oportunamente, sí serviría para detenerlo.

También la incongruencia del laudo puede acarrear la denegación del exequátur. La incongruencia puede producirse, según el art. v.1.c), por exceso o por defecto.

En este último caso, se debe acreditar que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria. La incongruencia por exceso se produce si la sentencia contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Ahora bien, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras. Tanto la doctrina como los tribunales han dado una interpretación restrictiva a este precepto, siendo habitual que se interprete el convenio arbitral conforme a la intención de las partes, examinando el contexto en que se realizó, debiendo interpretarse los términos ambiguos en favor del arbitraje y los casos de ejecución parcial del laudo, cuando la sentencia arbitral decide sobre diferencias no sometidas a arbitraje, se resuelven sin posponer el exequátur de la totalidad del laudo arbitral como facultad discrecional del tribunal.

Otro motivo para rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo se contiene en el art. v.1.d) y hace referencia a la constitución irregular del tribunal arbitral o a la existencia de irregularidades en el procedimiento arbitral. Las irregularidades deben apreciarse teniendo presente el acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, se atenderá a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. Se otorga prioridad a la voluntad de las partes para determinar la ley o las reglas que regularán el procedimiento y el tribunal

arbitral, pero con dos limitaciones. Una primera está centrada en el respeto a las garantías básicas que deben regir el procedimiento arbitral y que deben asegurar a cada parte la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa. La segunda limitación se conecta con el necesario respeto a las normas imperativas que constituyen el orden público del foro.

En el art. v.1.e) del Convenio de Nueva York se regulan la falta de obligatoriedad de la sentencia y su anulación o suspensión para frenar el exequátur. En este sentido, la parte contra la cual se invoca el reconocimiento y la ejecución puede probar que la sentencia no es aún obligatoria para las partes; y, por lo tanto, puede conseguir que el exequátur no se otorgue. No se requiere que el laudo arbitral sea firme o ejecutorio, ya que basta con que sea obligatorio. Por lo tanto, el laudo obligatorio es una resolución arbitral regularmente pronunciada, con independencia de su fuerza ejecutiva en el Estado de origen. Lo cual se interpreta como que no es susceptible de un recurso ordinario, bien ante una instancia superior de carácter arbitral. Los recursos extraordinarios permitirían denegar la ejecución sólo si han determinado la anulación de la sentencia.

Por su parte, otra causa que podrá alegarse a instancia de parte para impedir el reconocimiento y la ejecución se refiere a la anulación o suspensión de la sentencia arbitral por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. Obsérvese que la redacción del Convenio puede conducir a situaciones en las que un Estado puede denegar la ejecución de una sentencia anulada, mientras que otro país distinto puede ordenar su ejecución. Ello se debe a que el art. v utiliza la expresión «podrá denegar el reconocimiento y la ejecución», de carácter facultativo, y no la frase «deberá hacerlo», que tendría un sentido obligatorio. Ahora bien, la ejecución de laudos o sentencias anuladas en la sede del arbitraje, se considera una práctica controvertida, razón por la cual, los tribunales de todo el mundo, con algunas pequeñas excepciones, siguen más inclinados a rechazar que a ordenar la ejecución de una sentencia anulada. Con todo, la denegación del exequátur sólo cabría si la anulación o suspensión son definitivas, ya que si sólo se ha iniciado el procedimiento, el art. vi del Convenio otorga la potestad a la autoridad en la que se quiere hacer valer la sentencia arbitral de aplazar la decisión sobre la ejecución y ordenar que se entreguen las garantías apropiadas.

Finalmente, la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución podrá denegarlos de oficio, en virtud del art. v.2.a), si la materia objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje. Para apreciar este motivo, se atenderá a la ley del país donde se pretende obtener el exequátur. Además, el art. v.2.b) permite que la autoridad competente del país requerido para efectuar el reconocimiento y la ejecución, pueda rechazar el exequátur, si la sentencia es contraria a su orden público. Lo que se hace valer, en este caso, es el respeto a los principios básicos del Derecho del país en donde se solicita tal exequátur.

La improcedencia de la homologación debida a la no arbitrabilidad del objeto de la diferencia, ha recibido, en el panorama internacional, interpretaciones diversas. En unos casos, se ha equiparado a que sea legalmente viable, es decir, que no esté prohibido por una norma legal o por los principios básicos del ordenamiento jurídico correspondiente. En otros, se aludió al interés nacional en que el asunto sea decidido judicialmente. Y, también, encontramos referencias a la influencia internacional del asunto como factor para medir su arbitrabilidad.

Por su parte, el orden público pone fin a la convalidación de la sentencia arbitral, cuando se vulnera el derecho a la tutela arbitral efectiva y, consecuentemente, se produce indefensión. En definitiva, se trata de un orden público procesal, que es el prevalente en el ámbito internacional. El idioma de las actuaciones procesales no es contrario al orden público, si la parte que alega indefensión por desconocimiento aceptó la tramitación y el régimen de las comunicaciones y notificaciones en ese idioma. Por lo tanto, son, fundamentalmente, aspectos procesales los que pueden impedir el exequátur. Se pueden citar, *ad exemplum*, los siguientes: la ausencia de notificaciones a las partes sobre la tramitación del arbitraje, la lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba o la existencia de litispendencia por existir una sentencia anterior dictada o reconocida en el país donde se solicita el reconocimiento.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho internacional de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado*. Granada: Comares, 2008, 9.ª ed., vol. I. CORDÓN MORENO, F. «Panorámica Europea del arbitraje comercial internacional». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 3, pp. 571-591. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M.ª CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2006. LORCA NAVARRETE, A.M.ª *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal (Ivdp), 2004. REDFERN, A., M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Aranzadi, 2006, 4.ª edición.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Cámara de Comercio Internacional de París. Convenio arbitral. Ejecución del laudo. Exequátur. Impugnación de laudo arbitral. Orden público. Universalidad del arbitraje.

CONVENIO DE WASHINGTON SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS DE 1965 (CONVENIO CIADI)

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio) por el que se establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), es un instrumento convencional que previamente fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), que el 18 de marzo de 1965 sometieron, con un Informe Adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por veinte países, a los que se fueron sumando muchísimos más, habiendo ratificado el convenio, en diciembre del 2002, 136 países para convertirse en Estados miembros.

El Preámbulo del Convenio reconoce que aun cuando las diferencias entre inversores y Estados sean corrientemente sometidas «a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución». Este método es el arbitraje, el cual se facilita mediante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado por este mismo Convenio.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático de la Universidad de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi). Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones. Reglamentos y Reglas del Ciadi.

CORRECCIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO Y RECTIFICACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL LAUDO (VER: CORRECCIÓN, ACLARACIÓN, COMPLEMENTO Y RECTIFICACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL LAUDO)

CORRECCIÓN, ACLARACIÓN, COMPLEMENTO Y RECTIFICACIÓN DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL LAUDO

La corrección, aclaración y complemento del laudo son actuaciones complementarias, comunes a los procesos judiciales, no así, la rectificación de la extralimitación parcial del laudo. Se encuentran reguladas en el art. 39 de la *Ley de Arbitraje española de 2003* («LA»).

La aclaración del laudo se ha reconocido tradicionalmente en nuestro Derecho histórico (Partidas, 3, 18, 106), y su corrección se incorporó a la legislación arbitral en virtud de la LA de 1988 (art. 36). La LA añadió a estas actuaciones la del complemento del laudo; y, por último, la reforma de la LA de 2011 ha incorporado la posibilidad de rectificar la extralimitación parcial del laudo.

La corrección podrá tener por objeto cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; la aclaración versará sobre la interpretación de algún punto oscuro o parte concreta del laudo; el complemento, respecto de peticiones formuladas durante el procedimiento y que no hubiesen sido resueltas por los árbitros; y la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a la decisión de los árbitros o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

El haber incorporado el complemento de los laudos, parece singularmente acertado; y ello, fundamentalmente, porque no es posible impugnar un laudo por no haber resuelto los árbitros algún punto sometido. Puede verse, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 43/1988 de 16 de marzo de 1988, que anuló la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 16 de marzo de 1987, que había integrado el correspondiente laudo con su pronunciamiento sobre el punto omitido. Al incluir la reforma de la LA de 2011, la rectificación de la extralimitación parcial del laudo pretende que, cuando la causa de anulación se encuentre en la extralimitación parcial del laudo, se articule un «incidente» (de remedio específico habla el Preámbulo de la reforma de la LA de 2011) que corrija, en su caso, el mencionado exceso y evite la acción de anulación. Esta reforma debe ser bienvenida, ya que puede constituir una solución más rápida y eficiente que acudir directamente a la vía judicial. La cuestión problemática está en determinar, en ocasiones, lo que se puede considerar una extralimitación «parcial», que debe ser valorada por los árbitros.

La corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo podrán solicitarse por las partes dentro de los diez días [naturales, *ex art. 5.b) in fine LA*] siguientes a la notificación del laudo, a no ser que hubieran acordado otro plazo, configurándose la cuestión del plazo como una de las facultades de las partes en relación con estas actuaciones. Cualquiera que sea la petición solicitada, habrá de ser notificada a la otra parte, para su conocimiento.

Los árbitros, antes de resolver las peticiones formuladas por las partes, deberán dar audiencia a las demás. Por ello, cuando el arbitraje sea interno, parecen ser insuficientes los plazos dispuestos: diez días [naturales] para la corrección y aclaración; veinte días [naturales también] para el complemento del laudo y la extralimitación del laudo. La LA no se refiere a la posibilidad de que los árbitros puedan prorrogar el plazo concedido, dando la impresión –el legislador español– de que ha omitido conscientemente esta facultad.

Nada establece expresamente la LA sobre la posibilidad de que los árbitros no resuelvan en los plazos antedichos; y, sin embargo, el art. 41.4 *in fine LA*, relativo al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación, dispone que «la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo [también extralimitación –que no se recoge expresamente, posiblemente, por olvido del legislador–], desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla». Habida cuenta de lo anterior, parece que deba concluirse que si los árbitros no resolvieran sobre la solicitud en el tiempo concedido, se entenderá que deniegan la petición (arg. art. 36.2 LA de 1988).

También los árbitros, por propia iniciativa, pueden proceder a la corrección de errores de cálculo, de copia, tipográficos, o de naturaleza similar, debiendo quedar claro que los árbitros, de oficio, no podrán realizar las otras actuaciones mencionadas (aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial). En este caso, como nada dispone la LA, no parece necesario que, con carácter previo a la decisión, se dé audiencia a las partes. El plazo para resolver será el de diez días [naturales] desde la fecha del laudo. En cambio, el art. 267 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* («LOPJ») sí permite la aclaración y el complemento de oficio de las resoluciones procesales (en el mismo sentido, también, los arts. 214 y 215 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* («LEC»)).

Las resoluciones sobre corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo deberán reunir los requisitos de forma, contenido y notificación relativos al laudo, a que se refiere el art. 37 LA (*ex art. 39.4 LA*).

En consecuencia, dichas resoluciones deberán constar por escrito y ser firmadas por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. Se entenderá que las resoluciones constan por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (art. 37.3 LA).

Las resoluciones deberán ser motivadas, a menos que se trate de una resolución pronunciada en los términos convenidos por las partes conforme al art. 36 (art. 37.4 LA). Además, deberán constar en ellas la fecha en que han sido dictadas y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el art. 26.1 LA. Las resoluciones se considerarán dictadas en ese lugar (art. 37.5 LA). Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en la resolución sobre las costas de dicha actuación, conforme a lo previsto en el art. 37.6 LA *mutatis mutandi*.

Los árbitros notificarán la resolución a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.3 LA, dentro de los correspondientes plazos establecidos en el art. 39.2 y 3 LA, para el arbitraje interno, y 39.5 LA, para el arbitraje internacional (art. 37.7 LA). Las resoluciones podrán ser protocolizadas notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar a los árbitros, antes de la notificación, que sean protocolizadas (art. 37.8 LA).

La LA prevé una lógica ampliación de los plazos, tanto para solicitar como para resolver la corrección, aclaración, complemento o rectificación de la extralimitación del laudo, cuando el arbitraje sea internacional. Concretamente, dispone que los plazos de diez y veinte días, sean plazos de uno y dos meses, respectivamente. La referida ampliación se justifica en la Exposición de Motivos de la LA, aunque sólo en cuanto a la resolución, en razón a que en los arbitrajes internacionales «bien puede suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores».

La *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985* («LM»), con las enmiendas aprobadas en 2006, se refiere a la corrección e interpretación del laudo y al laudo adicional para complementar las peticiones formuladas, pero omitidas en el laudo, en el art. 33. En cambio, no está prevista la rectificación de la extralimitación parcial del laudo. Así, se dispone que dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir del tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Asimismo, si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud, formando la interpretación, parte del laudo.

De oficio, el tribunal arbitral podrá corregir cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier error de naturaleza similar, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal estima justificado el requerimiento, dictará un laudo adicional dentro de sesenta días.

Se prevé que el tribunal podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional. Finalmente, a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales, es de aplicación lo previsto en el art. 31 LM sobre forma y contenido del laudo.

El *Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975* («CPCF»), con sus sucesivas reformas, regula las actuaciones complementarias del laudo en los arts. 1485 y 1486.

Se establece que una vez dictado el laudo, concluye la labor del tribunal arbitral. Sin embargo, a solicitud de una parte, el tribunal arbitral puede interpretar el laudo, corregir los errores y omisiones materiales de que adoleciera o completarlo cuando se omita una decisión sobre una pretensión solicitada. Tampoco se refiere a la rectificación de la extralimitación parcial del laudo. El tribunal decide después de haber oído a las partes o de haberles dado la oportunidad de ser oídas. Si el tribunal arbitral no puede reunirse nuevamente, como si las partes no logran ponerse de acuerdo para volver a constituirlo, esa competencia corresponde a la jurisdicción, que es la vía adecuada a falta de arbitraje (art. 1485 CPCF).

Las solicitudes formuladas con el objeto de lograr aquellas actuaciones complementarias del laudo, han de presentarse en el plazo de tres meses a contar desde la notificación del laudo. Salvo acuerdo en contrario, el laudo rectificador o el que lo complementa, ha de pronunciarse en el plazo de tres meses a computar desde la constitución del tribunal arbitral. Este plazo puede ser prorrogado por acuerdo de las partes, o en su defecto, por el juez de apoyo. Finalmente, este laudo se notifica en la misma forma que el laudo inicial (art. 1486 CPCF).

El *Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008* («CPCS»), en vigor desde el 1 de enero de 2011, regula en su art. 388 la rectificación e interpretación del laudo, así como el laudo adicional.

Según el mencionado precepto, cualquier parte puede solicitar del tribunal arbitral la rectificación de todo error de cálculo o error de redacción de que adolezca el laudo; interpretar ciertos pasajes del laudo; y dictar un laudo adicional sobre pretensiones de la demanda deducidas a lo largo del procedimiento arbitral, pero omitidas en el laudo. Asimismo, tampoco se contempla la rectificación de la extralimitación parcial del laudo.

La solicitud debe enviarse al tribunal arbitral en los treinta días siguientes al descubrimiento del error, de los pasajes a interpretar o de los complementos a realizar, pero no más tarde del año siguiente a la notificación del laudo.

Finalmente, se establece que la solicitud no suspende los plazos del recurso, pero si una parte es lesionada con el resultado de ese procedimiento, se beneficiaría de un nuevo plazo para el recurso en ese punto.

El *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* («Rgto. CCI»), vigente a partir del 1 de enero de 2012, se refiere a la corrección e interpretación del laudo en su art. 35.

Conforme al citado precepto, el tribunal arbitral puede corregir de oficio cualquier error, de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar que contenga el laudo, siempre y cuando dicha corrección sea sometida a la Corte para su aprobación dentro de los treinta días (naturales, *ex art. 3.4 Rgto. CCI*) siguientes a la fecha de dicho laudo.

Toda solicitud de corrección de un error, de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar que contenga el laudo, o de su interpretación formulada por una parte, deberá dirigirse a la Secretaría dentro de los treinta días [naturales] siguientes a la recepción del laudo por dicha parte, adjuntando tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro y otra para la Secretaría (art. 35.2 en relación con el art. 3.1 Rgto. CCI). Después de la comunicación de la solicitud al tribunal arbitral, éste otorgará a la otra parte, con el fin de que ésta presente sus comentarios, un plazo breve, en principio no mayor de treinta días [naturales], contado a partir de la recepción de la solicitud por dicha parte. El tribunal arbitral someterá su decisión sobre la solicitud, en forma de proyecto, a la Corte a más tardar treinta días [naturales] después del vencimiento del plazo otorgado a la otra parte para que exprese sus comentarios o dentro de cualquier otro plazo que la Corte haya fijado.

La decisión de corregir o interpretar el laudo deberá tomarse mediante *addendum* el cual constituirá parte del laudo. Las disposiciones sobre pronunciamiento del laudo (art. 31 Rgto. CCI), examen previo del laudo por la Corte (art. 33 Rgto. CCI) y notificación, depósito y carácter ejecutivo del laudo (art. 34 Rgto. CCI), se aplicarán *mutatis mutandis* al *addendum* (art. 35.3 Rgto. CCI).

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia. Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje española. Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial español. Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil española. Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Código Procesal Civil francés de 5 de diciembre de 1975. Código Procesal Civil suizo de 19 de diciembre de 2008. Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 186 y 187. FORTÚN COSTEA, Alberto. «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones». *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, 2.ª ed., pp. 224-229. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y Rafael HINOJOSA SEGOVIA. *Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003. Actualizada conforme a las modificaciones introducidas por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de Reforma de la Ley n.º 60/2003*. GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2.ª ed., pp. 539-543. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *Arbitraje comercial internacional en España: Marco legal y jurisprudencial. El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y Cristian CONEJERO ROO (dirs.). Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2012, 2.ª ed., pp. 444 y 445. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *De la anulación y revisión del laudo (arts. 40-43). Comentario a la ley de arbitraje*. DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y Santiago HIERRO ANIBARRO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 544-545. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 335-337. VERDERA TUELS, Evelio, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, José María BENEYTO PÉREZ y Gonzalo STAMPA CASAS. *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*. RODRÍGUEZ ROBLERO, Inmaculada (coord.). Navarra: CEU Instituto Universitario de Estudios Europeo, Universidad San Pablo, Cíamen, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 602-607.

VOCABLOS CONEXOS: Incongruencia del laudo. Laudo. Laudo conciliatorio. Laudo inhibitorio. Laudo parcial. Laudos arbitrales en el Mercosur. Protocolización del laudo arbitral.

CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE (CIMA)

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) fue creada por un prestigioso grupo de abogados, con el objetivo de ofrecer a las empresas una institución arbitral para la solución de conflictos. Es una de las cortes arbitrales más antiguas de España y una de las más activas en la actualidad.

Tiene su sede en Madrid y administra arbitrajes tanto nacionales como internacionales. Su dirección actual se encuentra en la Calle de Serrano n.º 16, de Madrid (www.cima-arbitraje.com).

En los últimos años se ha producido un muy notable incremento del número de asuntos administrados por CIMA y de la importancia económica y material de dichos asuntos. En estos momentos la Corte Civil y

Mercantil de Arbitraje está prestando una especial atención al arbitraje internacional, siendo cada vez mayor el número de arbitrajes internacionales que son administrados por CIMA.

La base de CIMA es asociativa. Es una asociación privada, sin ánimo de lucro, de las previstas en el art. 14 de la Ley española de Arbitraje, que tiene por misión el desempeño de funciones arbitrales por sus propios asociados.

Según los estatutos de CIMA, los órganos de gobierno de la Corte son:

1. *La Asamblea General.*- Es el órgano supremo de la Corte y lo constituyen todos sus asociados, adoptándose los acuerdos por mayoría de votos. Se distinguen dos tipos de asociados, los asociados numerarios y los colaboradores, los primeros pueden actuar como árbitros en los arbitrajes de derecho y los segundos únicamente pueden ser árbitros de equidad. Para la adopción de los acuerdos en la Asamblea General los numerarios dispondrán de dos votos y los colaboradores de uno.
2. El Presidente, que representa a la Corte.
3. *La Comisión de Gobierno, integrada por el Presidente y cuatro vocales.*- Es un órgano esencial, al que se le atribuyen importantes tareas en materia de admisión de asociados y en su caso de designación de árbitros.
4. *El Director.*- Le corresponde la gestión económica de la Corte, la planificación y programación de sus actividades y trabajos y la del personal de la Corte. No dirige los procedimientos arbitrales.
5. *El Secretario,* que a sus funciones como secretario de la Corte se le añade la de actuario en los procedimientos arbitrales, y la de adoptar las diligencias de ordenación de los procedimientos y las disposiciones sobre provisiones de fondos, tasas y honorarios.

Las dos grandes funciones de la Corte son la designación de los árbitros y la administración del arbitraje.

La designación de los árbitros en los arbitrajes encomendados a CIMA es uno de los puntos más característicos de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, pues en principio y salvo excepciones, se exige ser asociado miembro de la lista de árbitros de CIMA.

Para ser asociado de CIMA y, por tanto, para poder intervenir como árbitro, se exigen como requisitos estar dado de alta en un Colegio de Abogados como ejerciente con una antigüedad de al menos diez años, no haber sido sancionado disciplinariamente como abogado, ni expulsado de la asociación, ni condenado por delito doloso y pertenecer al cuerpo de Abogados del Estado o de Letrados del Consejo de Estado o tratarse de jurista de reconocida competencia y probada experiencia, a juicio de la Comisión de Gobierno.

La decisión sobre admisión de los aspirantes se adopta por la Comisión de Gobierno, teniendo en cuenta el número de árbitros de la Corte y su relación con el número de asuntos a laudar en el tiempo en el que debe de resolverse sobre dicha petición. En los momentos actuales, el número de asociados es ligeramente superior a cien. Se adopta así un sistema de lista cerrada, pero amplia.

El número de árbitros en cada procedimiento arbitral lo fijan las partes. Si no lo hacen, la Corte designará un solo árbitro o tres, según las circunstancias del asunto.

En el arbitraje de un solo árbitro, las partes podrán ponerse de acuerdo para la elección de un árbitro entre los incluidos en la lista de asociados de la Corte. De no llegarse al acuerdo, la Corte dará a ambas partes una lista con ocho nombres, elegidos por el sistema de turno. Las partes sobre esa lista tendrán que establecer una relación numerada de cinco candidatos. Con ambas listas elaboradas por las partes, la Corte designará como árbitro único al que cuente con mejor preferencia de las partes. Si no pudiera hacerse la designación por este método, la Corte ejercerá su discreción para nombrar al árbitro único.

Si son tres árbitros, a falta de acuerdo, cada parte designa un árbitro, y el tercero, que actuará como Presidente, será designado por ambos árbitros. A falta de acuerdo para el nombramiento de Presidente se procederá de la forma señalada para el nombramiento de árbitro único.

Se prevé la posibilidad de que la Comisión de Gobierno, de forma excepcional, a petición de todas las partes, autorice que actúen como árbitros quienes no pertenezcan a la lista de árbitros de la Corte, con un

máximo de dos árbitros no pertenecientes a la Corte, en el caso de constitución de tribunal arbitral. En todo caso, tales arbitrajes y los árbitros que en ellos intervengan, se ajustarán en su actuación y obligaciones a lo establecido en el Reglamento de Procedimiento de CIMA.

Se establece un turno especial para arbitrajes de cuantía inferior a 100.000 euros.

En el caso de arbitrajes internacionales, se establece una lista especial de árbitros, con indicación del idioma que domina cada uno de dichos árbitros.

La Corte cuida de que, de manera efectiva, se respeten los principios de independencia e imparcialidad. Los árbitros tienen la obligación de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. En el caso de recusación de los árbitros por alguna de las partes, si el árbitro no aceptase la recusación, su decisión podrá ser recurrida ante la Comisión de Gobierno, que decidirá previa audiencia del árbitro y de las partes.

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje cuenta con un reglamento de procedimiento, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de Socios en el año 2014.

En dicho reglamento la función de organizar y dirigir el procedimiento se atribuye a los propios árbitros. La Corte, a través de la figura del Secretario y del personal de la Corte, lo que hace es prestar apoyo al arbitraje, brindarle los medios materiales y tratar de lograr que el mismo se desarrolle correctamente en todos sus trámites, que se practiquen de forma eficaz las notificaciones y comunicaciones y que se cumplan las decisiones de los árbitros en materia de procedimiento.

El reglamento de CIMA establece una regulación detallada del procedimiento arbitral, que se considera que ofrece garantía y seguridad a las partes, pero se huye de una visión procesalista de la materia.

Se establece así un sistema flexible, en el que se dan amplias potestades de ordenación del procedimiento al árbitro, respetando siempre lo acordado por las partes y que, en todo caso, trata de preservar los principios rectores del procedimiento arbitral, de audiencia, igualdad y contradicción.

Como notas más características del procedimiento, puede resaltarse que los plazos, salvo acuerdo en contrario, se computan por días naturales, sin excluir los inhábiles, y que el mes de agosto será inhábil, salvo que cualquiera de las partes solicite su habilitación. El procedimiento arbitral da comienzo con la recepción por la Corte de la solicitud de arbitraje, lo que supone adelantar y extremar las garantías.

Se atenúa el principio de preclusión procesal y se permite, salvo que las partes acuerden otra cosa, que cualquiera de ellas pueda modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que el árbitro lo considere improcedente por razón de la demora con la que se hubiera hecho.

En materia probatoria se contiene una regulación detallada, atribuyéndose al árbitro la decisión sobre la admisibilidad y práctica de las pruebas propuestas por las partes.

Expresamente, se contempla la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes. También se regula, el nombramiento de un árbitro de emergencia que analice exclusivamente lo relativo a la adopción de medidas cautelares.

El reglamento contempla la posibilidad de que las partes puedan acordar expresamente la impugnación del laudo ante la propia Corte, por infracción manifiesta de las normas jurídicas sustantivas en las que se funde el laudo o por apreciación manifiestamente errónea de los hechos en los que se sustente el laudo. En este caso decidirá la impugnación un tribunal compuesto por tres árbitros. Cada parte designará un árbitro y actuará como presidente del tribunal arbitral el presidente de CIMA.

(Autor: Manuel Garzayo Orbe. Abogado. Miembro de la Comisión de Gobierno de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Corte de arbitraje.

CORTE DE ARBITRAJE (VER «ARBITRAJE INSTITUCIONAL»)**CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE VALENCIA**

La Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, se configura como una institución arbitral especializada en la prestación de servicios arbitrales, a la cual poder encomendar la administración del arbitraje o la designación de los árbitros, facilitando a tales efectos la regulación y los medios necesarios, tanto personales como materiales, para el normal desarrollo del procedimiento arbitral, labor ésta que viene desarrollando la Corte desde su constitución oficial mediante acuerdo de su Pleno Corporativo, adoptado el 31 de mayo de 1989, tomando como base la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, sustituida, posteriormente, por la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, si bien sus orígenes se remontan al *Consolat del Mar* de Valencia, institución creada por Pedro el Grande en 1283.

Se ubica en el seno de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, cuya normativa reguladora, la Ley n.º 3/1993 de 22 de marzo de 1993, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (texto legal que fue objeto de modificación por la Ley n.º 50/1998 de 30 de diciembre de 1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social), confiere a estas corporaciones de Derecho público diversas y múltiples funciones de carácter público-administrativo, entre la que se encuentra «la de desempeñar el arbitraje mercantil, tanto en el ámbito nacional como en el internacional», si bien la Ley de Cámaras de 1911 ya preveía, como funciones propias de la Cámara, la intervención como amigables compondores en las cuestiones que se susciten entre los electores cuyos intereses representan. Cabe añadir que es el art. 14 de la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, el que contempla la posibilidad de que las partes en conflicto puedan encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a «corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras», precepto que viene a sustituir al art. 10 de la ley de 1988, encontrándose ambos preceptos muy distantes del contenido del art. 22 de la ley de 22 de diciembre de 1953, precepto éste que prohibía el arbitraje institucional al impedir que los compromitentes pudieran deferir a un tercero el nombramiento de los árbitros, pues éstos debían ser designados, en todo caso, de común acuerdo por aquéllos.

Su denominación actual es el fruto de la modificación de sus estatutos, aprobada el 21 de junio de 2007 por el Pleno de la Cámara, coincidiendo con el nombramiento de su actual presidenta, la Prof. Dra. Silvia BARONA VILAR (a la que habían precedido en su cargo D. José Enrique SILLA que, como titular de la Cámara, fue el primer presidente de la Asamblea General de la Corte, estando su primera Junta de Gobierno presidida por D. Carlos CLIMENT, al que sustituiría D. Luís Miguel Romero desde 1998 hasta el 2003 y D. Vicente SIMÓ hasta el 2007), pasando a introducir de forma definitiva el término «mediación» en todas las referencias a la Corte, que la convierte no ya en la Corte de Arbitraje –denominación ésta utilizada hasta la fecha–, sino en la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia.

La Corte se rige en su actuación por lo dispuesto en sus Estatutos, su Reglamento y en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, así como por la legislación estatal o autonómica que en el futuro se dicte. En particular, mediante acuerdo de 29 de marzo de 2004, del Pleno de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, se aprobaba su Reglamento, publicado en el DOGV n.º 4750 de 11 de mayo de 2004, acto de voluntad unilateral de la institución arbitral que desarrolla las normas legales sobre administración del arbitraje, recogiendo como anexo las tarifas por gastos del arbitraje aprobadas por la Junta de Gobierno, y disponiendo la Corte de un censo actualizado de árbitros compuesto por personas de reconocido prestigio profesional e independencia, siendo ésta la verdadera clave de su éxito.

De su reglamento destaca, además de la referencia, que su art. 4 recoge al Valenciano como posible lengua en la que se puede desarrollar el arbitraje, las constantes referencias y especialidades previstas para los conflictos que puedan plantearse en materia de propiedad industrial, competencia, diseño, propiedad intelectual y otras propiedades especiales que requieran una inmediata intervención arbitral. Así, se prevén especialidades respecto de dichas materias en relación con la designación de árbitros especialistas que puedan actuar con la debida celeridad (art. 15). Lo mismo acontece en materia de medidas cautelares, pudiendo adoptarse la tutela cautelar anticipatoria cuando, designados los árbitros, consideraren que se cumplen los presupuestos necesarios para su adopción (art. 23), en relación con el nombramiento de peritos (art. 35) o en lo que se refiere al plazo para dictar laudo, en cuyo caso los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación de la parte demandada o de expiración del plazo para presentarla, salvo acuerdo en contrario de ambas partes o decisión motivada arbitral sin oposición de ambas.

(Autor: Sergio González Malabía).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ANDRÉS CIURANA, A. «Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional». *Act. Civ.*, n.º 3, del 15 al 21 de enero de 2001. ALMAGRO NOSETE, J. «La nueva ley española de arbitraje». *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fàiren Guillén*. Valencia, 1990. BADENAS CARPIO, J.M. «El arbitraje institucional: breve comentario al Reglamento de la Corte de Valencia». *Act. Civ.*, 1993, n.º 15. CORDÓN MORENO, F. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. BERCOVITZ (coord.). Madrid: Civitas, 1990. DEL SAZ, S. *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. MUNNÉ CATARINA, F. *La administración del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 2002. ROCA MARTÍNEZ, J.M. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje institucional. Convenio arbitral. *Consolat* de Mar. Corte de arbitraje. Designación de los árbitros. Mediación.

CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID

La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (Corte de Arbitraje de Madrid; www.arbitramadrid.com) fue creada en 1989.

En todas las economías desarrolladas, el arbitraje es el procedimiento más adecuado para resolver de forma rápida y confidencial los conflictos que puedan surgir entre los agentes económicos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Las cámaras de comercio de todo el mundo tienen una labor protagonista en la creación y desarrollo de sistemas de arbitraje.

En sus más de veinte años de vida, la Corte de Arbitraje de Madrid ha acumulado una amplia experiencia en la administración de arbitrajes comerciales nacionales e internacionales.

La institución asume hoy los nuevos retos del arbitraje con vocación globalizada. Por eso, la Corte de Arbitraje de Madrid es una corte de arbitraje internacional que asume la administración de arbitrajes con partes no españolas, en idiomas distintos al español, y puede administrar arbitrajes con sede del arbitraje fuera de España.

La Corte de Arbitraje, además, actúa regularmente como autoridad nominadora, procediendo, si las partes así lo solicitan, a designar al árbitro en arbitrajes nacionales e internacionales no administrados por la Corte.

El Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en vigor desde el 1 de enero de 2009, es homologable con los estándares internacionales y responde a las crecientes y cambiantes necesidades de los empresarios y usuarios del arbitraje. Las características más significativas de este reglamento son las siguientes:

- Se otorga libertad a las partes para elegir el lugar e idioma del arbitraje, siendo por defecto Madrid y el castellano, respectivamente.
- Las partes tienen libertad para elegir a los árbitros de parte y para acordar de mutuo acuerdo la designación del árbitro único. De no lograrse dicho acuerdo, será la Corte de Arbitraje la que procederá al nombramiento. En caso de tribunal arbitral, los árbitros designados por las partes, serán los encargados de nombrar al árbitro Presidente, que en caso de falta de acuerdo, será nombrado por la Corte. La Corte de Arbitraje de Madrid cuenta con más de doscientos árbitros de prestigio, de quince nacionalidades distintas. Para la designación de los árbitros en los distintos casos que le son sometidos, la Corte de Arbitraje analiza el asunto concreto y realiza un pormenorizado análisis de formación, trayectoria y experiencia, con la finalidad de garantizar la idoneidad de los árbitros designados para el litigio concreto, velando igualmente por su imparcialidad.
- Los árbitros dirigen el arbitraje a través de la emisión de órdenes procesales.
- Se favorece la comunicación electrónica, exigiendo a las partes, cuando sea posible, la presentación de sus escritos en este formato.
- Se prevé la revisión formal del laudo por la Corte con carácter previo a su firma por los árbitros.
- Si así lo autorizan las partes, se prevé la publicación de los laudos una vez eliminados los datos identificativos de las partes.

- Se regula como principio orientador la condena en costas, en función del éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes.
- Se regula la acumulación de procedimientos y la posible intervención de uno o más terceros.
- Se fija el plazo para dictar laudo en seis meses, más una prórroga de oficio de un máximo de dos meses. Se prevé, para casos excepcionales, una segunda prórroga concedida por la Corte a solicitud de los árbitros, de como máximo dos meses adicionales.

La Corte de Arbitraje de Madrid ofrece, además, la utilización del sistema TAO-OAM para la tramitación de arbitrajes, un sistema de acceso *online* de veinticuatro horas al día, los siete días de la semana, facilitando la gestión y los trámites arbitrales y agilizando así los plazos.

(Autor: Miguel Temboury. Ex Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Corte de arbitraje. Costas del arbitraje. *Dispute Boards*. Idioma del procedimiento. Laudo arbitral. Medidas cautelares. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

CORTE DE ARBITRAJE DEL DEPORTE (CAD/TAS/CAS) DE LAUSANA (VER: «TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEL DEPORTE»)

CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

1. Naturaleza jurídica y funciones. Sede. Organización. Cláusula

La Corte Española de Arbitraje, decana de los tribunales arbitrales españoles, se encuentra adscrita al Consejo Superior de Cámaras de Comercio español y a través de ella se administran los arbitrajes de carácter interno e internacional que le son sometidos, con plena independencia de los restantes órganos del Consejo Superior de Cámaras, y cumpliendo con ello el mandato atribuido por el art. 18.2.i de la Ley n.º 3/1993 de 22 de marzo de 1993, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Entre sus funciones se encuentran, junto con la de administrar los arbitrajes que le sean encomendados, intervenir como autoridad nominadora cuando así se le requiera, el desarrollo de actividades consultivas y de estudio en materia arbitral, gestión del registro de laudos, celebración de convenios de colaboración con otras entidades públicas o privadas del ámbito nacional e internacional; y, en general, la difusión de la cultura arbitral.

Las decisiones adoptadas por la Corte Española de Arbitraje son definitivas, sin perjuicio de los motivos impugnatorios que pudieran hacerse valer a través del ejercicio de la correspondiente acción de anulación contra el laudo.

La Corte Española de Arbitraje tiene su sede en Madrid (c/Ribera del Loira 12) y su estructura organizativa se compone de un Presidente, un Comité Permanente, una Comisión de designación de árbitros y la Secretaría General.

Su cláusula tipo reza:

Toda controversia que se derive del presente contrato o de un acuerdo, se resolverá definitivamente, mediante arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y el nombramiento del árbitro o de los árbitros.

2. Análisis esencial del procedimiento ante la Corte Española de Arbitraje

Los Estatutos de la Corte Española de Arbitraje, en su redacción vigente, entraron en vigor el 26 de mayo de 2010, rigiéndose los arbitrajes administrados por ella, por un Reglamento de 15 de mayo de 2010.

El procedimiento se inicia mediante la correspondiente solicitud o anuncio de arbitraje (ver término «Demanda arbitral»), siendo designados los árbitros, ante la falta de acuerdo de las partes, atendiendo a la preferencia de las mismas sobre la lista de candidatos suministrada por la propia Corte, en función de las

características de la controversia, en modo similar al empleado por el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos o la OMPI.

Con carácter general, el árbitro será único, salvo acuerdo de las partes en nombrar cada una a su árbitro. Dentro del tribunal arbitral podrán incluirse profesionales no jurídicos, con el consentimiento de las partes.

En la Corte Española de Arbitraje se prevé la figura del árbitro de urgencia, con las mismas facultades que los árbitros, que cesará al nombrarse a estos últimos, salvo acuerdo de las partes en que el primero continúe con carácter definitivo. La revisión inicial de la existencia, validez y alcance del convenio arbitral por la Corte, será revisable por los árbitros.

La acumulación de arbitrajes podrá adoptarse por la Corte a instancia de parte y siempre que concurran los requisitos de identidad subjetiva y conexión objetiva. La intervención de terceros se podrá acordar por los árbitros a instancia de parte y con el consentimiento escrito de aquéllos.

Tras el anuncio de arbitraje y contestación al mismo, se nombrará árbitro, entregándosele el expediente y convocando éste al levantamiento del acta de misión, donde se definirán las pretensiones sumariamente, se determinará el Derecho aplicable, el lugar, idioma y tipo de arbitraje, y se fijará el calendario procesal. Tras la formalización de demanda y contestación, y eventual reconvenición, se abrirá un período de prueba seguido de conclusiones orales o escritas.

Los árbitros, con carácter previo a la redacción definitiva del laudo y su firma, trasladarán el proyecto de texto del mismo a la Corte, que podrá sugerir la introducción de modificaciones de carácter formal, llamando la atención de los árbitros sobre aquellos aspectos del fondo o sobre las costas que estime oportunos.

Se establece un procedimiento abreviado para aquellos arbitrajes de cuantía inferior a 300.000 euros y un procedimiento rápido para los arbitrajes en que su cuantía, sencillez o urgencia así lo aconseje.

En materia de costas regirá el criterio progresivo de imposición, de modo que reflejen el éxito o fracaso relativo de las pretensiones de las partes.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros.
Árbitro independiente. Abogado del Estado).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Corte de Arbitraje. Reglamento de arbitraje.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

Es un organismo intergubernamental formado por más de una centena de Estados. Fue creada en 1899 para facilitar el arbitraje, así como otras formas de solución de controversias entre los Estados. La Corte Permanente de Arbitraje se ocupa de resolver asuntos relativos a controversias sobre fronteras territoriales y marítimas, soberanía, derechos humanos, inversión extranjera, y asuntos relacionados al comercio regional e internacional. Su base jurídica se encuentra en el Convenio para la solución pacífica de controversias, concluido tras la Primera Conferencia de la Paz de La Haya (el Convenio de 1899 fue revisado tras la segunda Conferencia de la Paz de La Haya en 1907). La Conferencia Internacional que dio origen a este Convenio se organizó por iniciativa del Zar ruso Nicolás II «con el objeto de buscar los medios más eficaces para asegurar a todos los pueblos una paz real y duradera; y, sobre todo, para poner un límite al desarrollo progresivo del armamento».

Se puede decir, por ello, que la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (CPA) fue el primer mecanismo universal de arreglo de diferencias entre Estados. La Corte Permanente de Arbitraje es una organización intergubernamental independiente que dispone de sus propios Convenios constitutivos, ya que a pesar de tener estrechos vínculos con la ONU, nunca ha formado parte de su sistema (a diferencia del Tribunal Internacional de Justicia que sí forma parte del organigrama de Naciones Unidas como uno de sus órganos principales). La CIJ es bastante más conocida a nivel mundial que la CPA, a pesar de que ésta es mucho más antigua. La explicación se ha de buscar en la confidencialidad de la mayoría de sus casos y en un período de poca actividad entre 1946 y 1980. Desde entonces, la CPA ha visto un renacimiento en su importancia y su rol en el contexto judicial internacional. Así, por ejemplo, intervino en los años ochenta en las reclamaciones entre Irán-EE.UU. y desde 1990 ha visto crecer significativamente el número de casos llevados a cabo bajo sus auspicios.

Si bien en sus inicios solamente aplicaba Derecho internacional público, hoy en día ha evolucionado hacia una institución moderna y diversificada que aplica tanto Derecho público como privado, respondiendo así a las necesidades presentes en la comunidad internacional.

En este sentido, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional ofrece sus servicios, tanto a Estados como a organizaciones internacionales e incluso a personas privadas. Esta evolución responde al incremento de los sujetos en el Derecho internacional público, ya que si bien en el Derecho clásico sólo formaban parte de la Comunidad internacional los Estados, hoy en día han tomado protagonismo las organizaciones internacionales y cada vez tienen más presencia los individuos.

Entre las materias que son objeto de resolución, destacan las que hacen referencia a los derechos humanos, el comercio y las inversiones internacionales, realizando la Corte, junto a su labor arbitral, una importante labor como centro de investigación y de publicaciones, así como lugar de encuentro de la doctrina.

En relación a su estructura, la Corte Permanente Internacional no es una jurisdicción en el sentido tradicional del término, si bien comparte el tipo de construcción de los tribunales arbitrales establecidos para regular diferencias.

En concreto la Corte Permanente Internacional cuenta con una estructura tripartita formada por:

- Un consejo administrativo que controla la política y el presupuesto de la institución.
- Los miembros de la Corte, formada por una lista de árbitros independientes.
- Una oficina internacional dirigida por el secretario general.

En relación al Consejo Administrativo, está formado por los representantes diplomáticos de los Estados miembros acreditados en los Países Bajos, estando presidido por el Ministro holandés de Asuntos Exteriores. Este órgano, junto con el Secretario General, definen la política de la organización.

Además el Consejo Administrativo determina la orientación general de los trabajos de la Corte y controla su administración, su presupuesto y sus gastos; estando reguladas sus actividades por un reglamento interno.

El presupuesto de la Corte Permanente de Arbitraje lo financian, en parte, las contribuciones de los Estados miembros, según un sistema de aportaciones similar al que utiliza la Unión Postal Universal (una de las pocas organizaciones internacionales que existían en 1899), siendo el Secretario General el que recoge, en un informe anual que presenta al Consejo Administrativo, las actividades y los gastos realizados por la Corte.

En cuanto a la lista de árbitros, se dividen en función de las materias en las que son expertos. En este sentido destacan los árbitros especializados en medioambiente y recursos naturales.

La Corte Permanente de Arbitraje tiene actualmente acuerdos con el Cnudmi, en su actual faceta de organismo arbitral en el ámbito privado, siendo su función, básicamente, de apoyo en la prestación de servicios administrativos. También tiene acuerdos la Corte Permanente Internacional en el ámbito de la energía y del derecho del mar, ya que presta sus servicios a las diferentes instituciones internacionales que utilizan el arbitraje como medio para resolver sus diferencias.

Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, firmada en Montego Bay en 1982, prevé en su Parte xv un sistema para resolver por medios pacíficos las controversias que puedan surgir entre los Estados por la interpretación o aplicación del texto del Convenio. En este sentido, el art. 284 de esta Convención establece el arreglo a través de la conciliación, mientras que para el caso en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el medio judicial o extrajudicial para arreglar sus diferencias, se acudirá por defecto, al arbitraje.

Si bien el art. 287 de la citada Convención establece la posibilidad de crear un Tribunal Internacional de Derecho del Mar, o bien someterse al Tribunal Internacional de Justicia, o a un tribunal arbitral especial, lo cierto es que, por el momento, las diferencias surgidas entre los Estados por la aplicación del Convenio han sido resueltas dentro de la Corte Permanente de Arbitraje, que ha actuado como árbitro poniendo fin a la controversia.

Tanto las audiencias como las decisiones son normalmente confidenciales, si lo piden las partes, publicándose la información de forma oficial sobre los casos recientes en el sitio web de la CPA: www.pca-cpa.org.

Los idiomas de trabajo son el inglés y el francés, pero los procedimientos pueden ser conducidos en cualquier idioma convenido por las partes. Los arbitrajes de la CPA se llevan a cabo mediante la aplicación de las reglas de arbitraje y conciliación de la Cnudmi de 1976 y 1980, respectivamente.

La asistencia jurídica se realiza a través de los abogados que trabajan para la Oficina Internacional, con el apoyo del Departamento de Investigaciones y Publicaciones de la Corte Permanente de Arbitraje, así como mediante la utilización de diversas bases de datos electrónicas y de la Biblioteca de Derecho Internacional del Palacio de la Paz.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de la Universidad Abat. Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P. «El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales». *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985, pp. 79-143. AUDECOUD, O. «La Cour internationale de Justice et le règlement des différends au sein des Organisations internationales». *R.G.D.I.P.*, 1977, pp. 952 y ss. BOSCO, G. «La soluzione delle controversie giuriche internazionali nel quadro delle Nazioni Unite». Padua, 1989. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros. *Curso de Derecho internacional público*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 754-760. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. *Derecho internacional público*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1989, tomo IV. MIAJA, A. «Solución pacífica de diferencias internacionales (medios políticos y arbitraje)». En *Cursos y conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales*. Madrid, 1956-57, vol. II, tomo 4, pp. 171-291.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Corte de arbitraje.

COSA JUZGADA

1. Concepto

La cosa juzgada (*res iudicata*) es el efecto procesal de inmutabilidad y no impugnabilidad de una decisión judicial. El fundamento de la cosa juzgada se encuentra en las exigencias de la seguridad jurídica y de la utilidad y eficacia de la función jurisdiccional.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) se ocupa de la cosa juzgada en dos sentidos: de la cosa juzgada formal y de la cosa juzgada material. El ámbito de la cosa juzgada formal es el proceso mismo en el que la resolución se dicta, y el de la cosa juzgada material es otro proceso distinto y posterior.

2. La cosa juzgada formal

La cosa juzgada formal se refiere al efecto que produce una resolución judicial firme en un proceso por no haber contra ella recurso alguno o, cabiendo, no se ha interpuesto (artículo 207.2 LEC), o se ha desestimado o declarado desierto. Debe recordarse que todas las decisiones judiciales adquieren firmeza en uno u otro momento. Los efectos principales que produce la cosa juzgada formal son, por tanto, la irrecorribilidad de las resoluciones y la vinculación del propio tribunal a todo lo dispuesto en ellas (art. 207.3 LEC). Todo ello, sin perjuicio, de las posibles aclaraciones y correcciones o de las eventuales subsanaciones y complementos de las resoluciones ya dictadas (art. 214 y 215 LEC).

3. La cosa juzgada material

Por otro lado, la cosa juzgada material es el efecto procesal que produce una resolución judicial consistente en una determinada fuerza de vincular a resoluciones judiciales en procesos posteriores, en relación con el fondo del asunto, esto es, en relación con la estimación o desestimación de la pretensión. Por tanto, la cosa juzgada material es únicamente predicable de sentencias definitivas de fondo, aunque ni siquiera de todas ellas, si tenemos en cuenta las excepciones previstas en la LEC a este respecto.

El fundamento de la cosa juzgada material y sus efectos lo encontramos en el conocido principio de *non bis in idem*. En relación con la función y, en consecuencia, con los efectos de la cosa juzgada material podemos distinguir una función negativa y otra positiva.

La función negativa viene prevista en el artículo 222.1 de la LEC y supone la exclusión de ulteriores procesos. No obstante, en realidad, la cosa juzgada material supone la exclusión de ulteriores fallos sobre el

fondo del asunto, pues en la práctica resulta muy difícil impedir la iniciación de nuevos procesos. Destaca aquí el pronunciamiento del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de abril de 2010 (RJ 1896\2007):

La cosa juzgada en sentido material es un vínculo de naturaleza jurídico-pública que impone a los jueces no juzgar de nuevo lo ya decidido. La función negativa de la cosa juzgada material supone, según la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1990, «un efecto preclusivo, traducido en el aforismo *no bis in idem*, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la *liscontestatio*». Así, la función negativa se traduce en el principio *no bis in idem*, esto es –según la sentencia de 24 de febrero de 2001–, «el que proclama la imposibilidad de juzgar dos veces la misma cuestión».

La función positiva es consecuencia de la negativa, en cuanto a que la sentencia anterior condiciona la segunda decisión, siempre que la primera aparezca como «antecedente lógico» de la segunda (artículo 222.4 LEC); aparece así la función prejudicial de la cosa juzgada material. La Sentencia del Alto Tribunal de 25 de mayo de 2010 (RJ 931\2005) señala a este respecto:

A) Junto al llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la sentencia firme tiene también un efecto positivo o prejudicial, que impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes.

3.1. Requisitos

Para que proceda la excepción de cosa juzgada la LEC obliga a que concurren los siguientes requisitos:

- a) *Identidad de sujetos* (aedem personae).- La identidad de sujetos supone que debe existir identidad de las partes y de la calidad en que las mismas han intervenido en el proceso anterior. Con carácter excepcional, la LEC prevé que la cosa juzgada material pueda alcanzar a terceros y a todos, en general (222.3 y 4 LEC).

En este sentido el Tribunal Supremo ha querido recordar que «no desaparece la identidad subjetiva entre los dos procesos cuando se llama al segundo a personas que no lo habían sido al primero, si ello se hace con el fin de crear una apariencia de diversidad carente de razón bastante» (STS de 17 de junio, RJ 2009\3402, entre otras).

- b) *Identidad de pretensiones* (aedem res).- Debe darse, igualmente, una completa identificación entre el suplico de la primera demanda (o reconvencción, en su caso) y el suplico de la segunda.
- c) *Identidad en los hechos que funden las pretensiones* (aedem causa petendi).- Se exige, asimismo, que exista una identidad de los hechos en que se funden las pretensiones.

En este sentido se ha pronunciado innumerables veces el Tribunal Supremo; así, por ejemplo, destaca la sentencia de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990\718) que señala:

[...] para que la presunción de cosa juzgada [...] pueda desplegar alguno de sus dos aludidos efectos, es requisito indispensable [...] y como reiteradamente tiene declarado esta Sala-Sentencias de 17 de febrero de 1984 (RJ 1984\663), 29 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5912), 24 de octubre de 1986 (RJ 1986\5953), 25 de junio de 1987 (RJ 1987\4550), 9 de mayo de 1988 (RJ 1988\4044), entre otras, que entre los dos procesos se dé una perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

3.2. Límites temporales

En relación con los límites temporales que presenta la cosa juzgada material, debe tenerse en cuenta el párrafo 2º del artículo 222.2 de la LEC que establece que la cosa juzgada material no podrá ser opuesta para impedir una resolución que vaya a fijar las consecuencias jurídicas de «hechos nuevos y distintos», en relación con el fundamento de las pretensiones de la primera resolución.

3.3. *Tratamiento procesal*

Por lo que se refiere al tratamiento procesal que recibe la cosa juzgada material en relación con su función negativa o excluyente, la cosa juzgada es una excepción de naturaleza procesal que puede ser opuesta en juicio por el demandado cuando las pretensiones del actor han sido ya resueltas en juicio anterior. En cuanto a su función positiva, la cosa juzgada tendrá que hacerse valer como un fundamento más de la pretensión o la oposición a la pretensión.

3.4. *Las particularidades que presenta la cosa juzgada material en otros órdenes jurisdiccionales*

En el ámbito penal, la cosa juzgada material carece de eficacia positiva y solamente es predicable su efecto negativo.

En el proceso contencioso-administrativo la peculiaridad de la cosa juzgada material deriva del objeto de la pretensión, que hace que el acto administrativo o la disposición impugnada, se presenten como el elemento identificador de la cosa juzgada. De modo que habrá que descartar la apreciación de la excepción de cosa juzgada cuando el acto o la disposición sobre la que se funde la pretensión, sea distinto de aquél sobre el que se fundó la resolución firme anterior, salvo que el acto o la disposición, sean meras repeticiones del que se enjuició en el primer proceso.

4. *La acción de cosa juzgada*

En determinados ordenamientos jurídicos existe la llamada acción de cosa juzgada que faculta al interesado a hacer cumplir coactivamente un derecho declarado o reconocido en resolución judicial. El titular de esta acción es aquella persona que ha obtenido una resolución favorable y la ejerce frente a la parte condenada.

5. *Perspectiva arbitral*

Desde la perspectiva arbitral, cuando se dice que el laudo tiene efectos de cosa juzgada, ello significa que produce los mismos efectos procesales de inmutabilidad y no impugnabilidad que produce una resolución judicial firme. El artículo 43 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje recoge esta importante característica, que conviene destacar que, aunque de importancia capital, no resulta esencial a la institución arbitral. La posibilidad de impugnar el laudo en vía arbitral por motivos de fondo, es perfectamente compatible con la institución arbitral, y así lo demuestra el hecho de que instituciones como la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) y la Corte Española de Arbitraje admitan dicha posibilidad en sus respectivos reglamentos.

Por su parte, en el Derecho extranjero no es extraño encontrar previstas vías de impugnación del laudo por motivos que van más allá de los defectos formales en que se hubiera podido incurrir. Así, por ejemplo, la *English Arbitration Act* de 1996, admite en su artículo 69, un limitado derecho de apelación sobre un punto legal.

(Autora: Covadonga Ballesteros Panizo. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE LA OLIVA, A. *La cosa juzgada civil, penal y contencioso-administrativa*. Madrid: Ceura, 1991. CARRERAS LLANSANA, J. *Tratamiento procesal de la excepción de la cosa juzgada en el derecho positivo español*. *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

VOCABLOS CONEXOS: Aclaración, corrección y complemento del laudo. Arbitraje. Cosa juzgada del laudo arbitral. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. Exequátur.

COSA JUZGADA DEL LAUDO ARBITRAL

Una vez el laudo arbitral ha sido dictado por el árbitro y han sido efectuadas las aclaraciones, correcciones o complemento pertinentes, éste producirá determinados efectos jurídicos, siendo la cosa juzgada uno de los principales.

El laudo arbitral resuelve sobre el fondo de la controversia planteada por las partes, y si estima la pretensión interpuesta por cualquiera de ellas, constituirá algún derecho, declarará o negará su existencia o impondrá una obligación de dar, hacer o no hacer a alguna de las partes sometidas al arbitraje. La decisión contenida en

la parte dispositiva del laudo debe ser cumplida por la parte que ha resultado condenada, y no podrá ser discutida de nuevo en otro procedimiento, ya sea judicial o arbitral, pues el laudo produce efectos de cosa juzgada.

Si el arbitraje pretende ser una alternativa a la solución jurisdiccional de las controversias, resulta imprescindible que tenga la misma fuerza que las sentencias judiciales. Si a ello unimos que el laudo es un título ejecutivo, podemos afirmar que la eficacia de cosa juzgada de una sentencia judicial y la de un laudo arbitral son jurídicamente iguales operando con el mismo alcance y eficacia. Por tanto, será de aplicación al laudo firme la doctrina procesal existente respecto a la cosa juzgada de las sentencias judiciales.

La cosa juzgada es una institución eminentemente procesal, habida cuenta, según ha tenido ocasión de señalar la doctrina clásica, de que la inmutabilidad directa de un fallo no innova nada en el cuadro de situaciones jurídico-materiales a que puede referirse, sino que repercute únicamente en la imposibilidad de abrir nuevas o ulteriores situaciones procesales. En sintonía con su naturaleza, su regulación la hallamos en las leyes procesales civiles de los diferentes ordenamientos.

La eficacia de la cosa juzgada encuentra su fundamento en la imposibilidad de impugnar indefinidamente el contenido de los laudos, logrando así poner término de manera irrevocable a las cuestiones litigiosas planteadas en cada proceso arbitral. De no establecerse limitación temporal alguna, muy dificultosamente podría estimarse culminada, a partir de un determinado momento, la satisfacción de las pretensiones estimadas o, en su caso, desestimadas. El cimiento de esta institución hay que encontrarlo de este modo en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de que las pretensiones planteadas ante los tribunales, ya sean arbitrales o judiciales, van a ser resueltas de forma definitiva, sin poder reabrirse indefinidamente, salvo en los supuestos admitidos por ley de manera taxativa.

Podemos distinguir, como tradicionalmente ha hecho y sigue haciendo la doctrina, dos tipos de cosa juzgada: la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material –no obstante, esta distinción no es aceptada por todos–. La diferencia fundamental entre una y otra, estriba en el ámbito en que despliegan sus efectos, porque la cosa juzgada formal produce sus efectos en el mismo proceso en que se dicta la resolución, mientras que la cosa juzgada material se refiere a los efectos que produce la resolución en procesos distintos de aquél en el que se dictó, de ahí que sean predicables de resoluciones diferentes. La cosa juzgada formal la producen todas las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso, menos la última, mientras que la cosa juzgada material la produce únicamente el laudo que se pronuncia sobre el fondo del asunto. Veamos cada una de ellas:

1. *Cosa juzgada formal*

La cosa juzgada formal en el arbitraje es un efecto interno de las resoluciones arbitrales que se proyecta sobre el mismo proceso en el que éstas se dictan, por lo que despliega sus efectos únicamente dentro del proceso arbitral y se predica de todas las resoluciones que en él se pronuncien, menos de las que ponen fin al mismo. En este sentido, las decisiones que adopten los árbitros, vincularán a los mismos en cualquier actuación que pueda producirse con posterioridad en el proceso arbitral y a *sensu contrario*, ni los árbitros ni las partes podrán desconocer las decisiones que se han adoptado previamente. En definitiva, cualquier resolución arbitral es inamovible respecto de los árbitros que la dictaron, quienes no pueden modificarla ni siquiera cuando estén convencidos de que es errónea o injusta. El fundamento o razón de ser de la cosa juzgada formal, lo hallamos en la seguridad jurídica, así como en la necesidad de que el proceso se desarrolle ordenadamente.

Que el árbitro quede vinculado por su propia decisión y en la continuación del proceso, significa tanto que no podrá dictar una resolución que resuelva en sentido contrario a lo previsto en una resolución previa con fuerza de cosa juzgada, como que todas las resoluciones posteriores deben partir de lo resuelto en las anteriores con fuerza de cosa juzgada, y en este mismo sentido, las partes no podrán solicitar en el desarrollo posterior del proceso, ninguna decisión arbitral que niegue tales efectos.

La cosa juzgada formal constituye el antecedente lógico de la cosa juzgada material.

2. *Cosa juzgada material*

La cosa juzgada material representa la inatacabilidad del laudo que se ha dictado y responde también a la seguridad jurídica, tratando de impedir que en un proceso posterior sobre el objeto ya decidido y sobre las mismas personas, se dicte un fallo contradictorio, ya sea judicial o arbitral. Presenta efectos fuera del proceso y no dentro de él como sucedía con la cosa juzgada formal, sino en un eventual proceso posterior. En esta ocasión, nos referimos a los laudos que resuelven sobre el fondo del litigio y no a las resoluciones arbitrales que se abstienen de entrar a conocer el fondo de la controversia.

La cosa juzgada material del laudo implica dos funciones, una negativa y otra positiva consecuencia de la anterior. La primera de ellas es la función excluyente del laudo, que impide otro pronunciamiento posterior sobre lo ya resuelto en el mismo. En definitiva, se trata de evitar una decisión, bien sea judicial bien sea arbitral, sobre idéntica pretensión, imposibilitando someter de nuevo a la consideración judicial o arbitral la misma materia que fue objeto de un proceso arbitral anterior, lo que tradicionalmente se ha llamado *non bis in idem* (no volver de nuevo sobre la misma cosa).

En principio, esta función, teóricamente, debería impedir que un proceso sobre la misma pretensión se iniciara, pero las dificultades prácticas que plantea, determinan que la función negativa de la cosa juzgada se dirija, fundamentalmente, a impedir, no ya el inicio de un nuevo proceso, sino que se dicte en él sentencia o laudo arbitral sobre el fondo del asunto. De esta forma, el tribunal judicial o arbitral tendrá la obligación de no resolver.

Por su parte, la función positiva es la función prejudicial que condiciona al juez o árbitro que resuelve una controversia conexa con la resuelta por el árbitro con anterioridad, a fallar en el mismo sentido que este último y evitar pronunciamientos contradictorios.

Se trata de la vinculación del juez o árbitro de un segundo proceso a lo decidido en el primero. De modo que nos encontramos ante la obligación de ajustarse a lo actuado cuando deba decidirse sobre una relación respecto a la que un laudo anterior es condicionante o prejudicial. Por tanto, en este momento la cosa juzgada no excluye una resolución posterior, sino que la determina. Se trata de evitar resoluciones contradictorias cuando lo ya decidido entra en el supuesto fáctico de lo que se debe decidir. Esta función positiva es consecuencia del efecto negativo de la cosa juzgada e implica el deber de ajustarse a lo juzgado o decidido por el árbitro. En definitiva, no opera aquí como excluyente de la resolución de fondo posterior, sino que condiciona la segunda decisión, por eso se habla de función prejudicial.

Las leyes arbitrales de los diferentes ordenamientos jurídicos (art. 43 Ley Arbitral española, art. 1476; Código Procesal Civil francés, etc.) declaran la eficacia de la cosa juzgada desde el mismo momento en el que se pronuncia el laudo y se notifica a las partes, sin perjuicio de la aclaración, complemento, rectificación o corrección del laudo que pueda llegar a suscitarse si alguna de las partes lo solicita (a partir de ahora, cuando hablemos de cosa juzgada, nos referiremos a la cosa juzgada material).

Ello se debe a que en el arbitraje no hay una segunda instancia; y, por tanto, la resolución arbitral es firme desde el mismo momento en que se dicta, careciendo de sentido la distinción entre laudo firme y laudo definitivo –a diferencia de lo que ocurre en sede judicial con las sentencias firmes y las definitivas–. No obstante, esta cuestión no ha estado exenta de polémica entre la doctrina.

En sintonía con lo dicho, el laudo arbitral que produce cosa juzgada es el laudo definitivo y firme, produciendo tal efecto desde que se dicta. La cosa juzgada también es predicable del laudo conciliatorio, puesto que estos laudos tienen la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. Respecto a los laudos parciales –recordamos la posibilidad a los árbitros de dictar laudos sobre una parte de la controversia– también debe atribuirseles dicha eficacia. Sin embargo, no producirán efecto de cosa juzgada las decisiones que ponen fin al proceso de una manera anormal, quedando el objeto del litigio imprejuzgado, como sucede en los supuestos de desistimiento.

La vinculación que supone la cosa juzgada exige una serie de identidades entre el primer proceso en el que se decide la controversia, y el segundo proceso, en el que se excepciona el efecto de cosa juzgada. Al respecto, debemos señalar que son requisitos imprescindibles para que un proceso posterior quede excluido por la cosa juzgada del proceso anterior en el tiempo que: (1) exista una identidad entre los sujetos de la controversia, (2) se solicite lo mismo, es decir, coincida el *petitum*; y, por último, (3) sea la misma la causa de pedir.

- (1) *Mismos sujetos*.– Debe existir identidad de los sujetos de la controversia; es decir, tanto de la parte demandante como de la parte demandada, que intervinieron en el primer proceso, y que con posterioridad lo hacen en un segundo proceso. Además, deben intervenir en tales procesos en la misma calidad. Debemos tener en cuenta que también hay identidad de sujetos cuando se permite por ley que la cosa juzgada afecte a determinados terceros, que si bien no fueron parte en el proceso, sí pudieron serlo, pero por determinadas circunstancias no lo fueron; entre ellos destacamos, los herederos y causahabientes como consecuencia de una sucesión en la situación jurídica de quienes litigaron; los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes en el arbitraje, etc.

- (2) *Mismo petitum*.- Debe coincidir lo que piden las partes en el nuevo proceso, con lo que solicitaron en el proceso arbitral anterior. Para ello, atenderemos a las pretensiones de la demanda y del demandante, así como a la reconvencción que pueda interponerse, en su caso. Al igual que ocurre en el proceso judicial, las pretensiones de las partes pueden ser de condena, meramente declarativas y constitutivas.
- (3) *Misma causa de pedir*.- La causa de la pretensión, es decir, los hechos jurídicamente relevantes para fundamentar la misma. Resulta clave en aquellos supuestos en los que las mismas partes presentan la misma petición, pero fundada en una causa de pedir distinta, porque la causa de pedir o *causa petendi*, debe incluirse igualmente en lo juzgado. Se consideran hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las pretensiones de las partes, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que se formularon, es decir, los que no se hayan incorporado a las alegaciones de las partes en el arbitraje.

La cosa juzgada existe indefinidamente en el tiempo, nunca desaparece. Sin embargo, la relación jurídica sobre la que se predica, sí puede modificarse con el paso del tiempo, pudiendo aparecer o surgir, por ejemplo, una nueva *causa petendi* que provoque la existencia de un nuevo proceso entre las mismas partes y sobre la misma pretensión que los árbitros deban resolver.

Si una de las partes de la controversia acudiera a un segundo proceso arbitral con la misma pretensión ante la insatisfacción de la resolución por el tribunal arbitral anterior, debe ser la otra parte, es decir, la parte demandada en el nuevo proceso, la que alegue que dicha controversia ya se ha resuelto previamente; y, por tanto, será ésta quien deba excepcionar la cosa juzgada. Ello no impide que los propios árbitros *ex officio*, puedan hacerlo. El efecto de cosa juzgada se alegará como excepción al arbitraje como muy tarde en el momento de presentar la contestación a la demanda. Los árbitros deben resolver lo antes posible, y con ello, evitar un nuevo proceso que llevaría a la nada, aunque no se impide que lo decidan en el laudo final, cuando se decida la cuestión principal. En todo caso, la decisión del árbitro en la que resuelve acerca de la excepción alegada de cosa juzgada, no es recurrible, cabiendo únicamente la posibilidad de plantear la acción de anulación por motivos de control formal.

Los dos medios de impugnación del efecto de cosa juzgada del laudo arbitral, son la acción de anulación y la de revisión del laudo. La Ley Modelo Uncitral no contempla expresamente la cosa juzgada del laudo, sino que se limita en su art. 34, a regular la acción de anulación de éste.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora de Derecho Procesal de la Universitat de València. Personal investigador Ramón y Cajal).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. AA.VV. BARONA VILAR, S. (coord.). Madrid: Thomson Civitas, 2011. TORIBIOS FUENTES, F. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. AA.VV. MATEO SANZ, J. (coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional II. Procesal Civil* (junto a GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y MONTÓN REDONDO). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. NIEVA FENOLL, J. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006. DAMIÁN MORENO, J. *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*. Madrid: La Ley, 2011. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2011.

VOCABLOS CONEXOS: Cosa juzgada. Laudo. Laudo conciliatorio. Laudo parcial. Ley Modelo Uncitral. Acción de nulidad. Prejudicialidad. Reconvencción. Revisión del laudo. *Non bis in idem*.

COSTAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Se definen como aquellos gastos procesales que obligatoriamente han de satisfacer los litigantes, o más ampliamente, las partes en el procedimiento o proceso, a la otra, cuando se ha decidido por el juez o tribunal competente la condena en costas a favor de una a otra, y que no sólo incluyen los gastos de defensa jurídica o representación, sino también aquéllos como la inserción de anuncios o edictos obligatorios durante el procedimiento, los derechos de los peritos y abonos que tengan que hacerse a personas que hayan intervenido en el proceso, copias y certificaciones de documentos y otros derechos arancelarios.

En materia arbitral, el art. 37.6 de la Ley de Arbitraje (LA) española, señala que las costas incluirán los honorarios y gastos de los árbitros; y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

Ahora bien, durante la tramitación del procedimiento pueden surgir una serie de cuestiones derivadas de la colaboración judicial, que pueden dar lugar al devengo de una serie de costas, como pueden ser en el auxilio judicial en la práctica de la prueba, a través de la citación o declaración de un testigo, o la adopción de medidas cautelares, en cuyo caso las costas que se impongan, se regularán conforme a lo previsto en los arts. 735 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Otro aspecto relevante en materia de costas dentro del arbitraje, consiste en determinar si se aplica el principio del vencimiento objetivo; es decir, que la parte que vea desestimadas sus pretensiones pechará con la obligación de atender las mismas, o si por el contrario resulta de aplicación otro diferente.

El art. 37.6 LA prevé que los árbitros se pronunciarán en materia de costas conforme a lo acordado por las partes o, en su defecto, conforme a las reglas contenidas en los reglamentos de las instituciones que administren el arbitraje. No obstante, en caso de ausencia de regulación parece lógico pensar que cada parte asumirá las causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que se aprecie mala fe.

En España, al menos en materia arbitral, parece no regir el principio del vencimiento objetivo, sí aplicable respecto de la acción de anulación del laudo, lo que sin duda hace menos atractivo el procedimiento, en especial por la cuantía de las costas, por cuanto, en primer lugar, rige la voluntad de las partes; y, en caso de arbitraje administrado, las normas que los reglamentos de las instituciones arbitrales señalen.

(Autor: Vicente Roldán Martínez. Socio-Abogado Sigma Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVET BOTELLA, J. y otros. «Las costas arbitrales en la ley de arbitraje». En MAGRO SERVET, Vicente. *Guía práctica y casuística de las costas procesales en el proceso civil*. Madrid: La Ley, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Laudo. Procedimiento arbitral. Provisión de fondos.

COSTUMBRE INTERNACIONAL

La costumbre internacional es uno de los procedimientos de creación de normas internacionales y ocupa, en el ordenamiento jurídico internacional, un lugar muy relevante. La costumbre internacional, a diferencia de la costumbre en los ordenamientos jurídicos internos, no ha sido desplazada de manera significativa por otros procedimientos de creación de normas como serían, en nuestro caso, los tratados, de tal manera que buena parte de las relaciones entre los sujetos de Derecho internacional, se rigen por normas de naturaleza y contenido consuetudinarios. Estamos, no obstante, en presencia de un modo no institucionalizado y espontáneo de formación del derecho que se caracteriza, sobre todo, porque se adapta muy bien al medio en el que opera: una sociedad internacional universal y heterogénea, dotada de una gran complejidad, y porque presenta un carácter espontáneo que se corresponde muy bien con la evolución que experimenta esta sociedad.

El art. 38 del *Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia*, adoptado en 1945, recoge y menciona explícitamente entre las fuentes del Derecho internacional, «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho», de tal manera que, tradicionalmente, se ha venido entendiendo que, tanto la costumbre como los tratados, a la luz del citado precepto y de la práctica de los Estados, serían los principales procedimientos de creación de normas en el ordenamiento jurídico internacional. Ahora bien, mientras que los tratados encuentran su fundamento último en la voluntad de las partes, expresada a través del principio *pacta sunt servanda*, se viene discutiendo cuál sería el fundamento de la costumbre internacional.

Para la *doctrina del acuerdo tácito*, en la medida en que todo el ordenamiento jurídico internacional, es resultado del consentimiento de los Estados, también la costumbre es la consecuencia de un acuerdo tácito entre éstos. Con ello, sólo aquellos Estados que han prestado su consentimiento a la formación de la norma consuetudinaria, quedarían vinculados por ésta, con lo que no sería oponible a aquéllos que no participaron en su formación. Esta doctrina encuentra apoyo jurisprudencial en el asunto *Lotus*, en el que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó, en 1927, que «las reglas del Derecho que vinculan a los Estados, proceden de la voluntad de éstos, voluntad que se manifiesta en convenios o en usos aceptados generalmente, y que consagran principios de derecho».

Para la *doctrina de la formación espontánea del Derecho consuetudinario*, lo que importa es la existencia de una conciencia jurídica colectiva, de los sujetos del Derecho internacional, en torno a una determinada necesidad social, lo que da lugar al surgimiento y formación de la costumbre. De esta manera, las normas consuetudinarias de alcance universal producen efectos *erga omnes* y quedan vinculados por ellas, no sólo aquellos

Estados que participaron en su proceso de conformación, sino, sobre todo, cuando se trata de normas de *ius cogens*, el conjunto de los Estados de la comunidad internacional.

La costumbre, en el ordenamiento internacional, tendría, a nuestro juicio, un especial valor, de tal manera que, más allá de las cuestiones de jerarquía, la existencia de normas consuetudinarias en determinado sector del ordenamiento jurídico internacional, incorpora la tendencia a la aplicación de las mismas y a tener en cuenta su contenido y efectos. Ahora bien, entre los aspectos más destacables de la costumbre internacional, como procedimiento de creación de normas jurídicas internacionales, podemos resaltar los siguientes:

1. *Los elementos de la costumbre internacional.*- Para que surja una norma consuetudinaria, se debe dar simultáneamente la existencia de dos elementos: un *elemento material*, constituido por una práctica que ha de ser general, constante y uniforme; y un *elemento formal o espiritual* conformado por la *opinio iuris sive necessitatis*.

Por lo que se refiere al elemento material, *la práctica* de los sujetos del Derecho internacional que está en la base de las normas consuetudinarias, ésta incluye todo tipo de actos y comportamientos por parte de estos sujetos, y pueden ser tanto comportamientos activos como pasivos, positivos como negativos, físicos o verbales y pueden emanar de cualquier órgano del Estado (legislativo, ejecutivo o judicial) o de una organización internacional u otros entes con personalidad jurídica internacional. Ahora bien, para que esta práctica sea tenida en cuenta a los efectos de conformar la costumbre internacional, es necesario que sea:

- *General*, es decir, que la mayoría de los Estados adopten actos o tengan comportamientos sobre esa materia que vayan dando forma y contenido a la norma consuetudinaria. Los comportamientos que dan lugar al surgimiento de la norma consuetudinaria deben ser adoptados *por la generalidad* de los Estados, lo que no significa que se requiera la aceptación unánime de los miembros que componen la comunidad internacional, en el caso de las costumbres de alcance universal. Es importante subrayar en este punto que, dentro de ese conjunto mayoritario de sujetos de Derecho internacional que siguen un determinado comportamiento, debe encontrarse el de los especialmente interesados o afectados, en función de la materia de que se trate.
- *Constante*.- La costumbre surge por una repetición de actos y comportamientos, es decir, que la práctica debe desarrollarse durante un lapso de tiempo para que cristalice una norma consuetudinaria. En función del sector del ordenamiento jurídico internacional o de la materia, varía el tiempo que se precisa para que se pueda estimar una práctica constante.
- *Uniforme*.- Las posiciones de los sujetos de Derecho internacional, a través de la práctica deben producirse en una determinada dirección, sin que se produzcan significativas variaciones en su comportamiento, es decir, la práctica debe ser sustancialmente uniforme.

Por lo que concierne *al elemento espiritual*, debe darse, para que surja una norma consuetudinaria, la *opinio iuris*; es decir, en la práctica de los sujetos de Derecho internacional debe habitar la convicción de que es derecho; la convicción de la existencia de un deber jurídico; la práctica resulta obligatoria en función de la existencia de una norma jurídica. Con ello, los Estados y demás sujetos expresan su convicción de que ajustan su comportamiento a lo que establece el ordenamiento jurídico internacional.

Como se indicó por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, en 1969: «la práctica de los Estados, incluidos aquéllos que están especialmente interesados [...] frecuentemente y sustancialmente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que se haya manifestado de forma que permite establecer un reconocimiento general de que se halla presente una norma de obligación jurídica».

2. *Clases de costumbre internacional y prueba.*- En la realidad de la normativa internacional, podemos distinguir tres tipos de costumbre en función de su alcance:
 - *Las costumbres universales.*- Se trata de aquéllas que vinculan al conjunto de los Estados y sujetos del ordenamiento jurídico internacional, y en cuya formación participa la generalidad de la comunidad internacional.
 - *Las costumbres regionales.*- Son aquéllas que obligan a los Estados y otros sujetos que pertenecen a una determinada región en la que se ha conformado una costumbre de ese tipo.

- *Las costumbres locales o bilaterales.*- Son aquéllas que obligan a dos o más Estados en sus relaciones mutuas, a través de una práctica muy puntual y limitada.

Para demostrar la existencia o no de una norma consuetudinaria, habrá que tener en cuenta que en el caso de las costumbres universales o generales, el Estado o sujeto de Derecho internacional que niegue la existencia de la norma consuetudinaria universal le corresponderá la carga de la prueba, mientras que en las costumbres regionales y bilaterales corresponderá a quien alegue la existencia de una norma consuetudinaria demostrar su existencia, correspondiéndole la carga de la prueba.

(Autores: Cástor Miguel Díaz Barrado y Sagrario Morán Blanco.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ABI-SAAB, G. *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*. Milán: Studi R. Ago, 1987, tomo I, pp. 53-66. BARBERIS, J.A. *La coutume est-elle une source de Droit International?* París: *Mélanges M. Virally*, 1991, pp. 43 y ss. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. «Customary International Law and the Conference in the Law of the Sea». *Essays M. Lachs*. La Haya, 1984, pp. 575-586. LLANOS MANSILLA, H. «La costumbre ante la Corte Internacional de Justicia». *Anuario Argentino de D.I.*, 1996, pp. 33-54. DUPUY, P.M. «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain». *Homenaje Jiménez de Aréchaga*. Montevideo, 1994, pp. 51-68. MILLAN MORO, L. *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1990. PEÑARANDA, A. *La costumbre en el Derecho Internacional*. Madrid, 1988. POCH Y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, A. «Breve nota sobre la actualidad jurídica de la costumbre internacional». *Homenaje a Díez de Velasco*. Op. cit., pp. 605-608.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje de inversiones. Fuentes del Derecho arbitral. Trato justo y equitativo en arbitraje de inversiones.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO (EN ARBITRAJE DE INVERSIONES)

1. Introducción

Los tribunales cuentan con amplia discreción para determinar el monto que corresponde otorgar en calidad de indemnización por la vulneración a garantías de inversión. Algunos tribunales han comentado al respecto, por ejemplo, en *S.D. Myers*, el tribunal comentó que al no haber identificado una metodología particular para determinar los daños en los casos que no involucren expropiación, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte («Tlcán»), permite a los tribunales determinar el monto de la compensación según las circunstancias, considerando los principios de Derecho internacional y las disposiciones del tratado. (*S.D. Myers*, pár. 309). Este margen de discreción es, incluso, más amplio cuando se está cuantificando el daño moral. RIPINSKY y WILLIAMS han comentado que «dada la naturaleza subjetiva de la valuación de la mayoría de tipos de daño moral, los árbitros parecen gozar de una discreción casi absoluta para determinar el monto de los daños morales». (Traducción libre) (RIPINSKY y WILLIAMS, p. 312).

El hecho de contar con un margen de discrecionalidad significativo en este ámbito, no implica que los tribunales no deban explicar cómo han llegado al monto de la indemnización que han decidido otorgar. Por el contrario, como explican WÄLDE y SABAHI, hoy en día se espera que los tribunales de inversión expliquen la cuantificación de los daños de manera cuidadosa y con cierto nivel de detalle. (WÄLDE y SABAHI, p. 1062).

La manera de cuantificar los daños en un arbitraje de inversiones dependerá del daño o perjuicio sufrido por el inversionista en cada caso. En algunos casos es relativamente sencillo determinar qué es lo que se está cuantificando o valorizando. Ante una expropiación, por ejemplo, se busca determinar el valor del activo o la empresa expropiada. En otras ocasiones, el inversionista puede haber sufrido una pérdida parcial de sus activos, pero ello puede, igualmente, haber causado la destrucción total de su inversión. Así, el tribunal en *APP vs. Sri Lanka* consideró que el inversionista había sufrido la «pérdida total» de su inversión, debido a la destrucción de una parte sustancial de los activos de la empresa que la dejó sin negocio. (*APP vs. Sri Lanka*, pár. 99). En estos casos, los tribunales buscan calcular el valor de la inversión en la fecha de valuación.

En otros casos, el daño a ser reparado puede ser más puntual. En *Feldman vs. México* el tribunal determinó que el Estado había discriminado al inversionista vulnerando la garantía de trato nacional contenida en el Tlcán, en relación con el trato otorgado respecto de devoluciones impositivas vinculadas a la exportación de cigarros. El tribunal consideró que debía ordenar «una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido» y otorgó una indemnización equivalente a las devoluciones impositivas que habían sido denegadas de manera discriminatoria. (*Feldman vs. México*, párrs. 194, 202-206).

De manera similar, el tribunal de *Petrobart vs. Kirguistán* también ordenó una indemnización limitada al perjuicio puntual sufrido por el inversionista. En este caso, se determinó que la reestructuración del sistema de suministro de petróleo y gas en el país, constituía una violación a las garantías de trato justo y equitativo y de medios efectivos de presentar reclamos, contenidas en el tratado aplicable. Esta reestructuración había incluido la transferencia de una serie de activos de una empresa de propiedad del Estado, de la cual el inversionista era acreedor; y, por lo tanto, se había perjudicado ante la pérdida de activos. El tribunal otorgó una indemnización equivalente a lo que hubiese podido recuperar el inversionista de su acreedor sin la intervención del Estado, considerada violatoria del tratado. (*Petrobart vs. Kirguistán*, pp. 85-86).

Al calcular el valor de la inversión, los tribunales se refieren usualmente al «valor de mercado» o «valor justo de mercado». Los Lineamientos del Banco Mundial sobre Trato a la Inversión Extranjera Directa describen el «valor de mercado» como aquel monto que un comprador dispuesto pagaría normalmente a un vendedor dispuesto por ese activo, dadas las circunstancias y características específicas del activo. (*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investors*, Sección iv.5) Usualmente, este valor no puede determinarse con precisión, ya que, en la gran mayoría de los casos, no existe un «mercado» para la inversión afectada. Es así que los tribunales buscan aproximarse a este «valor de mercado» con diversos métodos. A continuación, describiremos los métodos más usados por los tribunales de inversión.

2. Métodos de cuantificación de daños

En general, los métodos para calcular el valor de una inversión o de un activo, pueden dividirse en tres grupos: (i) algunos métodos se basan en el costo de los activos; (ii) otros, están basados en el mercado; y (iii) finalmente, otros métodos se basan en la capacidad de generación de ingresos.

Los métodos basados en los activos son los más tradicionales. Estos métodos toman en cuenta el valor de todos los activos que forman parte de la empresa, usualmente, en base a información contable histórica. Por ejemplo, el valor en libros se determina a partir de los activos y pasivos registrados en los estados financieros de la empresa. En algunos casos, los tribunales han tomado el valor en libros como punto de referencia, y le han aplicado ciertos ajustes. En *Siemens vs. Argentina*, el tribunal consideró que, debido a que la inversión se había realizado recientemente, el valor en libros era una manera adecuada de determinar el valor de mercado. Al realizar el cálculo, el tribunal aplicó varios ajustes al valor en libros para determinar el monto de la indemnización. (*Siemens vs. Argentina*, párs. 355, 368, 373-375).

Otros dos métodos basados en los activos, son el valor de remplazo y el valor de liquidación. Con el valor de remplazo se busca determinar lo que costaría obtener un activo igual al activo que se está valorizando (de la misma clase, utilidad y en las mismas condiciones). Este método ha sido considerado apropiado cuando se han destruido o perdido activos específicos, como equipos petroleros, por ejemplo. (Ver, *Petrolane vs. Irán*, párrs. 105-108; ver también *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investors*, Sección iv.6(iii)) El valor de liquidación consiste en el valor que se obtendría al vender cada uno de los activos de la empresa y pagar sus pasivos. Es el mínimo valor que se le puede otorgar a una empresa o a un activo, y puede servir como punto de referencia para un tribunal para determinar el límite más bajo de una indemnización.

Algunos opinan que estos métodos, al poner el énfasis en los gastos incurridos y no en la capacidad de los activos para generar ingresos, con frecuencia no reflejan de manera adecuada el valor de un activo o una empresa en el mercado. El tribunal de *Enron vs. Argentina* se negó a aplicar el valor en libros y comentó que este método «no incorpora el futuro desempeño esperado de la empresa». (*Enron vs. Argentina*, pár. 382). Por otro lado, estos métodos tienen la ventaja de ser más objetivos y sencillos que otros métodos al presentar cifras históricas usadas para otros propósitos (contables y tributarios). Por ello, pueden ser usados cuando no hay información suficiente para aplicar los otros métodos de manera fiable o cuando la empresa no tiene un valor como negocio en marcha, más allá del valor de sus activos.

Los métodos basados en el mercado buscan información relevante en el mercado, y calculan el valor de la empresa o los activos mediante procesos de comparación. Para realizar el cálculo, se toma información del mercado sobre la empresa que se intenta valorizar o de empresas «comparables»; es decir, empresas que por tener características similares a la cual se está valorizando, pueden ser tomadas en cuenta como punto de referencia. Luego, cuando es necesario, se realizan ciertos ajustes para lograr que la valorización refleje las circunstancias particulares de la empresa bajo análisis, al momento de la valuación.

En algunos casos, es posible encontrar información de mercado sobre la empresa que se busca valorizar. Por ejemplo, cuando una empresa cotiza en bolsa u otros mecanismos centralizados, se puede calcular su valor sobre la base del precio de sus acciones en el mercado. Los tribunales de inversión han tomado los precios de

las acciones de la empresa afectada como un punto de referencia importante, pero no suelen basar la cuantificación del daño exclusivamente en esta información. En *Enron vs. Argentina* se usó el valor de las acciones como referencia para verificar el resultado de otro método. (*Enron vs. Argentina*, párrs. 424-28, 437). También se puede valorizar una empresa sobre la base de montos pagados u ofrecidos en transacciones pasadas sobre la empresa, o parte de la misma. El tribunal en *CME* tomó en cuenta, para el cálculo de los daños, el precio ofrecido por un comprador, aproximadamente, seis meses antes de la expropiación. (*CME*, párr. 514). En *Tecmed* se consideró el precio pagado por el inversionista, al adquirir la inversión mediante un concurso público, dos años antes de la fecha de valuación. (*Tecmed*, párr. 191).

Adicionalmente, se puede tomar como base la información de empresas comparables. El tribunal en *Siag vs. Egipto* se basó en transacciones comparables para valorizar la inversión del inversionista. (*Siag vs. Egipto*, párrs. 572-576). Un método aceptado que toma como base la información de empresas comparables, es el método de los múltiplos, el cual determina el valor de una empresa tomando indicadores de los resultados de la empresa y aplicándoles un factor. Para determinar ese factor, se usa la información disponible de empresas comparables. Por ejemplo, se encuentra la relación entre las ganancias (usando un indicador como el Ebitda) y el precio (el valor de sus acciones) de empresas comparables. Luego, se aplica ese factor al indicador disponible de ganancias de la empresa que se está valorizando. Este método ha sido aplicado por los tribunales de inversión en pocas oportunidades. En *CME* se explicó que la oferta realizada por un potencial comprador había estado basada en el método de los múltiplos, pero el tribunal no acogió directamente este método. (*CME*, párr. 166) En *CMS vs. Argentina*, el uso de información de otras empresas del rubro como «comparables» fue rechazado por el tribunal, considerando las circunstancias del caso. (*CMS*, párr. 412).

Una de las principales limitaciones de estos métodos, es que en algunos casos puede ser difícil encontrar empresas o proyectos comparables al que se intenta valorizar. Otra limitación importante es la disponibilidad de suficiente información de mercado. Por ello, los tribunales deberán evaluar en cada caso si se cuenta con información suficiente, y si se han hecho los ajustes apropiados, para poder adoptar una valuación realizada según un método de mercado.

Los métodos basados en los ingresos buscan reflejar el potencial de una empresa para generar ingresos en el futuro, considerando que el mercado valorizará un negocio en marcha en base a estos potenciales ingresos futuros. Estos métodos son usados frecuentemente en transacciones financieras. La principal dificultad para aplicar estos métodos consiste en poder predecir de manera confiable los ingresos futuros de una empresa sobre la base de la información disponible.

Uno de los métodos basados en los ingresos más aceptados para valorizar negocios en marcha, es el método de descuento de flujos de caja («DFC»). El DFC consiste en determinar el valor presente neto de los ingresos futuros de un negocio en marcha. Para determinar este valor, primero se estiman los flujos de caja futuros por un tiempo determinado; luego, éstos se llevan al valor presente, aplicando un factor de descuento. Este factor de descuento debe reflejar el valor del dinero en el tiempo (un dólar hoy vale más que un dólar mañana) y contener una prima por el riesgo del negocio. Adicionalmente, si fuese necesario, se estima el valor final de la empresa luego del período usado para la proyección de los flujos futuros. Estos valores se suman y se deduce el costo de la deuda, para determinar el valor que estaría disponible para los inversionistas.

El factor de descuento es un elemento importante porque el resultado del cálculo es muy sensible a variaciones en este factor, especialmente cuando se aplica a proyectos de largo plazo. Como explica KANTOR, el factor de descuento busca establecer la tasa de retorno mínima que un tercero razonable esperaría como condición para realizar la inversión en la fecha de valuación (KANTOR, p. 140). Este factor debe tomar en cuenta la tasa libre de riesgo y además reflejar varios tipos de riesgo (como el riesgo sistémico y los riesgos particulares asociados a la empresa en cuestión).

Para aplicar el DFC en la práctica, es necesario estimar el flujo de caja futuro de la empresa, adoptando una serie de presupuestos respecto de eventos o circunstancias futuras (como precios, tipo de cambio, etc.). Por ello, se dice que este método puede ser especulativo. Con frecuencia ambas partes en un arbitraje presentan cálculos aplicando el DFC con resultados muy diferentes, debido a que se basan en distintos presupuestos. En estos casos, el tribunal deberá identificar las distintas variables y analizar la razonabilidad de los presupuestos para poder verificar cuál resultado es más apropiado para el caso.

El método de DFC ha sido generalmente aceptado por los tribunales de inversión. El tribunal en *ADC vs. Hungría*, aplicó el DFC para determinar el valor de mercado de una concesión para operar dos aeropuertos. (*ADC. Hungría*, párrs. 506-507, 514) Varios otros tribunales también han aplicado este método. (Ver,

por ejemplo, *CMS*, párrs. 411-417; *Enron*, párr. 404; *Sempra*, párrs. 407, 416; *Cargill vs. México*, párrs. 444-447; *Lemire vs. Ucrania*, párrs. 253-255; *Occidental Petroleum vs. Ecuador*, párrs. 708-709).

En algunos casos se ha rechazado la aplicación del DFC, principalmente, cuando no se ha podido demostrar que el proyecto era un negocio rentable o cuando éste no contaba con utilidades históricas suficientes. En *Metalclad* el tribunal descartó este método explicando que «el confinamiento nunca estuvo en funcionamiento y cualquier laudo basado en ganancias futuras sería completamente especulativo» (*Metalclad* párr. 121). De manera similar, en *Wena* el tribunal rechazó el cálculo de DFC, considerando que el proyecto hotelero había sido operado por un tiempo muy corto, y además no había certeza de que el inversionista hubiese tenido fondos suficientes para financiar la renovación y las operaciones del hotel. (*Wena*, párrs. 123-124) En un caso reciente, el tribunal consideró que este método no era apropiado para un negocio que no había entrado en operación y respecto del cual no se había demostrado la base para proyectar sus flujos futuros. (*Arif vs. Moldova*, párr. 576). En *Vivendi*, el tribunal reconoció que en principio el DFC era un método aceptable, pero en ese caso la demandante no había podido demostrar que el negocio hubiese sido rentable (*Vivendi*, párrs. 8.3.3-8.3.5). Es interesante notar que el tribunal de *Vivendi* consideró que era necesario demostrar que el proyecto era rentable, pero reconoció que ello podría lograrse de varias maneras y no únicamente con referencia a utilidades pasadas o históricas (*Vivendi*, párrs. 8.3.8 y 8.3.10). En *CMS*, por su parte, el tribunal consideró que las técnicas del DFC «han sido adoptadas universalmente por numerosos tribunales arbitrales» y determinó que correspondía aplicarlo en este caso porque la empresa era un negocio en marcha, se contaba con información adecuada y, adicionalmente, los expertos de ambas partes coincidían en que era el método apropiado. (*CMS*, párrs. 416-417).

3. Costos hundidos

Varios tribunales de inversión han calculado la indemnización por daños y perjuicios sobre la base de los costos hundidos del inversionista; es decir, la cantidad invertida en el proyecto. (Ver, por ejemplo, *Metalclad*, párr. 122; *Wena*, párr. 125; *Vivendi*, párrs. 8.3.13, 8.3.17-8.3.20). Para llegar a este valor, se toma en cuenta no solamente el costo de los activos, sino todos los gastos incurridos para desarrollar el proyecto. Por eso, aunque para determinar el monto invertido se puede tomar como base uno de los métodos basados en los activos, este cálculo usualmente considera otros factores y no toma en cuenta algunos conceptos contables como la depreciación de los activos.

La principal limitación de adoptar esta perspectiva, es que el monto invertido en un proyecto, no necesariamente refleja su valor de mercado. Un negocio exitoso, precisamente, tendrá un valor de mercado más alto que la suma de los gastos incurridos para desarrollarlo, debido a su capacidad de generar ingresos. Sin embargo, en ocasiones, los tribunales de inversión han otorgado indemnizaciones equivalentes al monto invertido porque es una cifra que puede ser probada con más facilidad, y han recurrido a ella cuando consideran que no cuentan con elementos suficientes para aplicar los métodos basados en los ingresos.

Adicionalmente, otorgar una indemnización equivalente al valor de lo invertido no cumpliría estrictamente con el estándar legal aplicable a una reparación ante un hecho ilícito internacional. Recuperar el valor de lo invertido no estaría colocando al inversionista en una posición financiera equivalente a la que estaría, de no haberse producido el acto ilícito, sino a la posición en la que estaría si no hubiese realizado la inversión.

4. Métodos híbridos o combinación de métodos

Los tribunales no siempre aplican un solo método para calcular el monto de la indemnización que corresponde otorgar. En ocasiones, los tribunales han tomado el valor de los activos o el monto de lo invertido, y lo han complementado con montos adicionales para reflejar la pérdida de ingresos futuros.

En *SPP* el tribunal rechazó el método de DFC, y se basó, principalmente, en los gastos incurridos por el inversionista para otorgar una compensación por la expropiación lícita de un complejo turístico. Sin embargo, el tribunal reconoció que el valor de la inversión excedía la cantidad invertida en el proyecto, y otorgó un monto adicional por la «pérdida de oportunidades comerciales» (*SPP*, párrs. 214-218).

De manera similar, el tribunal en *Tecmed* se negó a aplicar el DFC, y otorgó una indemnización equivalente a los gastos incurridos por el inversionista más un monto por lucro cesante (*Tecmed*, párrs. 191, 195).

Al aplicar más de un método en el mismo cálculo, es necesario tener en cuenta que se debe evitar indemnizar al inversionista más de una vez por el mismo concepto. Por ejemplo, el laudo de *Karaha Bodas* ha sido criticado por ordenar una reparación excesiva al otorgar un monto equivalente al capital invertido (en

calidad de daño emergente) y un monto basado en una proyección de DFC (en calidad de lucro cesante). Al combinar estos dos métodos se estaría recuperando el capital invertido, a pesar de que el retorno de ese capital ya estaría considerado como parte del cálculo del DFC (ver WELLS, p. 476). CRAWFORD también advierte de este riesgo de doble recuperación (CRAWFORD, p. 227).

5. Conclusiones

Como se explicó, existen diversos métodos que pueden usarse para la cuantificación de los daños en el arbitraje de inversiones. La elección del método más apropiado dependerá de las circunstancias de cada caso. Para ello, debe tomarse en consideración qué es lo que se está valorizando, si es una empresa en marcha o son activos. También debe considerarse qué información se encuentra disponible. Casi siempre serán las partes las que tomen la iniciativa; y, con el apoyo de expertos, propongan una cuantificación al tribunal.

Con frecuencia las partes proponen más de una valorización, aplicando varios métodos alternativos. Esto tiene dos ventajas, en primer lugar, demostrar consistencia entre los valores presentados, lo cual resulta persuasivo; y, en segundo lugar, dar opciones al tribunal en caso considere que alguno de los métodos planteados no es apropiado para el caso.

(Autora: Cristina Ferraro. Miranda & Amado Abogados. Lima).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcán). Banco Mundial, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investors*, reimpresso en 31 ILM 1363.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CRAWFORD, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. KANTOR, M. *Valuation for Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2008, pp. 7-118, 119-130, 131-207, 232-252. RIPINSKY, S. y K. WILLIAMS. *Damages in International Investment Law*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 181-259. MARBOE, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 185-314. WÄLDE, T. and B. SABAHI. «Compensation, Damages, and Valuation» (pp. 1049-1124). En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. MUCHLINSKI, Peter, Federico ORTINO y Christoph SCHREUER. Oxford: Oxford University Press. WELLS, L.T. «Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia». La Haya: Kluwer Law International, 2003, vol. 19, n.º 4, pp. 471-481.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *S.D. Myers, Inc. vs. Canada*, Cnudmi, laudo parcial (13 de noviembre de 2000). *Asian Agricultural Products Ltd. vs. República de Sri Lanka*. Caso Ciadi n.º ARB/87/3, laudo (27 de junio de 1990). *Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/99/1, laudo (16 de diciembre de 2002). *Petrobart Limited vs. República de Kirguistán*, CCS, laudo (29 de marzo de 2005). *Siemens A.G. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/02/8, laudo (17 de enero de 2007). *Petrolane, Inc., Eastman Whipstock Manufacturing Inc. y Seaborse Fleet Inc. vs. Gobierno de la República Islámica de Irán, Iranian Pan American Oil Company, National Iranian Oil Company y Oil Services Company of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán. Caso n.º 131, Cámara Segunda, laudo n.º 518-131-2 (14 de agosto de 1991). *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/3, laudo (22 de mayo de 2007). *CME Czech Republic B.V. vs. República Checa*, Cnudmi, laudo (14 de marzo de 2003). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB (AF)/00/2, laudo (29 de mayo de 2003). *Siag and Vecchi vs. Egipto*, Caso Ciadi n.º ARB/05/15, laudo (1 de junio de 2009). *CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/8, laudo (12 de mayo de 2005). *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited vs. República de Hungría*, Caso Ciadi n.º ARB/03/16, laudo (2 de octubre de 2006). *Sempra Energy International vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/02/16, laudo (28 de septiembre de 2007). *Cargill, Incorporated vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/05/2, laudo (18 de septiembre de 2009). *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*. Caso Ciadi n.º ARB/06/18, laudo (28 de marzo de 2011). *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador*. Caso Ciadi n.º ARB/06/11, laudo (5 de octubre de 2012). *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/97/1, laudo (30 de agosto de 2000). *Wena Hotels Ltd. vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/98/4, laudo (8 de diciembre de 2000). *Franck Charles Arif vs. República de Moldova*. Caso Ciadi n.º ARB/11/23, laudo (8 de abril de 2013). *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/97/3, laudo (20 de agosto de 2007). *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/84/3, laudo (20 de mayo de 1992).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Daños morales (en arbitraje de inversión). Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje). Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones). Principio de mitigación de daños.

CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1. Introducción

En todo proceso regional de integración económica existe un sistema de solución de las controversias que surjan en su seno, pero sólo en los más avanzados se ha creado un órgano jurisdiccional, generalmente llamado *Tribunal o Corte de Justicia* y dotado con prerrogativas muy amplias, toda vez que, habitualmente, puede anular los actos de sus órganos, constatar los incumplimientos de los Estados parte, resolver en vía prejudicial las dudas acerca de la interpretación; y, en su caso, la validez del ordenamiento de la organización, etc. El caso paradigmático es la Unión Europea (UE), pero cabe reseñar otros, como la Comunidad Andina, el Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad del Caribe y el Mercado Común del Este y Sur de África.

En el marco de estos regímenes más perfeccionados juegan un rol esencial las llamadas *cuestiones o consultas prejudiciales*, esto es, un instrumento procesal de colaboración entre el órgano judicial de la organización y las jurisdicciones internas de sus países miembros.

2. Régimen jurídico

Las cuestiones prejudiciales europeas están reguladas, básicamente, por el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, cuyo tenor literal es el siguiente:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

El art. 267 se refiere genéricamente al Tribunal de Justicia de la UE, que es una de las instituciones de este proceso de integración (art. 13 del Tratado de la Unión Europea –TUE–, de 13 de diciembre de 2007 y vigencia desde el 1 de diciembre de 2009), integrada hoy en día por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. A la fecha la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales de los países miembros de la UE es competencia del Tribunal de Justicia, aunque se ha previsto la posibilidad de que se delegue su conocimiento al Tribunal General en materias específicas (art. 256, apartado 3 del TFUE).

Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos jurídicos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ETJUE–, de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo n.º 3, en particular, en sus arts. 23 y 23 *bis*; y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –RPTJ–, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, fundamentalmente, en sus arts. 93 a 118.

La normativa mencionada es, además, objeto de una copiosa jurisprudencia comunitaria (basta reseñar que de 1953 a 2012 se iniciaron ante el Tribunal de Justicia 7.832 asuntos prejudiciales, tal y como resulta del *Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2012*), que aparece resumido de forma sistemática en las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (RTJ) del Tribunal de Justicia, de 6 de noviembre de 2012 (todos estos textos jurídicos pueden consultarse en la página web del Tribunal de Justicia: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/).

3. *Naturaleza*

Cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE llamado a juzgar un litigio interno en el que se cuestione la interpretación o la validez de una norma comunitaria susceptible de ser aplicada para su resolución, podrá o deberá, de oficio o a instancia de parte, plantear el tema al Tribunal de Justicia. Éste, tras un procedimiento parecido al que existe en los derechos internos de los Estados Parte para ventilar los incidentes procesales, fallará sobre las cuestiones formuladas por el juez nacional y le transmitirá la sentencia prejudicial, que es obligatoria, para que dirima el proceso principal, a la luz de lo que en ella se disponga si resulta aplicable a sus hechos. Quien promueve la cuestión prejudicial se denomina juez *a quo* y quien la recibe y decide, es el juez *ad quem*.

La cuestión prejudicial de la UE constituye, pues, un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros (puntos 1, 2 y 5 de las RTJ). Pero, ésta no es su única función, ya que sirve también para proteger los intereses de los particulares y como vía de control indirecto de legalidad en la UE, mencionando solamente otras dos resaladas en la jurisprudencia comunitaria (*verbigratia*, sentencia *Foto-Frost* del Tribunal de Justicia, de 1987).

4. *La legitimación activa para remitir las cuestiones prejudiciales y la distinción entre los jueces nacionales obligados y los facultados*

Sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE pueden suscitar cuestiones prejudiciales, no los propios Estados, ni las instituciones de la UE, ni las partes del proceso principal (arts. 23 del Erjue y 96 del RPTJ).

En relación con la noción de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembro a que se refiere el transcrito art. 267 del TFUE, el Tribunal de Justicia acepta la calificación dada al órgano por el ordenamiento nacional (*teoría del reenvío*); mas ha ido progresivamente ampliando la definición de jurisdicción nacional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales para acoger, en su seno, a órganos no judiciales según su Derecho interno, elaborando así un concepto autónomo de jurisdicción nacional dotado de contenido específicamente comunitario (*teoría de la adopción*) porque cualquier órgano que falle en derecho y no en equidad, los litigios sometidos a su enjuiciamiento mediante una decisión obligatoria, y cuyo estatuto jurídico le garantice independencia e imparcialidad, podrá considerarse órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales (punto 9 de las RTJ).

Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de la Competencia y los tribunales económico-administrativos en España, que son órganos jurisdiccionales nacionales desde la perspectiva del incidente prejudicial, a pesar de no formar parte del Poder Judicial. Por el contrario, en cuanto el art. 267 exige que la cuestión prejudicial sea evaluada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, no son admisibles las planteadas por jurisdicciones internacionales o de terceros países –salvo que un acuerdo internacional lo prevea de forma expresa–, ni las que procedan de órganos administrativos, como un tribunal de cuentas o una comisión consultiva en materia fiscal, ni las que susciten los árbitros de Derecho privado (sentencia *De Coster* del Tribunal de Justicia, de 2001).

Adicionalmente, el art. 267 del TFUE distingue, en sus apartados 2 y 3, entre las jurisdicciones facultadas y las obligadas a plantear una cuestión prejudicial. El criterio determinante para diferenciarlas no es la posición del órgano jurisdiccional nacional en la jerarquía judicial interna (*teoría abstracta u orgánica*) sino el carácter definitivo de su decisión en el litigio (*teoría concreta o funcional*), esto es, la imposibilidad de impugnar en el Derecho nacional el acto jurisdiccional (sentencia y auto, comúnmente) que pone fin al proceso principal porque goza de la autoridad de la cosa juzgada formal (sentencia *Lyckeskog* del Tribunal de Justicia, de 2002). Según los ordenamientos nacionales, ello suele suceder cuando no cabe recurso ordinario (*verbigracia*, la apelación) ni tampoco recurso extraordinario (así, la casación).

La mayoría de cuestiones prejudiciales procede de jurisdicciones internas cuyas decisiones son impugnables según el Derecho nacional. A modo de ejemplo, de las 287 cuestiones prejudiciales suscitadas en España desde el 1 de enero de 1986 –vigencia de su adhesión– hasta el 31 de diciembre de 2012, sólo cuarentisiete fueron promovidas por el Tribunal Supremo y hubo que esperar a junio del 2011 para que el Tribunal Constitucional elevase su primera cuestión prejudicial, tal y como resulta del Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2012.

5. *Las prerrogativas del juez a quo en relación con las cuestiones prejudiciales; en particular, el juicio de relevancia*

Se trata de la interpretación o de la apreciación de validez de una norma comunitaria, antes de acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, las jurisdicciones de los países de la UE tienen que examinar si la cuestión es necesaria para dirimir el proceso interno (arts. 267 del TFUE y 94 del RPTJ) o, lo que es lo mismo, han de llevar a cabo lo que se ha convenido en llamar el *juicio de relevancia*, esto es, que la respuesta a la cuestión prejudicial pueda condicionar el resultado del litigio nacional.

De acuerdo con la sentencia *Cilfit* del Tribunal de Justicia, de 1982, no es relevante si la cuestión no es pertinente, lo que sucede cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable a la causa porque debe resolverse sobre la base del Derecho nacional o internacional, o cuando el objeto de la cuestión prejudicial no sea realmente la determinación del significado o la apreciación de validez de una norma comunitaria sino, más bien, de una norma nacional o internacional. Es preciso, adicionalmente, que existan dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso de autos, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de las normas comunitarias en sí mismas consideradas (*el acto es claro*) o existe una jurisprudencia comunitaria diáfana sobre ellas, dictada en vía prejudicial o en el marco de otros procedimientos (*el acto ha sido aclarado*).

A los jueces nacionales también les corresponde determinar el contenido de las cuestiones prejudiciales, cuya solución consideran necesaria para fallar el proceso nacional, así como decidir cuál es el momento procesal oportuno para suscitadas (puntos 10, 18 y 19 de las RTJ). Ello no impide a las partes del proceso interno impugnar la resolución judicial de planteamiento de la cuestión prejudicial (sentencia *Rheinmühlen* del Tribunal de Justicia de 1974). Mas el recurso no altera, en principio, la petición prejudicial efectuada, ya que el Tribunal de Justicia mantiene su competencia mientras el juez nacional no le comunique que retira su solicitud prejudicial (art. 100 del RPTJ).

La decisión de suscitar una cuestión prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio interno (art. 23 del ETJUE). Ello no impide que se puedan adoptar las medidas cautelares oportunas durante la suspensión para garantizar la futura suerte final del litigio interno (puntos 17 y 29 de las RTJ). Pueden consistir en la suspensión de la aplicación de una legislación interna e inclusive de un acto comunitario de cuya validez se dude, y ser positivas, igualmente (imposición de fianzas económicas, por ejemplo). En caso de que el juez *a quo* dicte una resolución judicial que ponga fin a la *litis* interna antes de que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado, éste se niega a responder a las cuestiones prejudiciales porque su pronunciamiento no podría influir sobre el fallo del proceso principal y su misión en el marco del art. 267 del TFUE no es emitir opiniones hipotéticas (sentencia *Fratelli Pardini* del Tribunal de Justicia de 1988).

Los jueces nacionales elevan las cuestiones prejudiciales directamente al Tribunal de Justicia. No debe seguirse el cauce diplomático de las comisiones rogatorias, sino la vía más simple de la comunicación directa de la secretaría del juez *a quo* a la secretaría del Tribunal, mediante correo certificado como regla. Ésta es la que luego mantendrá contacto con el órgano jurisdiccional *a quo*, transmitiéndole copia de los escritos procesales y de la decisión prejudicial adoptada (art. 98 del RPTJ y puntos 33 a 35 de las RTJ).

Tan diáfana es la jurisprudencia comunitaria relativa a quién compete realizar el juicio de relevancia acerca de la cuestión prejudicial que a los Estados miembros de la UE, las instituciones comunitarias y las partes del litigio principal tan sólo les queda intervenir en el procedimiento prejudicial que se desarrolla ante el Tribunal de Justicia, presentando observaciones escritas y orales sobre el ordenamiento comunitario en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional (arts. 23 del ETJUE y 96 del RPTJ).

6. *Las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia*

Compete al Tribunal de Justicia dar la interpretación y controlar la validez de las normas que conforman el ordenamiento comunitario en aras a garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros (arts. 267 del TFUE y 94 del RPTJ y puntos 2, 11 y 15 de las RTJ).

Según la jurisprudencia comunitaria, objeto de una cuestión prejudicial de interpretación pueden ser todas las fuentes del Derecho comunitario, con independencia de su rango y de su autor, incluidas las resoluciones del Tribunal de Justicia de la UE y los actos de las instituciones comunitarias que no son obligatorios (*soft law*), como las recomendaciones y los dictámenes (sentencia *Frecassetti* del Tribunal de Justicia de 1976). La cuestión prejudicial de validez es más restrictiva, toda vez que *—inter alia—* no alcanza a los Tratados, las Actas de Adhesión

y sus Protocolos, y tampoco es posible examinar por la vía prejudicial la legalidad de un acuerdo internacional del que sea parte la UE (sentencia *Van Parys* del Tribunal de Justicia de 2005).

El Tribunal de Justicia está obligado a responder a las cuestiones prejudiciales formuladas por un órgano judicial nacional si conciernen a la interpretación o la apreciación de validez del Derecho de la UE (sentencia *Pigs Marketing Board* del Tribunal de Justicia de 1978). Ello implica, por un lado, que el Tribunal no puede aplicarlo al caso de autos, en tanto esta actuación es competencia exclusiva del juez nacional, ni *–a fortiori–* interpretar el Derecho nacional, resolver las diferencias de opinión sobre su aplicabilidad en el procedimiento interno, deducir las consecuencias concretas que corresponda o declarar que es contrario al ordenamiento jurídico comunitario (puntos 7 y 8 de las RTJ), dado que para ello está el recurso de incumplimiento (arts. 258 y 259 del TFUE). Lógicamente, el Tribunal tampoco puede pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni comprobar la veracidad de los hechos del proceso interno, ni proceder a su calificación en orden a determinar si se les podría aplicar la norma comunitaria a la que afecte la cuestión prejudicial. Por otro lado, el Tribunal de Justicia sólo puede declarar inválido el acto comunitario, pero no anularlo, pues para ello existe el recurso de anulación (art. 263 del TFUE), de tal suerte que el acto cuya invalidez se haya constatado, no desaparece formalmente del ordenamiento de la UE y corresponde a la institución comunitaria que lo aprobó proceder a su modificación o derogación para cumplir la sentencia prejudicial.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia puede declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales (art. 100 del RPTJ) en diversas hipótesis; y, particularmente, cuando no sean planteadas por una jurisdicción nacional, no se vea claro que guardan relación con el objeto del proceso nacional (falta de necesidad) o excedan el ámbito de sus competencias de interpretación y apreciación de validez (sentencia *Canal Satellite Digital* del Tribunal de Justicia, de 2002). Se trata de un comportamiento excepcional porque el Tribunal, a poco que disponga de margen de apreciación, lo que hace es solicitar aclaraciones a la jurisdicción nacional (art. 101 del RPTJ) y reformular las cuestiones en aras a socorrerle en el cumplimiento de su función, tratando de ajustar su decisión prejudicial al contexto fáctico y jurídico de la *litis* interna. Este comportamiento del Tribunal tiene sus riesgos, pues le lleva en ocasiones a prejuzgar tan decisivamente la decisión final del proceso interno que al juez *a quo* sólo le queda hacer una aplicación puramente mecánica de la sentencia prejudicial al caso de autos (por ejemplo, sentencia *Transportes Urbanos* del Tribunal de Justicia, de 2010), no siendo diáfano si este caso respeta realmente los límites de su competencia prejudicial *ex art.* 267 del TFUE.

7. Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales de interpretación y validez y los recursos frente a su incumplimiento

Como regla general, el Tribunal de Justicia resuelve por sentencia las solicitudes de decisión prejudicial (art. 99 del RPTJ), por mayoría de los miembros presentes, reunidos en número impar. Sus deliberaciones son reservadas y no caben votos particulares (arts. 17 y 35 del ETJUE y arts. 32 y 33 del RPTJ). No está previsto un plazo perentorio para la emisión de la sentencia prejudicial desde la notificación de la decisión de remisión del juez *a quo*, pero de media oscila entre los dieciséis y los diecisiete meses (16,8 en 2009, 17,1 en 2009, 16,1 en 2010, 16,4 en 2011 y 15,7 en 2012, según el Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2012).

Las sentencias prejudiciales son leídas en sesión pública y publicadas en la *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* y su resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (arts. 37 del ETJUE y 88 y 92 del RPTJ). Se encuentran, además, disponibles en la página web del Tribunal de Justicia de la UE antes citada y en la versión electrónica de la base de datos del Diario Oficial de la Unión Europea disponible en EUR-Lex (http://europa.eu/eu-law/case-law/index_es.htm). Una copia certificada es remitida a la secretaría del juez *a quo* por la Secretaría del Tribunal de Justicia (art. 88 del RPTJ).

Las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 del RPTJ), tanto en la parte dispositiva como en la motivación que conduce necesariamente a ella (sentencia *Bosch* del Tribunal de Justicia, de 1978). Ello significa que el juez nacional remitente ha de resolver el litigio principal a la luz de lo que en ella se disponga, sea aplicando la norma comunitaria tal y como haya sido interpretada, si es lo que procede hacer a la vista de los hechos del proceso interno, o bien dejándola inaplicada aunque fuera relevante para el caso si el Tribunal de Justicia la declaró inválida. La fuerza vinculante es *erga omnes*, de tal suerte que son obligatorias no sólo para el juez *a quo*, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un litigio análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento interno de los países de la UE (sentencia *Kaba* del Tribunal de Justicia, de 2003). Esta eficacia general no impide a una jurisdicción interna, sea la que suscitó la cuestión prejudicial o cualquier otra en el futuro, formular una nueva petición prejudicial cuando se estime insuficientemente ilustrada o no esté conforme con la

decisión prejudicial. Para ello sirve la facultad de reinterrogación (*facultas remonstratio*) reconocida a los órganos judiciales nacionales por el art. 104 del RPTJ, de frecuente uso.

Además, la sentencia prejudicial tiene, como regla, eficacia *ex tunc*, a contar desde el momento de su entrada en vigor, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (sentencia *Nisipeanu* del Tribunal de Justicia de 2011).

En fin, la sentencia prejudicial es firme desde el mismo día de su pronunciamiento, por lo que dispone automáticamente de la autoridad de cosa juzgada formal y presenta la peculiaridad, frente a otras sentencias de esta jurisdicción, de que no es posible accionar frente a ella ni el recurso de interpretación ni ninguno de los medios extraordinarios de rescisión de la cosa juzgada formal previstos por los arts. 42 a 44 del ETJUE (los denominados recursos de oposición, tercerías y revisión). De hecho, lo único que cabe es la corrección de los errores de pluma y de cálculo o inexactitudes evidentes, de oficio y a instancia de parte presentada en el plazo de dos semanas desde su lectura (art. 103 del RPTJ).

La vulneración de lo dispuesto por las sentencias prejudiciales permite activar los recursos judiciales nacionales que sean aplicables según el grado jurisdiccional, incluidos los de apelación y casación, y también el de amparo constitucional, fundamentalmente, en este caso, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Puede, asimismo, desencadenar la apertura del recurso comunitario de incumplimiento (arts. 258 y 259 del TFUE) contra el Estado miembro al que pertenezca la jurisdicción que haya infringido una sentencia prejudicial. Hay que tener en cuenta, adicionalmente, que las actuaciones judiciales internas contrarias al ordenamiento comunitario —y lo es incumplir una sentencia prejudicial— que causen daños y perjuicios pueden, en determinadas condiciones, engendrar, al nivel nacional, la responsabilidad patrimonial del Estado al que estén adscritas las jurisdicciones responsables (sentencia *Gerhard Köbler* del Tribunal de Justicia de 2003).

(Autor: Manuel Cienfuegos Mateo. Profesor Titular
—acreditado como catedrático— de Derecho internacional público y
Derecho de la Unión Europea. Universitat Pompeu Fabra de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BROBERG, M. y N. FENGER. *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010. CHEVALLIER, R.M. y D. MAIDANI. *Guide pratique Article 177 C.E.E.*, O.P.O.C.E. Luxemburgo, 1981. CIENFUEGOS MATEO, M. «Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial». En BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.) y MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. y B. BECERRIL ATIENZA (coords.). *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2012, pp. 549-624. JIMENO BULNES, M. *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, J.M. Barcelona: Bosch Editor, 1996. NAÔMÉ, C. *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*. Bruselas: Larcier, 2007. VANDERSANDEN, G. *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, 2011. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo. Art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea*. Madrid: Tecnos, 1994.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, *Rheinmühlen II*, n.º 146/73, *Rec. p.* 139. 15 de junio de 1976, *Frecassetti*, n.º 113/75, *Rec. p.* 983. 16 marzo de 1978, *Bosch*, n.º 135/77, *Rec. p.* 855. 29 de noviembre de 1978, *Pigs Marketing Board*, n.º 83/78, *Rec. p.* 2347. 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, n.º 283/81, *Rec. p.* 3415. 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, n.º 14/85, *Rec. p.* 4199. 21 de abril de 1988, *Fratelli Pardini*, n.º 338/85, *Rec. p.* 2041. 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, C-17/00, *Rec. p.* i-9445. 22 de enero de 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, *Rec. p.* i-607. 4 de junio de 2002, *Lyckeskog*, C-99/00, *Rec. p.* i-4838. 6 de marzo de 2003, *Kaba*, C-466/00, *Rec. p.* i-2219. 30 de septiembre de 2003, *Gerhard Köbler*, C-224/01, *Rec. p.* i-10239. 1 de marzo de 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec. p.* i-1465. 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*, C-118/08, *Rec. p.* i/635. 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, *Rec. p.* i-97.

VOCABLOS CONEXOS: Solución de controversias en procesos regionales de integración. Contencioso comunitario. Unión Europea. Tribunal de Justicia. Jurisdicciones internas. Necesidad de una decisión prejudicial. Efectos de una sentencia prejudicial. Recursos judiciales internos.

CULTURA ARBITRAL

Conceptualmente, el término cultura proviene del latín *cultus*, el cual podemos definir en forma amplia o restringida. En sentido *lato*, significa cultivo. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cultura es el «conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.».

La cultura, como axioma, en su acepción clásica, es un proceso continuo de los saberes humanos cultivados por el hombre, tanto en el ámbito material como espiritual, dentro de un contexto determinado; sin

embargo, hoy los paradigmas de la globalización, de la sociedad del conocimiento y de la información, nos abocan a una nueva visión del mundo desde la perspectiva del otro. Ello viene aparejado de una concepción nueva de la cultura, humanística, holística e incluyente, al mismo tiempo que no se soslayan las notas o elementos diferenciadores unos de otros.

La cultura es la base y el entorno de lo que somos, la cual, como lo expresa la Unesco, «permite al ser humano la capacidad de reflexión sobre sí mismo», dentro del contexto histórico que la sociedad del conocimiento y de la información nos ofrece. De esta manera, diversas instituciones, entre ellas las jurídicas, expresan claras evoluciones culturales, en el tiempo, marcadas por los usos y costumbres del comercio internacional, como los *Incoterms* y las Reglas de Unidroit.

El tráfico mercantil de la sociedad globalizada, apalancado en el principio de la autonomía de la voluntad e impulsado por la tecnología computacional, encuentra, en la institución arbitral, el mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, como la vía práctica más caracterizada, (interna y externa) para el desarrollo de una cultura de paz, mediante el acceso a la justicia, privada, expedita, especializada y económica; administrada, entre otras, por las instituciones permanentes de arbitraje, como la CCI, CIAC, El Ciadi, Aeade, AAA y las Cámaras de Comercio de los países hispanoparlantes, que se orientan por las reglas de Uncitral.

La institución arbitral (sustentada en las prácticas culturales contractuales, la jurisprudencia arbitral, la doctrina y el Derecho comparado), como unidad jurídica, está integrada por un conjunto de piezas, que articuladas unas con otras, desde la cláusula o convenio arbitral, desemboca en el arbitraje; dado que se integra el tribunal arbitral, se desarrolla el procedimiento y concluye con el laudo o sentencia arbitral. La misma ha evolucionado como técnica jurídica, de forma gradual y progresiva, desde el Derecho Romano, pasando por el Fuero Juzgo, Las Siete Partidas, los Códigos Civiles y Procesales Napoleónicos, hasta alcanzar su modernización, mediante la regulación de un arbitraje interno que no ignora el arbitraje internacional, contenido en los Tratados, bilaterales y multilaterales, como los ginebrinos de 1923 y 1927, el de Nueva York de 1958, el Europeo de 1961, el de Washington de 1965 y el de Panamá de 1975.

La cultura arbitral vivencia una evolución histórica asimilada a los procesos judiciales ordinarios, organizados los arbitrajes por las propias partes; y, en su defecto, por los jueces, en los que prevalecían los arbitrajes de derecho y de equidad, que pudiéramos llamar, en nuestra opinión, la fase de la cultura del feudalismo arbitral, artesanal, geográfico o territorial, contenida en la legislación napoleónica, que le sirvió de base a nuestra legislación civil y judicial. Una segunda fase se nos presenta traslapada con la primera, la que es impulsada por el desarrollo del comercio internacional, la fundación de la CCI en el año de 1919 y la Corte Internacional de Arbitraje en el año 1923, con la cual se establece el arbitraje institucionalizado; y, por ende, la cultura del arbitraje administrado; y un tercer período emerge, en las postrimerías del siglo pasado, la cultura arbitral incluyente, de la ampliación progresiva de las materias arbitrables y arbitradas, como la de inversiones, de consumo, los registros de nombre y dominio en Internet y la telemática, dominadas por la tecnología digital, etc.

La cultura arbitral, en el mundo de hoy, de la internacionalización, de la integración; a nuestro juicio, se observa, marcada por la diversidad relativa a las materias arbitrables y la flexibilidad, tanto legislativa como procedimental, en el arbitraje institucionalizado; la misma es proactiva, en la investigación, formación, en su práctica cotidiana, guiada por los principios que gobiernan el arbitraje, de la autonomía de la voluntad, de la privacidad, de la especialidad, del acceso y eficacia de la justicia y la ética, de la pertinencia y la competencia, empoderadas (*empowerment*) las partes de sus propios conflictos, el cual someten a decisión de terceros, como tradicionalmente es conocido, en virtud de una cláusula/convenio arbitral, en el arbitraje comercial internacional; y bajo una nueva modalidad, mediante los Tratados, bilaterales (BIT) o multilaterales, de inversiones, geográficos (Tlcan, el del Mercosur) o sectoriales, como los Tratados de la Energía.

1. *El convenio arbitral como expresión de la cultura arbitral*

El convenio arbitral, como expresión de la cultura arbitral, desde la antigüedad hasta nuestros días, es y ha sido, la base o cimiento de la institución arbitral, cualquiera que sea la forma en que se pacte (escrita o verbal), modalidad convenida (como cláusula inserta en un contrato principal, mediante documento aparte o mediante propuesta unilateral seguida de una adhesión); o bien, ya sea que se establezca en prevención de controversias futuras o de las ya existentes, dentro o fuera del tribunal, tal como lo prevé el Convenio Neoyorkino de 1958 en el art. 11, 1, 2, 3, y en el art. 1 de la Convención Panameña de 1975; salvo que se trate de arbitraje de inversiones, el cual se origina y genera predominantemente por tratados bilaterales o multilaterales, o mediante la inclusión en los mismos, de las denominadas cláusulas *fork in the road* y las cláusulas paraguas (*umbrella clause*).

2. *La constitución del tribunal arbitral como empoderamiento de una cultura arbitral*

En la cultura arbitral, en el arbitraje institucionalizado, ha arraigado el convenio arbitral, como la base fundamental del arbitraje para constituir el tribunal arbitral, investido de autoridad suficiente para examinar su propia competencia y desarrollar el procedimiento, sin intervención de los jueces, ni de notarios que deban dar fe de los acuerdos arbitrales; por lo que se han flexibilizado sus requisitos de forma, limitándolo a la forma escrita, al igual que lo ha dotado de plena eficacia, sustantiva (de hacer y pasar por lo pactado), y procesal (que impide a los jueces conocer de un negocio en el que media un acuerdo arbitral), al amparo de los tratados, como el de la ONU de 1958, en el art. 11,3, el Europeo de 1961, en el art. I,1,2, el de la OEA de 1975, en el art. 1. Y la adopción progresiva de la Ley Modelo de Uncitral, por países como Panamá, mediante el Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, en el art. 17, faculta a los árbitros para decidir de oficio o a petición de parte sobre su propia competencia.

3. *El procedimiento arbitral, como expresión de la nueva cultura arbitral*

El procedimiento arbitral, institucionalizado, en el arbitraje internacional, es flexible, se sujeta a lo pactado por las partes, como el desarrollado por el reglamento de la CCI, las Reglas de Uncitral, las de la CIAC y con sus propias normas, el de Ciadi, para el arbitraje de inversiones; son, a nuestro juicio, la expresión de una nueva cultura arbitral prevalente, que, a su vez, permea el arbitraje interno, como ocurre en mayor o menor medida en la nueva legislación arbitral alcanzada por los países latinoamericanos, a partir del año de 1990.

La Ley Modelo de Uncitral, en el art. 34, suprime los recursos contra los laudos, salvo el extraordinario de anulación, por motivos tasados, tal como lo establece la legislación panameña, mediante el Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, en el art. 34; en congruencia con el art. v del Convenio de Nueva York de 1958 y el de Panamá de 1975, relativo a las causas que impiden el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

4. *Los laudos arbitrales, como la expresión de una cultura y técnica arbitral*

La cultura arbitral, que va desplegando la institucionalización del arbitraje, en la «era» de la globalización y de la integración, conserva en nuestros países la tradición en los laudos, de constar por escrito y de contar con una parte motivada y otra resolutive, ya sea el arbitraje de derecho o de equidad. En la parte motivada (como una nueva técnica jurídica), se identifican las partes, los árbitros, la competencia del tribunal arbitral, el lugar, la controversia, una relación de las pruebas practicadas, las alegaciones, y cualquier otra circunstancia del arbitraje, como antecedentes imperativos de la parte resolutive del laudo o sentencia arbitral.

La internacionalidad del arbitraje desvincula el arbitraje de los ámbitos estatales, por lo que, para un sector de la doctrina, ello genera una aculturación jurídica del mismo, cuando hay interacción de una cultura sobre otra; sin embargo, desde una perspectiva incluyente, referente a las nuevas materias jurídicamente arbitrables, el fenómeno pauta los parámetros de la cultura arbitral de la era de la globalización.

(Autor: Ulises Pittí. Panamá).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CHILLÓN MEDINA, J.M.^a y J. MERINO MERCHÁN. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, 3.^a edición. GINSBURG, T. *The Culture of Arbitration*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36. MATHEUS LÓPEZ, C. *Indicios de una incipiente cultura arbitral en el Perú*. www.lex-arbitri.blogspot.com. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. «Aporte psicológico para la construcción de una teoría sobre la cultura arbitral». *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005, vol. 104, n.º 1. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Diccionario del Uso del Español María Moliner. Madrid: Editorial Gredos, 1980, 22.^a edición.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Armonización. Confluencia de tradiciones jurídicas. *Lex mercatoria*.

D

DAÑOS Y PERJUICIOS (EVALUACIÓN EN EL ARBITRAJE)

1. Introducción

La obligación de reparar el daño causado por un acto ilícito constituye, desde tiempos pretéritos, una piedra angular del Derecho. Así lo confirmó la Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ) en su decisión de 1928 sobre el asunto relativo a la fábrica de Chorzów (*Alemania vs. Polonia*, PCIJ Series A, n.º 17, 1928): «Es un principio de Derecho internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso conlleva la obligación de reparar» y que esta obligación debe, en la medida de lo posible, «borrar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido».

Ello, no obstante, la cuantificación de dicha reparación se había considerado históricamente como un aspecto procedimental de escasa importancia, subordinada a otras cuestiones como el análisis del fondo del asunto o los problemas de competencia y jurisdicción. Sin embargo, en la actualidad la tendencia se ha invertido y la evaluación de los daños y perjuicios se ha erigido en uno de los aspectos fundamentales objeto de discusión en todo arbitraje nacional e internacional. No sólo eso, sino que además, como afirma DERAINS, Y. y R.H. KREINDLER, «Evaluation of Damages in International Arbitration». *ICC Services. Publications Department*. ICC Publication n.º 688. París, 2006), en muchos de los casos la evaluación de daños que lleva a cabo el árbitro es «el indicador para las partes de si han ganado o perdido el arbitraje».

En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el caso resuelto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), *Rompetrol Group NV vs. Romania* (Ciadi n.º ARB/06/3 2013 de 6 de mayo de 2013), en el que el tribunal arbitral determinó el incumplimiento del demandado –tal y como había solicitado la parte actora–, pero desestimó todas las pretensiones solicitadas encaminadas a obtener una reparación por dicho incumplimiento. Es evidente que para la parte actora, pese a que el tribunal arbitral le dio la razón en cuanto al fondo, la no obtención de reparación alguna difuminó en gran medida su sensación de victoria. Todo litigante ha sufrido en primera persona una sensación como la que se acaba de describir; y, en consecuencia, es plenamente consciente de la importancia –sobre todo para su cliente– de la determinación del *quantum*.

En esta voz se enuncian las particularidades de la evaluación de daños y perjuicios en el arbitraje y se exponen algunos de los aspectos generales más relevantes de esta materia. Se trata, en cualquier caso, de una cuestión enormemente casuística; y, por consiguiente, en la que resulta difícil delimitar unas pautas concretas de evaluación de los daños y perjuicios.

La enorme dependencia de cada caso concreto en la evaluación de los daños, aunque lo dificulta, no impide tampoco una aproximación al respecto (en concreto, en relación con las medidas de indemnización –p.e., el valor justo de mercado o el daño efectivamente sufrido– y las técnicas de cuantificación concretas de daños –entre otras, el flujo de caja descontado o el valor actual neto–). Buena prueba de ello son las monografías de MARBOE, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. KANTOR, M. *Valuation for Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2008; y DERAINS, Y. y R.H. KREINDLER. «Evaluation of Damages in International Arbitration». *ICC Services Publications Department*. ICC Publication n.º 668. París, 2006.

2. Especialidades de la evaluación de daños y perjuicios en el arbitraje

Con carácter general, se puede afirmar que existen numerosas similitudes entre la evaluación efectuada por los tribunales y la que lleva a cabo un tribunal arbitral (*vid.* REDFERN, A., J.M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Sin embargo, y a pesar de estas semejanzas, existen particularidades en los procedimientos arbitrales que no pueden pasarse por alto.

Estas particularidades tienen su origen en la mayor flexibilidad y especialización del arbitraje y permiten que la evaluación de los daños tenga un mayor peso relativo en el procedimiento, generando una mayor expectativa en los operadores respecto de una correcta valoración de los daños y perjuicios. Entre las especialidades más destacadas de la evaluación de daños y perjuicios en el arbitraje internacional destacamos (i) el tratamiento procesal de los daños; y (ii) las normas aplicables a la evaluación de los daños y perjuicios.

- i. *Tratamiento procesal.*— La mayor flexibilidad del arbitraje permite —y es una práctica frecuente en el arbitraje internacional— la posibilidad de dictar laudos preliminares; esto es, de bifurcar o segmentar el procedimiento para resolver de forma separada las distintas cuestiones. Esta posibilidad suele utilizarse cuando existe discusión sobre la jurisdicción, la ley aplicable o para separar la determinación de la responsabilidad de la del *quantum*. Un ejemplo de esta bifurcación muy habitual en la actualidad se puede observar en el caso *LG&E vs. Argentina* (Ciadi n.º ARB/02/1), en el que el procedimiento arbitral se dividió en tres fases: análisis de la jurisdicción, estudio de la existencia de responsabilidad y cuantificación de los daños.

Normalmente, la bifurcación permite lograr un procedimiento más eficiente y económico porque evita que las partes tengan que invertir tiempo y dinero en cuantificar los eventuales daños hasta que el árbitro haya decidido previamente sobre la existencia de responsabilidad. No obstante lo anterior, como señala BORN, G. *International Arbitration: Law and Practice*. Londres: Kluwer Law International, 2012, la bifurcación de un procedimiento puede convertirse en un arma de doble filo, puesto que requiere delimitar con sumo cuidado en qué fase se incluirán las diferentes cuestiones (*i.e.*, qué debe incluirse en la fase de resolución de la existencia de responsabilidad y qué debe analizarse en la fase de cuantificación de los daños).

Además, como afirma REDFERN, A., J.M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, las partes y el tribunal arbitral deberán valorar muy detenidamente la posibilidad de escindir el examen de la responsabilidad de la cuantificación de los daños «el intento de aislar cuestiones decisivas en la etapa inicial de las actuaciones conlleva riesgos muy serios», relacionados con el posible comportamiento oportunista de las partes y que, a la postre, pueden conducir a procedimientos más costosos y longevos en el tiempo. Así, «tanto el carácter de la controversia como el modo en que las partes formulan sus argumentos pueden variar en el transcurso del proceso arbitral y es sabido que las partes pueden llegar a modificar sus alegaciones casi radicalmente a fin de obtener un laudo preliminar que determine la existencia de responsabilidad. Cuando ello ocurra, no se ahorrará ni tiempo ni dinero, y el resultado que se obtenga será contrario al deseado. Es más, el proceso a través del cual se dicta un laudo preliminar puede consumir demasiado tiempo y dinero».

- ii. *Normas aplicables a la evaluación de los daños y perjuicios.*— En el arbitraje internacional —en contraposición con lo que sucede con el arbitraje nacional o los tribunales de justicia— suelen intervenir, además de los principios internacionales del Derecho, más de un sistema de normas, a saber: la *lex arbitri*, las normas que rigen las cuestiones de fondo, las relativas a la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral, las normas que lo rigen y las normas relativas al cumplimiento, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Este elenco de normas y principios conlleva que en la evaluación de daños en el arbitraje, tal y como sostiene GÉLINAS, P.A. «General characteristics of recoverable damages in international arbitration». En DERAIS, Y. y R.H. KREINDLER. «Evaluation of Damages in International Arbitration». *ICC Services Publications Department*. París, 2006, pp. 11 y ss., «los árbitros internacionales cuenten con una mayor flexibilidad para valorar los daños entre partes procedentes de diferentes jurisdicciones que los jueces locales que se encuentran atados por su normativa interna. Los árbitros, normalmente, tienen que acomodar la percepción de las partes puesto que éstas no siempre compartirán el mismo entendimiento de la ley nacional establecida en el contrato». Y no sólo eso, sino que además, los árbitros internacionales también pueden acudir a precedentes arbitrales, así como normas internacionales (*p.e.*, los Principios del *Unidroit* o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) para alcanzar la mejor solución en cada caso concreto. Por citar tan sólo un par de ejemplos:

- A. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, recoge en su art. 74 que «la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes, comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento, hubiera

previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato».

- B. El art. 7.2. de los Principios del *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010, señala que «(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional».

3. *Fundamentos de la evaluación de los daños en el arbitraje*

En la indemnización por daños y perjuicios prima –con carácter general– la naturaleza compensatoria o de resarcimiento, esto es, tiene por objeto compensar con dinero o bienes, intercambiables por dinero, la disminución de utilidad sufrida por el daño ocasionado.

Teniendo en cuenta esta finalidad, a la hora de calcular los daños causados, deberá valorarse, principalmente (i) la certeza y previsibilidad de los daños ocasionados; (ii) el principio por el que se impone a la parte perjudicada el deber y la obligación de minimizar el daño sufrido; y (iii) las limitaciones contractuales.

- i. *La certeza y previsibilidad de los daños ocasionados.*– La parte que solicite una indemnización por daños y perjuicios deberá probar fehacientemente que los daños sufridos fueron ciertos y previsibles. En caso contrario, como hemos visto en el caso *Rompetrol Group NV vs. Romania* (*vid. supra*), puede suceder que, aunque el tribunal arbitral dé la razón a la parte actora reconociendo el incumplimiento de la contraparte, la falta de prueba del daño conlleve que la parte actora se quede sin reparación alguna.

En relación con la certeza de los daños, como se señala en el caso *Al-Bahloul vs. Tajikistan* (SCC n.º 064/2008, Laudo Final de 8 de junio de 2010), «si bien no es necesario otorgar una certeza total para evaluar los daños si éstos se han establecido [...], la evaluación de daños no puede basarse en una conjetura o especulación. La evaluación debe tener una base fáctica convincente».

Asimismo, respecto de la previsibilidad de los daños solicitados, como afirmó el tribunal arbitral en el caso *India vs. B1 LLC, UAE y B2 SAL, Libano* (ICC n.º 12580, 30 de mayo de 2006), la parte que solicita una indemnización no sólo debe probar los daños sufridos, sino que éstos también tienen que ser previsibles. Y en este mismo sentido, en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México* (Ciadi n.º ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003), el tribunal arbitral señaló que «la carga de probar el *quantum* del valor de mercado de la inversión alegado por la Demandante, reposa sobre ésta; aunque es oportuno destacar que se traslada a la Demandada la carga de refutar tales alegaciones, si la Demandante suministra prueba que las sustente *prima facie*, y que la dificultad en determinar dicho resarcimiento de manera cierta, no es razón que obste fijarlo cuando existe la certeza de que se ha causado un daño».

- ii. *El deber de mitigar los daños.*– La reparación de los daños no sólo tiene en cuenta la certeza y previsibilidad de éstos, sino también la conducta de la parte perjudicada. Así, la obligación de mitigar daños, impone sobre quien sufre el incumplimiento, el deber de adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión de los daños causados, sin que pueda pretender que la otra parte compense aquellos daños que, en puridad, no han sido consecuencia de su incumplimiento, sino de su propia negligencia a la hora de buscar soluciones.

La obligación de mitigar daños está muy arraigada en el arbitraje internacional (*vid., p.e.*, los casos de la ICC n.º 5073 de 1986 y n.º 8782 de 1997); y, actualmente, ya consta incluida en muchos de los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en los principales textos internacionales. Para un análisis más exhaustivo del principio del deber de mitigar los daños, nos remitimos a la voz «Principio de mitigación de daños» de esta Enciclopedia.

- iii. *Las limitaciones contractuales.*– Las partes pueden pactar *ex ante* las consecuencias de un eventual incumplimiento del contrato y limitar la cuantía indemnizatoria, así como excluir ciertos tipos de responsabilidad y daños (*liquidated damages*). En consecuencia, tal y como se afirmó en el caso de la ICC n.º 3267 de 1979, si las partes han estipulado una indemnización en caso de incumplimiento, será irrelevante examinar la prueba de cómo se llegó a ese extremo y los daños reales. Sin perjuicio de lo anterior, incluso

con dichas limitaciones contractuales –y rigiendo el principio general de *pacta sunt servanda*– los tribunales arbitrales han moderado, no en pocas ocasiones, la cuantía fijada en dichas cláusulas indemnizatorias, por considerarla excesiva en relación con el daño ocasionado. Esta facultad moderadora encuentra su fundamento, entre otros textos internacionales, en el art. 7.4.13 de los Principios del *Unidroit*: «No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

4. Breve apunte sobre la importancia de la prueba y, en particular, de las periciales en la evaluación de los daños

La prueba en el arbitraje internacional es objeto de un análisis profundo en esta Enciclopedia (voz «Prueba» de esta Enciclopedia). Es evidente, como ya se ha avanzado en esta voz, que existe una relación de directa dependencia entre el tratamiento de la prueba y la valoración de los daños. Así, las mayores posibilidades que ofrece el arbitraje en materia de prueba –*p.e.*, en relación con la exhibición documental o la iniciativa probatoria del tribunal– no sólo permiten que la evaluación de los daños tenga un mayor peso relativo en el procedimiento, sino que son decisivos para realizar una mejor valoración de los mismos.

En especial, en el arbitraje internacional –como también ocurre en arbitraje nacional y en los tribunales de justicia–, la prueba pericial juega un papel muy importante a la hora de cuantificar los daños. Esta mayor relevancia del perito en el arbitraje se ha visto reflejada tanto en la normativa nacional como en la internacional –*p.e.*, *vid.* las reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la práctica de la prueba en el arbitraje internacional de 2010, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) o la Ley de Arbitraje española–.

Sin embargo, y como apunta la ICC en su publicación *Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje*, ICC, París, 2012 «es útil partir de la presunción de que una prueba pericial no es necesaria y no separarse de esta presunción sino cuando la prueba pericial es necesaria para informar al tribunal sobre los principales puntos en litigio». Por consiguiente, en relación con la necesidad de la prueba pericial para evaluar los daños, parece conveniente plantearse siempre, sin dejarse llevar por inercias derivadas de la práctica habitual (i) la necesidad de peritos de parte en arbitrajes sencillos que, evidentemente, sostendrán posturas totalmente opuestas y conllevarán elevados costes; y (ii) la conveniencia de que el árbitro solicite su propio perito en arbitrajes más complejos.

(Autores: Cristián Gual Grau y Jorge Azagra Malo. Uria & Menéndez. Barcelona).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (revisado en 2010). Ley española n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado. *IRS Rev. Rul.*, pp. 59-60, *supra* n.º 5, at § 3.03.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DOBBS, D., P. HAYDEN y E. BUBLICK. *The Law of Torts*. Eagan: Thomson West, 2000. DERAIS, Y. y R.H. KREINDLER. «Evaluation of Damages in International Arbitration». *ICC Services Publication Department*. ICC Publication n.º 668. París, 2006. KANTOR, M. *Valuation for Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2008. BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009. REDFERN, A., J.M. HUNTER, N. BLACKABY, C. PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. GÉLINAS, P.A. «General Characteristics of Recoverable Damages in International Arbitration». En DERAIS, Y. y R.H. KREINDLER. «Evaluation of Damages in International Arbitration». *ICC Services Publications Department*. París, 2006, pp. 11 y ss. MARBOE, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de Contratos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010. KESSLER, J.L. «La prueba de daños en el arbitraje internacional: un aspecto crucial, pero no muy glamuroso del proceso». En *Arbitraje*. Revista de arbitraje comercial de inversiones, 2011, vol. IV, n.º 1, pp. 171 y ss. BORN, G.B. *International Arbitration: Law and Practice*. Londres: Kluwer Law International, 2012. DOLZER, R. y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. WÖSS, H., A. SAN ROMÁN RIVERA, P. SPILLER y S. DELLEPIANE. *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

VOCABLOS CONEXOS: Daños y perjuicios por infracciones a las garantías de inversión. Principio de mitigación de daños. Careo de peritos (o de testigos). Prueba.

DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIONES A LAS GARANTÍAS DE INVERSIÓN

Las garantías de inversión pueden estar contenidas en diversos tipos de instrumentos. Por ejemplo, pueden estar contenidas en tratados bilaterales de inversión (TBIs), tratados comerciales bilaterales o multilaterales que contengan un capítulo sobre inversiones (tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan), el Tratado sobre la Carta de la Energía y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (Cafta-DR)), en disposiciones legales nacionales (leyes de protección de inversión) o en contratos de inversión. Cabe resaltar que, frecuentemente, más de uno de estos instrumentos resulta aplicable simultáneamente.

Las reglas aplicables para determinar la indemnización por daños y perjuicios que corresponde al inversionista por la infracción a alguna de estas garantías, variarán dependiendo de en qué instrumento se encuentre contenida la garantía en cuestión. A los tratados internacionales les serán aplicables las reglas del Derecho internacional, las disposiciones legales nacionales serán interpretadas, principalmente, de conformidad con su propia normativa y los contratos de inversión se interpretarán según el Derecho que les sea aplicable. En los casos en los cuales se vulneren, simultáneamente, garantías contenidas en varios instrumentos, la manera en la cual el inversionista presente su reclamo ante el tribunal, será relevante para determinar las reglas aplicables.

1. *Tratados de inversión*

La mayoría de reclamos presentados por inversionistas en arbitrajes de inversión se presenta bajo tratados de inversión. Estos tratados contienen una serie de protecciones en favor del inversionista. Por ejemplo, establecen garantías contra la expropiación, discriminación y el trato injusto e inequitativo, entre otras. Muchos de estos tratados contienen cláusulas similares; sin embargo, es necesario atender a la redacción del tratado en cuestión en cada caso, para analizar el nivel de protección que éste otorga al inversionista.

Bajo el Derecho internacional, la violación de una obligación contenida en un tratado constituye un hecho ilícito internacional, y el Estado responsable está obligado a reparar el perjuicio causado por este hecho. El pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, es una de las formas en las cuales un Estado puede reparar este perjuicio, además de la restitución y la satisfacción (art. 34 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional («artículos de la CDI»)).

En general, los tratados de inversión no establecen reglas específicas para determinar la indemnización por daños y perjuicios que corresponderá a un inversionista, en caso el Estado infrinja alguna de las garantías ahí contenidas. Por ello, los tribunales con frecuencia se refieren a las reglas generales del Derecho internacional consuetudinario; y, en particular, a su formulación en el caso del Asunto de la Fábrica de Chorzow ante la Corte Permanente de Justicia Internacional («CPJI»). En dicho caso, la CPJI determinó que existía una expropiación ilícita en violación a un tratado internacional, y explicó que:

El principio esencial contenido en la noción de un hecho ilícito —un principio que parece estar establecido en la práctica internacional; y, en particular, por las decisiones de tribunales arbitrales— es que la reparación debe, en lo posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, probablemente, hubiese existido si ese hecho no hubiese sido cometido. La restitución en especie, o, si ésta no fuese posible, el pago de una suma que corresponda al valor que la restitución en especie tendría; el otorgamiento de una indemnización por los perjuicios sufridos que no serían cubiertos por una restitución en especie o el pago en lugar de ésta: éstos son los principios que deben servir para determinar el monto de la compensación debida por un hecho ilícito internacional. (*Judgment n.º 13, Sept. 13, 1928, PCIJ, Ser. A, n.º 17, 1928, § III*) (traducción libre).

Así, la indemnización deberá procurar colocar al inversionista reclamante en la situación en que estaría si el acto ilícito no hubiese sucedido. Es decir, el tribunal tomará como referencia una situación hipotética. Ello es consistente con el principio de reparación plena recogido en el art. 31 de los artículos de la CDI, según el cual el perjuicio causado por un acto ilícito debe ser reparado íntegramente.

Debido a que se busca eliminar las consecuencias del hecho ilícito de la manera más completa posible, la restitución ha sido considerada, en principio, la forma de reparación más adecuada y se le ha dado prioridad (ver, artículos de la CDI, arts. 31, 35, 36(1) y comentarios). Sin embargo, usualmente, en los arbitrajes de inversión los demandantes únicamente solicitan ser indemnizados por los daños causados.

Aunque, en general, los tribunales internacionales tienen amplias facultades para ordenar remedios, incluyendo la restitución en especie, algunos tratados de inversión establecen limitaciones al respecto, restringiendo la gama de remedios a disposición de los inversionistas. Por ejemplo, el art. 1135 del Tlcán establece que en el laudo definitivo el tribunal podrá otorgar solamente, ya sea por separado o en combinación: (i) daños pecuniarios e intereses o (ii) restitución de propiedad, en cuyo caso se dispondrá que el Estado puede pagar daños pecuniarios en lugar de la restitución. Así, bajo este tratado, las facultades de los tribunales para ordenar una restitución, estarían limitadas a la restitución de propiedad. Por su parte, el Convenio Ciadi no limita la autoridad de los árbitros para ordenar remedios. Sin embargo, los Estados contratantes solamente están obligados a ejecutar «las obligaciones pecuniarias» impuestas por los laudos dictados en el marco del Convenio (art. 54(1) del Convenio Ciadi).

Incluso, cuando tienen la posibilidad de solicitar otros remedios, con frecuencia los inversionistas demandantes no están interesados en restablecer una relación con el Estado anfitrión y prefieren obtener una indemnización antes que intentar revertir la medida por la cual reclaman. En algunos casos, la restitución no es posible en la práctica o los inversionistas consideran que un eventual laudo que disponga remedios distintos a una indemnización podría ser difícil de ejecutar. En la práctica, los tribunales de inversión no suelen ordenar la restitución. Un caso excepcional en el cual se contempló la restitución, es *Arif vs. Moldova*. En este caso, el tribunal ante la solicitud del Estado demandado, le dio la oportunidad de presentar una oferta de restitución que resulte aceptable para el inversionista y, como alternativa, dispuso la indemnización de los daños causados (*Arif vs. Moldova*, párrs. 571-572, 633).

La garantía contra la expropiación, normalmente, no prohíbe que el Estado expropie la propiedad privada, pero impone ciertas condiciones, entre ellas, el pago de una compensación al inversionista, estableciendo usualmente que dicha compensación debe ser equivalente al «valor», «valor de mercado», «valor justo de mercado», o «valor real» de la inversión expropiada. Algunos tribunales han tomado la disposición que describe la compensación que debe ser pagada en caso de expropiación y la han aplicado para determinar la indemnización por infracciones al tratado.

Sin embargo, existe una distinción conceptual entre la compensación que corresponde ante una expropiación legal y la indemnización que debe pagarse como consecuencia de un hecho ilícito internacional, incluyendo una expropiación ilícita y otras violaciones a un tratado de inversión. La CPJI en el Asunto de la Fábrica de Chorzow destacó que los resultados financieros para un Estado debían ser distintos si se trata de una expropiación legal o si se trata de una desposesión ilícita (*Judgment n.º 13, Sept. 13, 1928, PCIJ, Ser. A, n.º 17, 1928, § III*). El principal efecto práctico de esta distinción, es que en caso de una expropiación ilícita, la indemnización por daños y perjuicios no se limitará al valor del bien al momento de la expropiación, sino que, además, se deberán indemnizar todos los otros perjuicios que hayan sido generados, intentando colocar al inversionista en la posición financiera en la cual estaría, si la expropiación no hubiese ocurrido. Esto puede significar, por ejemplo, tomar en consideración la apreciación de los activos ocurrida con posterioridad a la expropiación. Así, el tribunal de *ADC vs. Hungría* adoptó la fecha del laudo para la valorización de los activos expropiados, e incorporó en la indemnización un importante incremento en el valor de estos activos ocurrido después de la expropiación en concordancia con el principio de reparación plena expresado en *Chorzow (ADC vs. Hungría*, párrs. 497, 499).

Varios tribunales de inversión han ordenado el pago de indemnizaciones, incluyendo montos por encima del valor de los bienes expropiados para reparar perjuicios adicionales sufridos por los inversionistas. Por ejemplo, en *Funnekotter vs. Zimbabue*, el tribunal determinó que Zimbabue había violado la cláusula del tratado que establecía las condiciones para una expropiación legal y ordenó el pago de una indemnización que incluyó el valor de los activos expropiados y un monto adicional para reparar a los inversionistas por «las molestias resultantes de la toma de sus granjas y por la necesidad de empezar una nueva vida con frecuencia en otro país» (*Funnekotter vs. Zimbabue*, párr. 138). De manera similar, otros tribunales habiendo determinado que los hechos alegados constituían una expropiación ilícita, han incluido en la indemnización montos adicionales para cubrir los gastos incurridos por el inversionista luego de la expropiación. (Ver, por ejemplo, *Vivendi Universal vs. Argentina* y *Siemens vs. Argentina*). El tribunal en *Siemens*, incluso, aceptó la posibilidad de que se sigan generando perjuicios con posterioridad al laudo en caso de eventuales reclamos por parte de terceros, y ordenó que Argentina se haga responsable de tales reclamos (*Siemens vs. Argentina*, párrs. 387, 403).

Para que se otorgue una indemnización bajo el Derecho internacional, es indispensable que el inversionista haya sufrido un perjuicio como resultado del hecho ilícito atribuible al Estado. Es decir, se requiere demostrar que el inversionista ha sufrido un perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del Estado y el perjuicio sufrido (ver, artículos de la CDI, art. 31).

Con respecto a la relación de causalidad, no es suficiente demostrar que, fácticamente, el perjuicio no hubiese ocurrido sin el hecho ilícito, es necesario aplicar los conceptos de causalidad legal para determinar que el daño causado no es muy remoto para requerir reparación. Como explica el profesor CRAWFORD en sus comentarios a los artículos de la CDI, bajo el Derecho internacional se pueden aplicar diversos conceptos para determinar que el perjuicio no es muy indirecto o remoto. Por ejemplo, se usan conceptos como los de perjuicio «directo», «previsibilidad», «proximidad» e «intencionalidad». El uso de estos conceptos puede variar, dependiendo de la obligación de Derecho internacional que haya sido vulnerada en cada caso (ver, comentario (10) al art. 31 de los artículos de la CDI). El tribunal en *Rompetrol vs. Rumanía* notó expresamente que corresponde al inversionista reclamante probar «el vínculo de causalidad requerido entre la pérdida o daño y la violación del tratado» (traducción libre) (*Rompetrol vs. Rumanía*, párr. 190).

Los tribunales de inversión han rechazado reclamos cuando no han encontrado una relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la conducta del Estado. En *Tecmed vs. México*, el inversionista solicitó una indemnización por el daño causado a su reputación. Esta solicitud fue rechazada por el tribunal, porque no se había probado que la conducta de México hubiera causado un perjuicio a la reputación de Tecmed (*Tecmed vs. México*, párr. 198). De manera similar, el tribunal en *Metalclad vs. México* concluyó que habían varios factores que influyeron en la reducción de los otros negocios del inversionista y la relación causal entre la conducta del Estado y este reclamo era muy remota e incierta, y denegó este reclamo (*Metalclad vs. México*, párr. 115). En *Biwater vs. Tanzania*, la mayoría del tribunal concluyó que las causas reales, próximas o directas de los perjuicios reclamados por el inversionista no estaban vinculadas a la conducta del Estado y habían ocurrido antes de que se realice la expropiación. En consecuencia, no se otorgó indemnización en este caso, pese a haberse configurado una violación al tratado (*Biwater vs. Tanzania*, párr. 798).

El perjuicio no consiste únicamente en el daño patrimonial ocasionado; también pueden causarse daños a intereses no patrimoniales (denominados daños morales) y ellos pueden ser objeto de reparación. De acuerdo a los artículos de la CDI, el perjuicio «comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado» (artículos de la CDI, art. 31 (2)). En su opinión disidente en *Biwater vs. Tanzania*, Gary Born destaca que puede existir un perjuicio para el inversionista incluso cuando no se han causado daños patrimoniales. (Opinión disidente de Gary Born en *Biwater vs. Tanzania*, párr. 26).

En los arbitrajes de inversión, las indemnizaciones, generalmente, se refieren a daños materiales o patrimoniales, ya que, normalmente, se vulneran los derechos económicos de los inversionistas. Sin embargo, en algunos casos se han presentado reclamos que incluyen daño moral. En *Desert Line vs. Yemen*, el tribunal otorgó al inversionista un millón de dólares para indemnizar el daño moral sufrido, el cual se basó en reclamos por acosos y amenazas al personal de la empresa e incluyó daño a la reputación. (*Desert Line vs. Yemen*, párrs. 289, 290) En otros casos, los reclamos por daño moral han sido rechazados por diversos motivos pero no se ha negado la posibilidad de que, en principio, pueda otorgarse una indemnización por este concepto bajo el Derecho internacional. Como se mencionó anteriormente, en *Tecmed vs. México* el tribunal rechazó el reclamo vinculado a los daños a la reputación por falta de causalidad (*Tecmed vs. México*, párr. 198). En *Rompetrol vs. Rumanía* y *Pey Casado vs. Chile* se rechazaron estos reclamos por falta de prueba (*Rompetrol vs. Rumanía*, párrs. 292-293; *Pey Casado vs. Chile*, párr. 704). El tribunal de *Funnekkotter vs. Zimbabwe* no admitió los reclamos por daño moral debido a su presentación tardía (*Funnekkotter vs. Zimbabwe*, párr. 140).

Existe cierta controversia con respecto a si corresponde otorgar una indemnización por daño moral solamente ante ciertas circunstancias excepcionales o si, en principio, corresponde en cualquier caso en que se causen daños no patrimoniales. El tribunal de *Desert Line vs. Yemen* justificó su decisión de otorgar daños morales en la conducta maliciosa del Estado y la gravedad de los daños causados a la salud de los ejecutivos y la reputación de la empresa (*Desert Line vs. Yemen*, párrs. 289-291). Tribunales posteriores han seguido esta línea, exigiendo la presencia de «circunstancias excepcionales» como una conducta reprobable por parte del Estado o el sufrimiento de perjuicios de cierto nivel de gravedad, para otorgar este tipo de indemnización. Así, varios tribunales han denegado reclamos por daños morales al no encontrar estas circunstancias excepcionales (ver, *Europe Cement vs. Turquía*, párr. 181; *Lemire vs. Ucrania* párrs. 333, 344-345; *Arif vs. Moldova*, párr. 615 y *Tza Yap Shum vs. Perú*, párrs. 281-285). Algunos comentaristas como RIPINSKY y WILLIAMS comparten la posición de estos tribunales y opinan que éstos están facultados para tomar en cuenta elementos como la culpa o malicia en la conducta del Estado para determinar el monto de una indemnización (RIPINSKY y WILLIAMS, p. 312). Sin embargo, otros comentaristas han expresado desacuerdo con esta posición, considerando que la responsabilidad de los Estados bajo el Derecho internacional es objetiva y la indemnización tiene, exclusivamente, una función reparadora y no punitiva (ver, CORIELL y MARCHILI, y JAGUSCH y SEBASTIAN).

2. *Acuerdos de inversión y leyes locales*

En los casos de vulneración a garantías contenidas en contratos de inversión, los tribunales arbitrales fijarán la indemnización que corresponde al inversionista en atención a las disposiciones contenidas en el propio acuerdo o contrato y según la ley aplicable al mismo.

Cuando las garantías de inversión estén contenidas en leyes locales, las normas locales también serán aplicables para determinar el monto de la indemnización que corresponde otorgar. Sin embargo, a la fecha no existen muchos casos en los cuales tribunales de inversión hayan otorgado indemnizaciones sobre la base de violaciones a garantías de inversión contenidas en leyes locales.

En ocasiones, los contratos celebrados por el inversionista contienen disposiciones específicas que establecen pautas para el tribunal al determinar la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Mobil Cerro Negro vs. Pdvsá*. En este caso, el tribunal determinó que se había vulnerado la garantía de no discriminación contenida en el acuerdo de asociación de un proyecto petrolero. El tribunal fijó el monto de la indemnización correspondiente por esta vulneración aplicando los términos específicos del acuerdo, el cual establecía un tope a la cantidad que correspondía otorgar y una serie de fórmulas y procedimientos contables para calcular una eventual indemnización (*Mobil Cerro Negro vs. Pdvsá*, párrs. 600, 655-778). El contrato fue interpretado bajo el Derecho venezolano, el cual había sido designado por las partes en el acuerdo, considerando, en particular, los principios de buena fe y común intención de las partes (*Mobil Cerro Negro vs. Pdvsá*, párr. 609).

En otros casos, al interpretar los contratos los tribunales han recurrido en mayor medida a las normas del Derecho aplicable sobre cálculo de indemnizaciones. Así, en *Aucoven*, el tribunal aplicó el contrato de acuerdo al Derecho venezolano para determinar la indemnización que correspondía por el incumplimiento de un contrato de concesión para la construcción de una autopista. El tribunal otorgó una indemnización basada en los gastos realizados por el concesionario. Sin embargo, a pesar de que el contrato establecía que el concesionario podía recuperar el lucro cesante, el tribunal no otorgó una indemnización por este concepto porque el concesionario no había probado estos daños con el nivel de certeza requerido bajo el Derecho venezolano (*Aucoven*, párrs. 349-352, 353, 355, 362).

Generalmente, las leyes locales establecen que la parte afectada por un incumplimiento contractual, tiene derecho a ser colocada en la situación en la cual estaría de haberse cumplido el contrato. De manera similar, los Principios Unidroit establecen que el daño a ser reparado incluye la «pérdida sufrida» por la parte perjudicada por el incumplimiento y la «ganancia de la que fue privada» (ver Principios Unidroit, art. 7.4.2). El reclamante tendrá, usualmente, la carga de probar los daños sufridos por el incumplimiento contractual, pero el nivel de prueba exigido puede variar en las distintas jurisdicciones. De acuerdo a los Principios Unidroit, corresponde otorgar una compensación por los daños que se establezcan «con un grado razonable de certeza» y cuando la cuantía no pueda establecerse con suficiente certeza, el monto del resarcimiento queda a discreción del tribunal (ver Principios Unidroit, art. 7.4.3 (1) y (3)). Es decir, debe establecerse con certeza la existencia de un daño, pero no la cuantía exacta del mismo.

Con frecuencia, los tribunales arbitrales se refieren al Derecho internacional para determinar la indemnización, incluso cuando las garantías de inversión están contenidas en un acuerdo de inversión o en leyes locales. En particular, los tribunales Ciadi pueden aplicar el Derecho internacional bajo el art. 42(1) del Convenio Ciadi. El art. 42(1) establece que «El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables». Cuando el contrato no establece expresamente cuál es la ley aplicable al mismo, los tribunales con frecuencia recurren al Derecho internacional. Sin embargo, cuando las partes han elegido una ley local como la ley aplicable al contrato, ello no excluye la aplicación de normas de Derecho internacional. Al respecto, SCHREUER explica que existe un marco de reglas obligatorias de Derecho internacional, independientemente de la elección del Derecho aplicable de las partes en una transacción. (SCHREUER, p. 590).

(Autora: Cristina Ferraro. Miranda & Amado Abogados. Lima).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, Res. n.º 56/83 de 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de la ONU (artículos de la CDI). Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcán). Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi). Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORIELL W. y S. MARCHILI. «Unexceptional Circumstances: Moral Damages». *International Investment Law, Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 3, Cap. 9. CRAWFORD, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. DOLZER, R. y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 109-112. JAGUSCH S. y T. SEBASTIAN. «Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?». *Arbitration International* (LCIA 2013, vol. 29, n.º 1), pp. 45-62. McLACHLAN, C. y otros. *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 316-319. MARBOE, I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. NEWCOMBE, A. y L. PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties - Standards of Treatment*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 18, 369-398. RIPINSKY, S. y K. WILLIAMS. *Damages in International Investment Law*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008. SCHREUER, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 558-631.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: Asunto de la Fábrica de Chorzow, Judgment n.º 13, Sept. 13, 1928, PCIJ, Ser. A, n.º 17, 1928. *Franck Charles Arif vs. República de Moldova*, Caso Ciadi n.º ARB/11/23, laudo (8 de abril de 2013); *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited vs. República de Hungría*, Caso Ciadi n.º ARB/03/16, laudo (2 de octubre de 2006). *Bernardus Henricus Fiumekotter y otros vs. República de Zimbabue*, Caso Ciadi n.º ARB/05/6, laudo (22 de abril de 2009). *Compañía de Aguas del Aconiguja S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/97/3, laudo (20 de agosto de 2007). *Siemens A.G. vs. República Argentina*, Caso Ciadi n.º ARB/02/8, laudo (6 de febrero de 2007). *The Rompetrol Group N.V. vs. Rumanía*, Caso Ciadi Case n.º ARB/06/3, laudo (6 de mayo de 2013); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso Ciadi n.º ARB (AF)/00/2, laudo (29 de mayo de 2003). *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso Ciadi n.º ARB(AF)/97/1, laudo (30 de agosto de 2000). *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. República de Tanzania*, Caso Ciadi n.º ARB/05/22, laudo y opinión concurrente y disidente (24 de julio de 2008). *Desert Line Projects LLC vs. República de Yemen*, Caso Ciadi n.º ARB/05/17, laudo (2 de febrero de 2008). *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso Ciadi n.º ARB/98/2, laudo (8 de mayo de 2008). *Europe Cement Investment & Trade S.A. vs. República de Turquía*, Caso Ciadi n.º ARB(AF)/07/2, laudo (13 de agosto de 2009). *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*, Caso Ciadi n.º ARB/06/18, laudo (28 de marzo de 2011). *Señor Tza Yap Shum vs. República del Perú*, Caso Ciadi n.º ARB/07/6, laudo (7 de julio de 2011). *Mobil Cerro Negro, Ltd. vs. Petróleos de Venezuela, S.A. et al.*, Caso CCI n.º 15415/JRF, laudo final (11 de diciembre de 2011). *Autopista Concesionada de Venezuela CA (Aucoven) vs. Venezuela*, Caso Ciadi n.º ARB/00/5, laudo (23 de septiembre de 2003).

VOCABLOS CONEXOS: Cuantificación del daño (en arbitraje de inversiones). Daños morales (en arbitraje de inversión). Daños y perjuicios (evaluación en el arbitraje); justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones). Oferta de compensación.

DEBER DE DECLARACIÓN (DE LOS ÁRBITROS)

El deber de declaración de los árbitros es la obligación de los árbitros de revelar los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia.

El deber de declaración tiene la finalidad de permitir a las partes verificar la independencia e imparcialidad de los árbitros. Este deber puede constituir la base para descalificar a aquel árbitro que muestre dependencia o parcialidad.

Entre otros aspectos, el árbitro declarará si tiene relaciones de parentesco, amistad, enemistad, de negocios o litigiosas con cualquiera de las partes o sus representantes.

En la legislación sobre arbitraje de la inmensa mayoría de países se establece el deber de declaración de los árbitros, como es el caso de aquellas leyes basadas en la Ley Modelo de la Cnudmi, cuyo art. 12.1 se refiere a esta cuestión.

Asimismo, los principales códigos de ética contemplan específicamente este deber de declaración, así *The Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes* elaborado por la *American Arbitration Association* (AAA) y la *American Bar Association* (ABA) y las *Rules of Ethics for International Arbitrators* elaboradas por la *International Bar Association* (IBA) contemplan el deber de declaración bajo la denominación *duty of disclosure*.

El deber de declaración existe desde el nombramiento del árbitro y durante todas las actuaciones arbitrales, debiendo el árbitro, por tanto, comunicar los hechos o circunstancias sobrevenidos que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia.

Las leyes de ciertos países, así como diversos reglamentos de arbitraje y códigos de ética prevén que los árbitros, al aceptar su nombramiento, han de suscribir una declaración de independencia e imparcialidad (*statement of independence and impartiality*), en algunos casos, jurada.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: NACIMIENTO, Patricia y Amelie ABT. «Part II - Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter III - Constitution of the Arbitral Tribunal, § 1036 - Challenge of an Arbitrator» in HEINZ BÖCKSTIEGEL, Karl, Stefan MICHAEL KRÖLL, et al. (eds.). *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*. Londres: Kluwer Law International, 2007, pp. 207-223. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1461-1552.

VOCABLOS CONEXOS: Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Acción de nulidad. Exequátur.

DEBIDO PROCESO (VER «ORDEN PÚBLICO»)

DECLARACIÓN DE TESTIGO (VER «DECLARACIONES ESCRITAS»)

DECLARACIONES ESCRITAS

Witness statement (cuya traducción al español sería «declaración de testigo») es el contenido de lo dicho por un testigo durante un proceso arbitral y que es usado como prueba. La declaración, según la convicción que cree en los árbitros, puede demostrar los hechos a los que se refiere.

El *witness statement* puede estar contenido en una declaración oral, brindada directamente frente al propio tribunal arbitral, o mediante una *deposition* sin presencia de los árbitros, que luego de ser grabada en audio o video es mostrada a los árbitros. Sin embargo, es una práctica bastante común, especialmente, en el arbitraje internacional, el uso de declaraciones escritas. De hecho, el término *witness statement* suele usarse con más frecuencia para referirse a la declaración escrita que a la declaración oral.

En esa línea, es bastante común que el *direct examination* (o interrogatorio directo por la parte que ofreció el testigo) conste en una declaración escrita, y que se reserve para una declaración oral ante el propio tribunal, el *cross examination* (interrogatorio cruzado por la contraparte de quien ofreció el testigo), y de ser el caso el *redirect* (repreguntas de quien ofreció el testigo luego de realizado el *cross examination*) y el *recross* (repreguntas de la contraparte luego del *redirect*) (sobre el particular, ver definición de *witness of fact*).

Es importante tener en cuenta que, si bien el término *witness statement* puede usarse indistintamente para una declaración de un *witness of fact* (o testigo de hechos) o un *expert witness* (o testigo experto o perito), lo cierto es que es más común el uso del vocablo para referirse a la declaración del primero, pues el *statement* del segundo, suele ser denominado *expert report*, informe de experto o informe pericial.

Como se indicó, es común que se presente un *written witness statement* conteniendo lo que sería el *direct examination* por escrito. No es extraño que se permita la presentación de un segundo *witness statement* complementario, luego del intercambio de las primeras declaraciones de testigos entre las partes. Ello permite que los testigos puedan hacer referencia a las declaraciones de los demás testigos, comentarlas, contradecirlas o aclararlas.

Se discute mucho la conveniencia del uso de las declaraciones escritas entregadas por anticipado. La principal crítica que se hace es que estos reportes son preparados en coordinación muy estrecha con, cuando no redactados por, los abogados de las partes, haciéndoles perder espontaneidad y generando dudas de si uno está realmente leyendo la declaración del testigo o la de la parte.

Sin embargo, existen una serie de ventajas. La principal es que permite al abogado de la contraparte preparar su *cross examination* teniendo de antemano el *witness statement*, pudiendo vincularlo con el resto de las pruebas. Ello contrasta con lo que ocurre si el *direct examination* se hace en la misma audiencia y recién entonces la contraparte de la que ofreció el testigo toma conocimiento de su declaración y de los hechos que afirma, reduciendo la posibilidad de contradecirlo y de estar adecuadamente preparado para el *cross examination*. Permite, además, que los árbitros lleguen mejor preparados a la audiencia y con mayor conocimiento de quién es el testigo y cuál es la importancia del mismo. Todo ello permite un interrogatorio más intenso, detallado y preparado, lo cual puede contribuir a una mejor comprensión del caso. Estas ventajas explicarían el uso común de las declaraciones de testigos presentadas por escrito y por anticipado.

Cuando se presentan por escrito los *witness statement*, la declaración en la audiencia por parte del testigo suele iniciarse con el juramento o afirmación por parte del declarante que dirá la verdad. Luego de ello se le pone por delante una versión firmada de su *statement* y se le pide, de una manera bastante ceremonial y formal, que lo revise y confirme si es su *statement*. Luego de pasar algunas páginas, el testigo ratifica que es el

statement por él presentado. En ocasiones efectúa correcciones, aclaraciones o precisiones a solicitud del abogado de la parte que lo ofreció como testigo. En esos casos, el *statement* se entiende corregido o completado en los términos expresados por el testigo. Sin embargo, lo común es que las aclaraciones o precisiones sean accesorias o secundarias.

Usualmente, las reglas limitan el *direct examination* del testigo en la audiencia a estos actos especialmente formales y ceremoniales. En esas situaciones no existe propiamente un interrogatorio inicial por parte del abogado que ofreció el testigo. En ocasiones se admite un *direct examination* breve y limitado. Y más excepcionalmente se admite un *direct examination* amplio y completo.

Luego se pasa el *cross examination* y, de ser el caso, al *redirect*, *recross*, *re-redirect* y *re-recross*, que se realizan de manera oral en la propia audiencia. Es de esperar que estos interrogatorios sean más intensos y completos.

La flexibilidad del arbitraje permite una gran diversidad de reglas para regular la actuación del *witness statement*. Todo dependerá de los reglamentos a los que se sometieron las partes, los acuerdos a los que hayan llegado y las reglas que establezca cada tribunal. En esa línea, la diversidad es la regla.

El *witness statement*, cuando es oral, suele recogerse en un *transcript* o transcripción de la audiencia efectuado por un *reporter* que va digitando durante las declaraciones el contenido de las mismas. En ocasiones, en cambio, se acude al uso de videos o grabaciones de las actuaciones. Sea cual sea la técnica de registro de la declaración, lo recomendable es el uso de un medio que asegure contar con una versión completa y precisa de lo declarado.

(Autor: Alfredo Bullard. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BISHOP, Doak y Edward G. KEHOE (eds.). «The Art of Advocacy in International Arbitration». *Juris. International Bar Association* «Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration». En (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), 2.ª edición. KRIEGER, Stefan H. y Richard K. NEUMANN Jr. «Essential Lawyering Skills». Nueva: Aspen Publishers, 2003, 2.ª edición. STRAUSS, Michael. «International Commercial Law: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes», p. 871.

VOCABLOS CONEXOS: Careo de peritos. Exhibición de hechos (*discovery*). Prueba. Declaraciones escritas. Testigo. *Witness of fact*.

DECLINATORIA ARBITRAL

La declinatoria arbitral es el mecanismo procesal en virtud del cual se impugna la competencia arbitral, por no estar sometida la controversia a arbitraje o a unos determinados árbitros. Es decir, es el medio por el que las partes, en un procedimiento arbitral, manifiestan a los árbitros ya nombrados que no son competentes para conocer del conflicto que les enfrenta, puesto que son competentes para ello, jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria u otros árbitros o institución de arbitraje.

En virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, en vigor en un buen número de sistemas jurídicos, los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia. Según esta regla, el análisis de validez del convenio arbitral y la del contrato en el que normalmente se incorpora, debe producirse de manera separada. La validez del convenio arbitral no depende de la validez del contrato principal.

Atendiendo a la regulación de la ley española de arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje) los árbitros están facultados para decidir sobre la validez del convenio arbitral y sobre cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Según la referida ley, las excepciones sobre la competencia de los árbitros deben oponerse tan pronto como sean conocidas; y, a más tardar, en el momento de contestar a la demanda. El hecho de haber participado en el nombramiento de los árbitros no impide la alegación de tales excepciones. Los árbitros pueden decidir sobre la declinatoria o excepción de arbitraje con carácter previo o en el laudo final, al resolver en cuanto al fondo. Si es con carácter previo y el laudo es desestimatorio, el ejercicio de la acción de anulación, no suspenderá el procedimiento arbitral.

(Autor: Enrique Navarro. Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Declinatoria de jurisdicción. Efecto negativo del convenio arbitral. *Kompetenz-kompetenz*.

DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN

La declinatoria de jurisdicción es el mecanismo procesal en virtud del cual las partes, en un procedimiento judicial, impugnan la competencia del juez por estar sometida la disputa que les enfrenta a otra jurisdicción o a arbitraje.

En Derecho español, la declinatoria de jurisdicción está regulada en los arts. 63 a 65 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin entrar en detalle, porque no es ésta la publicación para ello, sí diremos que las principales notas relevantes de esta regulación son las siguientes.

La declinatoria debe proponerse en los primeros diez días del plazo para contestar a la demanda (son veinte días hábiles como bien es sabido) o en los cinco días posteriores a la citación para la vista. La proposición tiene el efecto de suspender el plazo para contestar a la demanda, reanudándose el plazo en el momento en que se resuelva por el juez. La suspensión del procedimiento principal no obsta para que el juez pueda adoptar todas las medidas de aseguramiento de prueba que considere necesarias (así como medidas cautelares) para evitar que la dilación motivada por la declinatoria, pueda suponer un perjuicio para el actor.

El procedimiento de la declinatoria es muy sencillo: la actora podrá oponerse a la declinatoria y el juez resolverá mediante auto. Si el juez estima la declinatoria, se inhibirá en favor del órgano al que corresponda la competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días.

La declinatoria puede presentarse ante el tribunal que esté conociendo del procedimiento o ante el juez del domicilio del demandado, que deberá remitir lo más rápido posible al tribunal ante el que se presentó la demanda.

(Autor: Enrique Navarro. Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Declinatoria arbitral. Exequátur. *Kompetenz-Kompetenz*.

DEFENSA Y CONTRADICCIÓN

Ya en el Derecho romano los principios del proceso se configuraban como pautas, directrices o rasgos que marcan el significado de una ordenación jurídica, y ello en tanto que el ordenamiento jurídico no es un mero conglomerado de normas, sino que debe contar con unos principios estructurales que sirvan de elemento dinamizador del proceso, a fin de que sea resuelto debidamente o, dicho de otra forma, a fin de que la controversia sea dirimida a través del debido proceso, contando el mismo con todas las garantías necesarias a fin de materializar una tutela judicial efectiva, vulnerándose el derecho a un proceso debido «cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa [...] proscribiendo la desigualdad de las partes» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982).

Es el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma en 1950, el que recoge el derecho a un proceso con todas las garantías, en definitiva el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución española, como derecho a alegar y probar bajo los principios de igualdad y contradicción, a fin de obtener una respuesta de fondo, motivada y carente de arbitrariedad, configurándose el principio de contradicción, integrante del orden público internacional, como una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, como una garantía procesal amparada constitucionalmente con rango de derecho fundamental, llegando a calificarlo CALAMANDREI como «un derecho natural de la persona», de tal importancia que constituye «el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema». También la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje española se refiere al derecho de defensa de las partes y al principio de igualdad como «valores fundamentales del arbitraje como proceso que es»; y, por tanto, de carácter imperativo o de *ius cogens*, no siendo posible su revocación por voluntad de las partes o de los árbitros, añadiendo dicha exposición de motivos que «el procedimiento arbitral se estructura sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado», por lo que el laudo será fruto de la intervención en el arbitraje de tesis contrapuestas.

El principio de contradicción ha sido definido por BERLING como aquél que «exige al tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes», y se ha conectado con el principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a las partes de derechos y deberes procesales, a fin de equipararlas para la contienda judicial, haciendo posible el enfrentamiento dialéctico entre ellas, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el tribunal de los propios.

En todo proceso arbitral confluyen dos posiciones enfrentadas, posiciones que pueden estar integradas por una o varias partes, garantizando el principio de contradicción establece que quienes intervienen como partes en un determinado proceso, tengan la posibilidad de contradecir las alegaciones efectuadas por la parte contraria; y, por tanto, de ser oídos y defenderse frente a las alegaciones y pruebas aducidas por el adversario. El principio se construye, en consecuencia, sobre la base de conceder a las partes la posibilidad efectiva de comparecer o acceder al proceso, a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y la correspondiente práctica de pruebas. No significa que las partes deban comparecer para defenderse frente a las alegaciones del contrario, sino que, simplemente, se les otorga la posibilidad de hacerlo, formalizándose el derecho al otorgar a las partes la oportunidad de ser oídas, salvaguardando, exclusivamente, que todas gocen de las mismas oportunidades dentro del proceso, de ahí que como complemento del principio de contradicción figure el principio de igualdad o, utilizando una terminología más descriptiva, de igualdad de armas.

El principio de contradicción se manifiesta a través de los principios de audiencia y de defensa, del que constituye su presupuesto, debiendo respetarse en todo proceso, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes, constituyendo corolario del principio de contradicción, la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, correspondiendo a los órganos arbitrales procurar que en un proceso arbitral se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar sus derechos o intereses; y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa contradictoria en cada una de las fases que lo componen.

Así, pues, la observancia del principio de contradicción en el proceso arbitral supone para los árbitros la obligación de evitar desequilibrio en cuanto a la respectiva posición de las partes o en cuanto a las posibles limitaciones en el derecho de defensa que pudiera suponer para alguna de ellas indefensión —con la consiguiente nulidad de la resolución definitiva a la que estaba dirigida la frustrada posibilidad de defensa—, lo que se traduce en que los contendientes, en posición de igualdad, han de disponer de las mismas posibilidades de alegar y probar todo aquello que estimaren conveniente con vistas al reconocimiento arbitral de sus respectivas tesis, originándose indefensión cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos o, lo que es lo mismo, cuando se priva o aminora sustancialmente el derecho de defensa, menoscabando los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas, la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 24.1 de la Ley de Arbitraje, de contenido sustancialmente idéntico al art. 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, consagra tales principios al señalar, bajo la rúbrica de «principios de igualdad, audiencia y contradicción», dentro del título v, relativo a la «sustanciación de las actuaciones arbitrales», que «deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos», integrándose como motivos de anulación del laudo, entre los previstos por el art. 41 del mismo texto legal, que «la parte que solicita la anulación alegue y pruebe b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos» o, el más genérico, contenida en el apartado f), relativo a que el laudo sea contrario al orden público, teniendo en cuenta que, conforme prevé el segundo apartado del mismo artículo, dichos motivos, dado su carácter, «podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida».

Y es que, como señala CREMADES, siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional mediante el cual los particulares pueden alcanzar los mismos objetivos que ante la jurisdicción civil, «La libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativo, aplicables a todo proceso: audiencia, contradicción e igualdad», siendo dichos principios de aplicación inmediata al arbitraje y objeto de control jurisdiccional

por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo. Tan sólo el libre sometimiento de las partes a un arbitraje, en virtud del convenio arbitral, de controversias que versen sobre materias de libre disposición, dentro del marco de un procedimiento que salvaguarde las garantías de igualdad, audiencia y contradicción, configura el arbitraje como un auténtico equivalente jurisdiccional.

El principio de contradicción se concreta en el derecho de cada parte del arbitraje a conocer los actos de alegación y de prueba formulados por la parte contraria con el fin de poder desarrollar una actuación tendente a lograr una decisión del árbitro distinta a la pretendida por aquélla y conducente a obtener una decisión favorable a sus derechos e intereses opuestos a los de la contraria, y exige, por tanto, la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos, obteniendo satisfacción al conceder a la demandada la posibilidad de actuar en el proceso, de servirse de representación letrada, de conocer el contenido de la demanda, de contestarla, de proponer y practicar prueba y de formular conclusiones.

Por ello, la omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye, en principio, una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando prive al destinatario afectado del conocimiento necesario para que pueda ejercer convenientemente su derecho de defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir, tal y como señala el art. 30.2 de la Ley de Arbitraje española, al prever que «las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes», añadiendo el tercer apartado del mismo precepto que deberá darse traslado a la otra parte «de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte», debiendo ponerse «a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión». Sin embargo, debe tenerse presente que se trata de un derecho y no de una obligación, por lo que si una de las partes no comparece a una audiencia debidamente notificada, o no presenta pruebas o alegaciones, los árbitros podrán, conforme a lo previsto por el art. 31 de la Ley de Arbitraje española, continuar con el procedimiento arbitral y dictar el laudo que ponga fin al mismo, si consideran que disponen de pruebas suficientes para adoptar una decisión, por cuanto en ese caso la indefensión se deberá al propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia procesal del interesado.

(Autor: Sergio González Malabia. Doctor en Derecho. Magistrado Juzgado Primera Instancia n.º 3 de Ibiza).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALAMANDREI, P. *Proceso y democracia*. Buenos Aires, 1960, p. 148. BERLING, E. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Labor, 1943, p. 26. DE URBANO CASTRILLO, E. «Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad». *Revista Poder Judicial*, n.º especial XIX-2006. DAMIÁN MORENO, J. *Introducción al sistema judicial español*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 155-164. GRANIZO GARCÍA CUENCA, J.L. «Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil. En especial los actos de comunicación de las partes y del órgano judicial». *Cuadernos de derecho judicial*, 1992, vol. 22, pp. 157-237. CREMADES B.M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, pp. 185-220.

VOCABLOS CONEXOS: Acción. Acción de nulidad. Alegaciones. Nulidad parcial del laudo. Arbitraje. Arbitraje comercial internacional. Árbitro. Audiencias. Cargas procesales. Colegio arbitral. Comienzo del arbitraje. Constitucionalidad del arbitraje. Contestación a la demanda. Debido proceso. Orden público. Demanda arbitral. Derecho a prueba. Dúplica. Emplazamiento. Examen de testigos. Igualdad de las partes. Inactividad de las partes. Indefensión. Principios Unidroit. Procedimiento arbitral. Prueba. Rebelía. Reconvención. Réplica. Tratado justo y equitativo.

DELIBERACIONES (DEL TRIBUNAL ARBITRAL)

Deliberar, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es «considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos». En definitiva, la deliberación es un proceso intelectual que incluye acopiar y comprobar hechos y su incardinación jurídica, examen, análisis, compulsar, sopesar, confrontar y comparar, incluir o excluir elementos para formar el juicio. Reflexión, en suma, cuyo resultado conduce a la decisión y exteriorización de una voluntad. La deliberación, en este sentido, es el conjunto de pasos y etapas del acto íntimo de pensamiento o de formación de un criterio para asumir una cierta posición o postura ante algo, que puede conducir o no a un pronunciamiento.

En puridad, no puede confundirse la deliberación, propiamente dicha, con la discusión de la conclusión de lo deliberado. La deliberación es el proceso mental –razonamiento– de preguntas y respuestas que, separado en lo posible de los sentidos y de la voluntad, empieza con la concepción –inspiración de la idea

o la adopción de una idea ajena, su análisis y ponderación— y concluye con la organización lógica de los fundamentos que la sustentan, para poder expresarla o exponerla cuando corresponda. Por lo tanto, es acto y proceso individual, íntimo, silencioso, porque, en sustancia, es disolver un conjunto de informaciones en una serie de elementos individuales para depurar su validez singular o grupal, a la luz de circunstancias o criterios externos que, en términos arbitrales, pueden ser el orden jurídico aplicable o el criterio de equidad o conciencia preexistente. La discusión, en cambio, es la contrastación del resultado de lo deliberado por uno de los árbitros, con el resultado de las otras deliberaciones de los demás árbitros.

Por ello, cuando se trata de decisiones colegiadas, la discusión es el examen conjunto de las conclusiones de las deliberaciones de cada uno de los integrantes del colegio. De esta suerte, tratándose de este tipo de decisiones, se está ante una deliberación que podríamos calificar de duplicada, pues a la previa reflexión propia se suma la posterior reflexión sobre la deliberación ajena y confrontación o comparación con el resultado de la propia, para formar la decisión común o, cuando sea el caso, la decisión mayoritaria. Planteado en otros términos, la deliberación propia concluye con una elección entre distintas alternativas u opciones, bajo el supuesto de que lo elegido es lo más correcto en lógica, verdad y adecuación a la norma jurídica aplicable, cuando sea el caso. En cambio, la deliberación colegiada involucra la ponderación de las alternativas a que han llegado las deliberaciones individuales.

Así como las deliberaciones individuales son un proceso intelectual y no tienen relevancia ni eficacia hasta que se transmiten en la forma que corresponda según las circunstancias, las discusiones (o deliberación grupal del resultado de las deliberaciones individuales), son secretas, o en todo caso, sin trascendencia jurídica hasta que no sean expresadas. Es regla general en todos los ordenamientos legales arbitrales y reglamentos de instituciones, que los árbitros tienen un deber de reserva, el que ciertamente incluye el decurso de las deliberaciones individuales o grupales.

Naturalmente, la deliberación más relevante corresponde a la del laudo que pone fin parcial o definitivamente a la controversia. Pero, la deliberación —como actividad del pensamiento o de la razón que conduce a una decisión— está presente y se desenvuelve durante todo el proceso y se ajusta a la naturaleza y alcances de la controversia, en la medida que su *iter* o desarrollo, su avance o suspensión o la clausura de las etapas procesales (determinación por el órgano arbitral de su propia competencia, tránsito de etapas postulatoria a probatoria, etc.) requiere la adopción de decisiones. De esta manera, toda resolución del órgano arbitral, sea individual o colegiada, puede decirse que es resultado de una deliberación más o menos amplia o profunda.

Las discusiones o deliberaciones grupales no requieren formalidad alguna y de ordinario podrán ajustarse a las maneras de intercambio que acuerde el tribunal: verbalmente o por escrito y en uno u otro caso a través de los medios que estimen apropiados (por teléfono o presencialmente en el caso oral; por correo electrónico u otra modalidad en el caso escrito).

Deliberación en sentido jurídico tiene como antónimo y ejercicio opuesto la impremeditación o la decisión con prejuicio. De ahí que sea consustancial a las resoluciones arbitrales la expresión de la motivación y fundamentación, para que las partes puedan seguir el hilo y sustento de la decisión.

(Autor: Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Socio del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Lima).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Exequátur. Debido proceso.

DEMANDA ARBITRAL

Acto típico y ordinario de iniciación procesal o declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación.

La demanda es, pues, en primer lugar, una petición, una solicitud de alguien de que algo sea producido. Pero, en un segundo término más restringido, es sólo aquella petición que tiene por objeto iniciar el proceso, distinta de la que se propone desarrollarlo u obtener su terminación.

Desde el momento en que la demanda es el acto normal de iniciación de un proceso, sin el cual éste no puede existir, se comprende que puede configurarse como un requisito del proceso mismo; presupuesto en sentido técnico, mucho más cuando a la demanda va incorporada la pretensión, ya que la existencia de una pretensión es el requisito fundamental, en realidad el único, de la existencia de un proceso.

La vigente Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003, asume la fungibilidad del ámbito alegatorio de las partes; pero, al propio tiempo, no ha preterido su determinación progresiva. La exposición de motivos de la Ley n.º 60/2003 indica en tal sentido que «en el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, añade, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva».

Se adopta un criterio proporcionado, no rígido, para el trámite de alegaciones a la luz de las exigencias de buena fe y la conservación de los actos ya tramitados debiendo calcularse el plazo alegatorio en función del término global permitido para emitir el laudo, que puede variar en el arbitraje institucional y *ad hoc*.

Quien inicia el arbitraje, formula, en todo caso, una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor, y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir.

La Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, regula la demanda en su art. 23, y dispone:

- 1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Por su parte, la Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003, regula la demanda en su art. 29, y transcribe casi al pie de la letra lo dispuesto en la Ley Modelo.

Todos o casi todos los Reglamentos de Arbitraje de las principales Instituciones Arbitrales, dedican alguno de sus apartados a regular el escrito de demandada, definiendo las líneas básicas de la misma (art. 4.3 del Reglamento de la CCI, art. 15 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*, art. 18 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, art. 21.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, art. 24 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid, art. 18 de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), etc.).

Los requisitos que se establecen de la demanda, considerada ésta en su forma pura, son de muy simple formulación; y, en principio, sólo se exigiría la presentación de un escrito en un plazo determinado, detallándose los sujetos y el objeto genérico del procedimiento arbitral, expresándose con claridad y precisión lo que se pide, y acompañándose ciertos documentos.

Los requisitos relativos a los sujetos afectan, en primer lugar, a la institución arbitral, pues es evidente que la demanda ha de interponerse ante un órgano competente; en segundo lugar, a las partes, pues la demanda ha de proceder de quien tenga capacidad o aptitud para ser parte (legitimación activa) y debe dirigirse a un ente con capacidad para ser parte y con legitimación pasiva.

En relación al objeto, la demanda ha de ser objetivamente posible, idónea y justificada.

De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes, al objeto de resguardar la flexibilidad y la adaptabilidad del procedimiento arbitral, principios inspiradores del proceso arbitral. La función de la demanda (y de la contestación), no es sino ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia; eso sí, una vez determinado el objeto del proceso en la demanda y en la contestación, las partes no pueden alterar, de manera sustancial, sus pretensiones iniciales, sólo pueden realizar alegaciones complementarias; es decir, precisiones o matizaciones a sus alegaciones iniciales, sin que se pueda producir un cambio en lo que se pide.

(Autora: María Arias Navarro. Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GUASP, Jaime y Pedro ARAGONESES. *Derecho Procesal Civil. Introducción y Parte General*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, tomo I. LORCA NAVARRETE. «La garantía del ámbito alegatorio de las partes en el arbitraje: en concreto la admisión de la reconvencción y la prohibición de la *Mutatio Libelli*». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, vol. 22, n.º 2, pp. 315-319.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de la *London Court of International Arbitration*. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. Reglamento de la Corte Española de Arbitraje. Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid y Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones (*memorials*). Contestación (*rebuttal*). Reconvencción. Procedimiento arbitral.

DÉPEÇAGE

Es la posibilidad que tienen las partes de un contrato de aplicar varios derechos distintos a distintas partes del contrato. Por ejemplo, las partes deciden aplicar Derecho inglés al régimen de sanciones de un contrato de construcción y Derecho español a todo lo demás. Esta posibilidad debe estar permitida por las normas de Derecho internacional privado del foro; por ejemplo, art. 3.1 del Reglamento n.º 593/2008, «Roma I», en el ámbito del Derecho comunitario europeo.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Civitas, 2009, 5.ª edición. CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 2009-2010, 10.ª edición.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al fondo del asunto.

DERECHO ANGLOSAJÓN

Con este término, o más frecuentemente con *common law*, se designa a la tradición jurídica de Inglaterra y de los países colonizados por el Reino Unido. Su principal característica es que es un Derecho de base jurisprudencial aunque, por definición, también considera que la ley emanada del parlamento es superior a la jurisprudencia. Su origen está en la doctrina y práctica creada por los jueces nombrados por la nueva dinastía normanda, a partir de la invasión de Inglaterra en 1066. Este término se opone en ocasiones al de *civil law*, como tradición jurídica de los países de la Europa continental, aunque su contenido y orígenes no tienen necesariamente que ser diferentes.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar).

VOCABLOS CONEXOS: Buena fe. Derecho continental. Confluencia de tradiciones jurídicas. Cultura arbitral. Fuerza mayor.

DERECHO APLICABLE AL FONDO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La ley o el Derecho aplicables al fondo del asunto, en el arbitraje comercial internacional, regulan los derechos y obligaciones de las partes, nacidos de la relación jurídica material que les une, que habitualmente será de naturaleza contractual. Esta ley, por tanto, regirá la interpretación del contrato, el régimen de responsabilidad por incumplimiento, las sanciones e indemnizaciones, etc. La ley aplicable al fondo se ha de diferenciar de la ley procesal aplicable al arbitraje (*lex arbitri*).

En el proceso de determinación de la ley aplicable al fondo se ha de distinguir entre aquellos casos en los que las partes han elegido la ley a emplear y los casos en que no ha habido elección. La elección de la ley aplicable puede ser expresa o implícita. Hoy se acepta de modo general que las partes son libres para elegir las normas aplicables al fondo de la controversia, tanto en el arbitraje comercial como en el de inversiones. Prueba de la universalidad del principio de autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable, es su presencia en las leyes, convenios internacionales y reglamentos de arbitraje más utilizados (art. 28.1 Ley Modelo Uncitral, art. 17.1 Reglamento CCI). La práctica arbitral también eleva esta regla a la categoría de principio universal.

El principio de autonomía de la voluntad también debe entenderse como permitiendo una elección del Derecho aplicable una vez iniciada la controversia, más aún en materia de arbitraje, donde las partes son «dueñas» del proceso en mayor medida que en los procedimientos ordinarios.

Las partes pueden elegir tanto un ordenamiento nacional como un sistema privado de reglas jurídicas (principios Unidroit) o costumbres mercantiles (nueva *lex mercatoria*), como lo indica el hecho de que las leyes y reglamentos de arbitraje, a la hora de sancionar el principio de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable, se refieren a *rules of law* (reglas de Derecho, normas jurídicas) en vez de a leyes positivas estatales, únicamente. Las partes pueden, asimismo, elegir una combinación de ordenamientos o aplicar un ordenamiento a ciertas partes del contrato y otro ordenamiento a otra parte distinta (*dépeçage*). La interpretación de estas «cláusulas combinadas» de Derecho aplicable depende enteramente del tribunal arbitral, que deberá averiguar la verdadera voluntad de las partes en el momento en que se produjo la elección. Por ejemplo, ante una elección del Derecho español y, simultáneamente, de los «principios del comercio internacional», el tribunal arbitral podrá decidir que ha de aplicar el Derecho positivo español, pero dando una importancia superior a las costumbres mercantiles del ámbito comercial o industrial propio de la controversia. De todos modos, el reglamento arbitral (por ejemplo, el art. 17.2 del Reglamento CCI) puede indicar que, en todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las disposiciones del contrato y los usos de comercio pertinentes.

Las expresiones utilizadas por la ley modelo y los distintos reglamentos arbitrales («elegidas por las partes», «designadas por las partes», «acordadas por las partes», «*agreed upon*», «acordar libremente», «indicado como aplicable») parecen permitir bastante flexibilidad y ningún formalismo en la elección del Derecho aplicable, lo que hará posible la elección tácita o implícita. Esta elección implícita o tácita se deberá deducir del conjunto de circunstancias que rodean la controversia. Sin embargo, el tribunal arbitral no deberá entender que existe una elección donde en realidad no la hubo, ni deberá tratar de descubrir la ley que las partes habrían elegido, de haber prestado atención a este particular. Como caso particular de la elección implícita o tácita, se puede plantear, de modo bastante arriesgado, que cuando no ha habido elección de un Derecho positivo concreto, cada una de las partes, por lo menos, ha expresado su rechazo al Derecho interno propio de la otra parte, de modo que el árbitro, al tratar de determinar el Derecho aplicable en ausencia de elección, no podría elegir ninguno de dichos ordenamientos (elección negativa).

En ausencia de elección (expresa o implícita), el reglamento arbitral o, en su ausencia, la ley de arbitraje, indicarán el procedimiento para determinar la ley aplicable. Algunas leyes y reglamentos prevén que el tribunal arbitral determine la ley aplicable utilizando las normas de conflicto que crea convenientes (arts. 28.2 Ley Modelo Uncitral y 33.1 Reglamento Uncitral). Otros prevén que el tribunal decida el fondo de la controversia de acuerdo con la ley o normas jurídicas que estime apropiadas (*voie directe* o vía directa: arts. 34.2 Ley española de arbitraje, 17.1 Reglamento CCI, 22.3 Reglamento LCIA). Es decir, en el primer caso, el tribunal arbitral deberá determinar las normas indirectas (normas de conflicto) que se han de utilizar y a continuación determinar qué ordenamiento estatal o privado señalan dichas normas. En el segundo caso, el primer paso se omite, aunque con seguridad el árbitro realizará un razonamiento en clave de Derecho internacional privado, analizando los puntos de contacto de la controversia con los diferentes ordenamientos en juego.

El tribunal arbitral podrá escoger una norma de conflicto contenida en algún ordenamiento positivo estatal o una norma de conflicto no nacional. En el primer caso, el tribunal puede decidir aplicar las normas de conflicto del país sede del arbitraje, las del país que habría sido competente en ausencia de arbitraje o las del país de origen del árbitro. En caso de escoger una norma de conflicto no nacional, ésta puede ser un «principio general del Derecho internacional privado», como el de la ley más estrechamente vinculada con la relación jurídica, o se pueden utilizar métodos más flexibles, que tengan en cuenta todos los datos, como el *closest connection test*, *centre of gravity test*, o la teoría del *trunc commun*, que consiste en entender que las partes rechazan aquellas porciones del Derecho de la otra parte que son diferentes del propio Derecho y aceptan aquellas partes del Derecho que son comunes.

Se debe reseñar que, en muchas ocasiones, el problema de la ley aplicable al fondo es soslayado por los tribunales arbitrales, interpretando el contrato conforme a sus propios términos, sin ninguna referencia a otras normas jurídicas. En otras ocasiones, tampoco se determina dicha ley porque el tribunal entiende que las diferentes leyes entre las que tiene que escoger, son idénticas o que las soluciones materiales a las que llegan en el caso concreto son las mismas.

En cuanto a la incidencia de las normas imperativas y de orden público en la decisión sobre el fondo, tomada por el tribunal arbitral, tales normas se definen aquí como aquéllas que prevalecen sobre lo pactado

por las partes en su relación jurídica (casi siempre contractual), y sobre lo previsto, asimismo, por la ley aplicable al contrato.

Sin embargo, el fundamento de la obligatoriedad de dichas normas, así como su alcance y efectos, no son los mismos en el arbitraje y en los procedimientos judiciales ordinarios. En éstos, el juez está obligado, por su cargo, a aplicar las normas de orden público de su propio país —el foro— y, si la ley así lo dice, a aplicar las normas de orden público de otros países que tengan relación con la controversia. Asimismo, está obligado a aplicar las normas imperativas contenidas en la ley aplicable al contrato, según las reglas de Derecho internacional privado del foro.

En cambio, el árbitro internacional no tiene foro; y, por tanto, no está, en principio, obligado por las normas de orden público del foro. Asimismo, el árbitro únicamente tiene una obligación profesional de cara a las partes, por lo que su interpretación de la ley aplicable al contrato, ha de tener en cuenta sus intereses.

En este sentido, el árbitro internacional puede hacer prevalecer lo previsto por las partes sobre lo previsto en las normas de la ley aplicable, sean o no imperativas. A lo que el árbitro sí está obligado, por este mismo interés de las partes, es a tratar de que el laudo no sea anulado en el país sede del arbitraje y a que sea reconocido y ejecutado en todo país en el que se pida su reconocimiento y ejecución.

Por ello, el árbitro sí tendrá que tener en cuenta aquellas normas imperativas y de orden público cuya inaplicación pueda viciar de nulidad el laudo (art. 41.1.f de la Ley española de arbitraje) o impedir su reconocimiento (art. v.2b) del Convenio de Nueva York de 1958).

Un laudo arbitral que decida sobre el fondo sin aplicar el Derecho indicado como aplicable por las normas de conflicto del reglamento de arbitraje o de la ley de arbitraje aplicables, podría ser objeto de una acción de nulidad sobre la base de que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo previsto por las partes (art. 34.2.a.iv de la Ley Modelo Uncitral). Esta posibilidad no aparece cuando el laudo incurre en un mero error de Derecho.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LEW, J.D.M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Nueva York: Oceana Publications, 1978. KULPA, N.N. *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*. Frankfurt: Peter Lang, 2005. GRIGERA NAÓN, H. *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*. Tübinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al arbitraje. *Dépeçage*. Orden público.

DERECHO APLICABLE AL FONDO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

La ley o el Derecho aplicables al fondo del asunto, en el arbitraje de inversiones, regulan los derechos y obligaciones de las partes —inversor extranjero y Estado receptor de la inversión—, nacidos, ya sea de una relación contractual entre ellas (contrato de estado), o simplemente de la relación de carácter administrativo que tienen como inversor y como Estado donde se realiza la inversión. En este último caso, el Derecho aplicable al fondo regulará todo el ámbito de actuaciones del inversor, derivadas de su condición de inversor y todo el ámbito de actuaciones soberanas del Estado, o de sus diversos organismos o entes privados, que puedan afectar a la inversión o al inversor en cuanto tal.

Cuando un arbitraje de inversiones se sustancia conforme a una ley de arbitraje nacional, siendo o no de aplicación al mismo tiempo un reglamento de arbitraje comercial, se ha de recordar lo dicho aquí respecto al Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. En los arbitrajes plenamente deslocalizados, a los que se aplica un tratado internacional como el Convenio de Washington (Convenio Ciadi), el Tlcán (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o la ECT (*Energy Charter Treaty*), el modo de determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia estará previsto en el propio tratado.

Cuando se aplica el Convenio Ciadi y su reglamento, vale aquí lo dicho respecto a la elección expresa y tácita del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional, pues el art. 42.1 del Convenio respeta la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable.

Respecto a las cláusulas combinadas de elección de Derecho aplicable, presentes en muchos contratos de inversión (contratos de Estado) que exigen la aplicación conjunta del Derecho nacional y el internacional u ordenamientos privados como los principios Unidroit, el tribunal arbitral debe considerar el fondo del asunto conforme a los varios ordenamientos incluidos en la cláusula; y, a continuación, comprobar si las soluciones coinciden (como en el *Caso AGIP vs. Congo*), o no (*Caso CME*), en cuyo caso se deberá plantear si las relaciones entre ordenamientos hacen que una solución prevalezca sobre la otra o si cada ordenamiento tiene su propio campo de aplicación, de modo que la oposición entre ellos es imposible. Todo ello evitará futuros procedimientos de nulidad motivados por alegaciones de extralimitación de las facultades del tribunal.

En ausencia de elección del Derecho aplicable, el art. 42.1 prevé la aplicación tanto del Derecho interno del Estado parte en la controversia como del Derecho internacional, sin especificar las relaciones entre ambos. En el *Asunto Antoine Goetz vs. Burundi*, un tribunal arbitral resumió las soluciones dadas anteriormente por la jurisprudencia arbitral del Ciadi, respecto a las relaciones entre los distintos Derechos aplicables, afirmando que dichas relaciones pueden ser (i) de jerarquía, aplicándose, en primer lugar, el Derecho interno, pero dejándolo de lado en caso de contradecir el Derecho internacional; (ii) relaciones de subsidiariedad según las cuales el Derecho internacional sólo tendría la misión de llenar lagunas en el Derecho interno o contribuir a su interpretación; o (iii) relaciones de complementariedad, teniendo cada Derecho su propio ámbito de aplicación.

Durante la negociación del Convenio también se previó la posibilidad de que los tribunales arbitrales utilizaran el Derecho internacional si existían lagunas en el Derecho del Estado parte o si el Derecho interno contradecía el internacional.

Las decisiones más significativas, que sostienen la función correctiva y de llenado de lagunas del Derecho internacional, son las dictadas por los comités *ad hoc*, en procedimientos de nulidad, en los casos *Klöckner vs. Camerún* y *Amco vs. Indonesia*.

Cuando el arbitraje se inicia al amparo de un Appri (ver Appris), el inversor (casi siempre demandante) ha de elegir conforme a qué reglamento se administrará dicho arbitraje. Si el reglamento elegido es del Ciadi, así como el Convenio Ciadi, será de aplicación el art. 42.1 de este tratado, que como ya se ha dicho, respeta la elección de las partes del Derecho aplicable. Lo mismo ocurre si el arbitraje se inicia conforme a las otras dos opciones que con más frecuencia se indican en los Appris: el Reglamento Uncitral (art. 33.1) o el Reglamento del *Arbitration Institute* de la Cámara de Comercio de Estocolmo (art. 22.1). En los tres casos, habrá que entender que el Derecho elegido por las partes, tácitamente, es el señalado por las cláusulas de Derecho aplicable que aparecen en el propio Appri la mayor parte de las veces. Estas cláusulas tienen diferentes redacciones, pero en la mayor parte de los casos, de un modo o de otro, piden la aplicación del Derecho del Estado parte en la controversia junto con el Appri y el Derecho internacional general. Para resolver cualesquiera conflictos entre estos ordenamientos, valdría lo dicho anteriormente sobre las relaciones entre Derecho nacional e internacional conforme al art. 42.1 del Ciadi.

En ocasiones, los inversores reclaman alegando que un incumplimiento de contrato es además un incumplimiento del Appri. En estos casos, la ley aplicable al contrato indicará si existe incumplimiento del mismo, pero el Appri indicará si dicho incumplimiento es de tal magnitud o del tipo necesario para considerar que también se ha incumplido el Appri. No obstante, también un acto del Estado que no fuera considerado incumplimiento contractual por la ley nacional aplicable al contrato, podría llegar a ser un incumplimiento del Appri, si dicho acto estatal viola los estándares de trato a la inversión contenidos en el mismo.

Asimismo, en los casos en que se alegue que una acción administrativa del Estado receptor de la inversión es un incumplimiento del Appri, el Derecho administrativo del Estado en cuestión regulará la licitud o no del acto administrativo, aunque posteriormente será el Appri el que determinará si dicho acto administrativo, sea lícito o no conforme al Derecho interno, supone un incumplimiento de tratado.

El Derecho aplicable a la existencia de derechos de propiedad del inversor es el Derecho interno del Estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, aunque el Appri es el Derecho aplicable a la cuestión de si los derechos de propiedad del inversor constituyen una inversión protegida por el propio Appri, así como la cuestión de si dichos derechos se han visto perjudicados. El Derecho aplicable a la cuestión de si el inversor es un nacional de un Estado parte del Appri es el Derecho de ese Estado y el propio Appri. El Derecho aplicable a la cuestión de si una sociedad tiene capacidad para actuar ante un tribunal arbitral constituido al amparo del Appri es el Derecho conforme al que está constituida la sociedad.

En las controversias sometidas al Tlcán, es de aplicación el art. 1131.1 de dicho tratado, que indica que se dirimirán las controversias de conformidad con el propio tratado «y con las reglas aplicables del Derecho internacional». Asimismo, el art. 102 establece que el tratado se ha de interpretar y aplicar de acuerdo con sus objetivos y con las normas aplicables de Derecho internacional. Los objetivos incluyen la transparencia y el incremento de las oportunidades de inversión en el territorio de las partes. Estudiando la jurisprudencia del Tlcán se observa que, a pesar de que el art. 1131.1 mencionado, sólo indica la aplicación del tratado y el Derecho internacional general, el Derecho del Estado parte en el arbitraje también será muy relevante porque, en ocasiones, el incumplimiento de dicho Derecho, en caso de ser muy grave, equivaldrá a un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo contenida en el propio Tlcán.

En las controversias sometidas a la ECT, es de aplicación su art. 26(6), que exige la aplicación, únicamente, del propio tratado y de las normas y principios aplicables de Derecho internacional.

(Autor: Nicolás Zambrana Têvar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DOUGLAS, Zachary. *The International law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. SCHREUER, C. *The Iscid Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje del Estado. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Derecho aplicable al arbitraje.

DERECHO CONTINENTAL (DERECHO DE TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-GERMÁNICA)

Recibe el nombre de Derecho continental o *civil law* la tradición jurídica romano-germánica, procedente principalmente del Derecho romano y canónico-medieval, que fue más tarde la base, en parte, del Derecho codificado en los países latinos (Portugal, España, Francia, Italia, etc.) y germánicos (Alemania, Austria). También se utiliza en ocasiones el término «tradición jurídica continental». Estos términos se oponen en ocasiones al *common law*, como tradición jurídica de los países anglosajones, aunque su contenido y orígenes no tienen necesariamente que ser diferentes.

(Autor: Nicolás Zambrana Têvar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Buena fe. Confluencia de tradiciones jurídicas. Cultura arbitral. Derecho anglosajón.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y ARBITRAJE

1. *Introducción: la creación de la Unión Europea en el marco del proceso de integración europea*

La Unión Europea («UE») es una organización internacional de integración que constituye el intento histórico más logrado de unidad entre las naciones europeas. Se puede considerar, en efecto, una de las etapas finales en el largo proceso de construcción de un proyecto europeo común incoado tras el desmantelamiento del Imperio Romano de Occidente. La civilización romana —síntesis de las grandes civilizaciones que habían bañado el Mediterráneo en la Antigüedad— adoptó varias formas políticas acabando en el Imperio, y logró, debido a su inmenso poder político, cultural y jurídico, una unidad política para todos los pueblos del continente europeo. Tras la caída del Imperio Romano de occidente, en el siglo v d.C. (476), esa unidad se descompuso, volviéndose a la desintegración política previa a Roma, si bien marcada ahora por el predominio de los pueblos provenientes del norte del continente.

A partir de ahí, todos los intentos de creación de un orden político unitario en Europa fracasaron hasta llegar a las comunidades europeas. El primero de ellos vino constituido por el imperio de Carlomagno, del siglo ix —que recuperó el título de emperador romano en occidente para revestirse del prestigio de la antigua Roma— y que alcanzó su propósito de aunar un gran número de territorios y pueblos de Europa Central y del Sur. Sin embargo, tras su muerte, su proyecto se desvaneció. Posteriormente, el Sacro Imperio Romano, en todas las formas sucesivas que adoptó, trató de revivir la tradición del imperio carolingio, con mayor o menor fortuna, hasta su desaparición formal en 1806. Finalmente, el imperio napoleónico, en el siglo xix, así

como el Tercer *Reich* de Hitler y el imperio soviético, en el xx, vinieron a sumarse a esa lista; aunque teñidos de tintes mucho más perversos y dramáticos, por lo que casi no perduraron.

Repasando y pesando esos intentos, no se puede más que constatar que la coexistencia de las diferentes naciones que pueblan nuestro continente, no ha sido demasiado pacífica, y no infrecuentemente se ha saldado con algunas de las más sangrientas guerras de la Historia de la Humanidad.

No obstante, el recuerdo de la gloria de Roma quedó grabado en el subconsciente de generaciones y generaciones de pensadores europeos que anhelaban el retorno a la unidad basándose en la existencia de unas tradiciones culturales y religiosas comunes entre los ciudadanos de Europa, o en la conveniencia de la unidad para la consecución de la paz.

Esos anhelos, primero brotaron a la superficie a través de la voz de numerosos pensadores que iban avivando la conciencia europea. No se pueden omitir aquí los nombres de Pierre Dubois o Ramón Llull en la Baja Edad Media, o los del Abate de Saint-Pierre, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, en la Edad Moderna, o de Víctor Hugo a mediados del siglo xix. Más tarde, esos anhelos se vistieron de proyectos políticos más o menos utópicos. Entre los mismos, destacan el movimiento de la Unión Paneuropea, impulsado, desde 1924, por el conde Coudenhove-Kalergi; o el de la llamada Asociación Europea, propuesto por el Ministro de Asuntos Exteriores Francés, Aristide Briand, el 5 de septiembre de 1929 a la Sociedad de las Naciones. Al final, cuando se dieron las circunstancias propicias, esos anhelos se tradujeron en construcciones tangibles.

Efectivamente, terminada la Segunda Guerra Mundial, la situación de postración y asolamiento en que se encontraba el viejo Continente generó el caldo de cultivo necesario para que nacieran formas de cooperación y unificación europeas. Ya la unidad había dejado de ser una opción para devenir una necesidad, como lo manifestó de forma certera Winston Churchill en su célebre discurso en la Universidad de Zurich, de 19 de septiembre de 1946, en el que abogaba por volver a crear la familia europea y dotarla de una estructura bajo la cual pudiera vivir en paz, seguridad y libertad, por ejemplo, bajo la forma de una especie de Estados Unidos de Europa.

Pero, la primera forma de cooperación político-económica institucionalizada entre los Estados de Europa, aunque bajo fuerte influencia estadounidense, fue la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), puesta en pie en junio de 1947 para implementar el plan Marshall de reconstrucción europea. La OECE supuso una primera experiencia de cooperación económica internacional basada en la liberalización de los intercambios comerciales, la lucha contra el *dumping* y la Unión Europea de Pagos. Con sus resultados positivos, allanó el camino a la creación de otras organizaciones regionales de cooperación económica en nuestro continente.

Desde el principio del trayecto de la unificación europea, como se demostró en el histórico Congreso de La Haya de movimientos europeístas celebrado entre el 5 y el 7 de mayo de 1948, se manifestaron dos enfoques distintos –aunque no opuestos– de lo que debería ser la convergencia europea: por una parte, una perspectiva cooperacionista, que defendía la instauración de una institución internacional para coordinar la cooperación de los Estados europeos, sin cesiones de parcelas soberanas. La otra postura abogaba por una integración más profunda, de carácter político y federal, proponiendo, incluso, la creación de una asamblea constituyente europea. La corriente europeísta moderada predominó en el Congreso de La Haya de 1948, plasmándose en la puesta en marcha del Consejo de Europa, que se trata de una organización de cooperación y no de integración. No obstante, el pulso entre esas dos posiciones, que no es sino el reflejo de la lucha entre las fuerzas centrífugas y centrípetas que se da en la sociedad internacional universal, no finalizó, entonces, pues ha recorrido la historia de la unificación europea a partir de ese momento. La balanza se decanta por un lado o por el otro en virtud de varios factores: el peso en cada momento histórico de los Estados tradicionalmente favorables a la integración, como el eje franco-alemán y los países del Benelux; o, por el contrario, de aquéllos más reacios a la misma, como el Reino Unido; la coyuntura económica, siendo los tiempos de bonanza «malos» para la integración y las crisis; «buenos» a esos efectos; y, ¿por qué no?, la relevancia de los diferentes líderes europeos.

La debilidad de aquella primera realización dejó insatisfechos a varios Estados, que al quedar claro que el Reino Unido no avanzaría por la vía de la integración política, decidieron buscar un núcleo de integración más intensa y, lógicamente, más reducida en número. Así, el primer paso del proceso de integración europea propiamente dicho, lo constituyó la ya histórica Declaración Schuman, inspirada por Jean Monnet, Comisario en Francia del Plan de Modernización y Equipamiento, y presentada por el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, en una conferencia de prensa celebrada en el *Quai d'Orsay* el 9 de mayo de 1950.

Según esta histórica declaración, «Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho». Como primera de esas realizaciones, el gobierno francés proponía colocar el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa.

En la mente de Robert Schuman el objetivo inmediato gravitaba en el establecimiento de un mercado común limitado al carbón y el acero, un sector básico y estratégico para la transformación económica e industrial de Europa. Pero, al mismo tiempo, en el horizonte se buscaba, sobre todo, un fin político, la colocación de «los primeros cimientos de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz»; en particular, «que la oposición secular entre Francia y Alemania qued[ara] superada». De esta forma, la solidaridad de producción que así se creara, pondría de manifiesto «que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta[ra] impensable, sino materialmente imposible».

Pronto el proyecto Schuman aglutina un cierto entusiasmo entre varios de los Estados que rodean a Francia: la República Federal de Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. El Reino Unido, sintiéndose anclado en la *Commonwealth* y en su política atlantista, no dio el paso adelante. Por lo tanto, aquellos seis Estados firmaron en París, el 18 de abril 1951, el Tratado que daba vida a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que entró en vigor el 23 de julio de 1952, y que perduró cincuenta años, hasta que el ámbito competencial de esta organización fue asumido por la futura Comunidad Europea.

El éxito de la CECA embriagó a algunos líderes políticos que olvidaron la sabiduría del mensaje de Schuman y pretendieron crear, en 1952, una Comunidad Europea de Defensa y, en 1953, una Comunidad Política Europea. No hace falta decir que esos proyectos fueron abortados rápidamente, pues afectaban al núcleo duro de la soberanía de los Estados.

El fracaso de estos proyectos tan ambiciosos, una vez más, hizo volver la mirada a realizaciones más moderadas. En concreto, la de crear, por un lado, una organización de integración en el campo de la explotación pacífica de la energía nuclear; y, por otro, una organización de integración económica general. Esta segunda, comenzaría por el establecimiento de un mercado común en el territorio de los Estados miembros, implantando sobre la base de una unión aduanera, que garantizara la libre circulación de personas, empresas, servicios y capitales, que protegiera la libre competencia de los operadores económicos.

Estos proyectos culminaron con la firma en Roma, el 25 de marzo de 1957, de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) y de la Comunidad Económica Europea (CEE), que entraron poco después en vigor. Con el transcurso del tiempo, estas organizaciones internacionales fueron evolucionando, aunque en direcciones no siempre convergentes. A la CEE devino la Comunidad Europea (CE) al asumir funciones extraeconómicas; y, tras la expiración del tratado de la CECA, en el 2002, acabó asumiendo las funciones de la misma. Asimismo, mediante el Tratado de Maastrich en 1992, se crea una nueva organización internacional: la Unión Europea, que recibe personalidad jurídica en el Tratado de Lisboa de 2007, y que ha sustituido y sucedido a la CE.

Por el contrario, la CEEa pervive como organización internacional, aunque estrechamente ligada a la UE, con la que comparte, por lo esencial, las mismas instituciones.

2. El ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Como el éxito acompañó sus pasos, las Comunidades fueron creciendo en todos los aspectos. Veámoslo. En cuanto al número de Estados miembros se refiere, primero se incorporaron sucesivamente la mayoría de los Estados europeos occidentales y, tras la caída del muro de Berlín, lo fueron haciendo también un buen número de Estados de Europa oriental; hasta llegar a la cifra de veintisiete Estados miembros, con la que se cuenta en la actualidad.

Simultáneamente, los Estados miembros han ido atribuyendo de forma creciente competencias a las Comunidades —y luego a la Unión—; lo que se traduce, esencialmente, en la capacidad de elaborar normas jurídicas. En efecto, se ha pasado de una situación inicial en la que el marco competencial estaba, por lo general, circunscrito a cuestiones económicas (establecimiento del mercado común, política agrícola común, política de transporte y política comercial común), a un marco competencial general, en el que a los aspectos económicos se han sumado otras materias muy variadas; algunas muy cercanas o pertenecientes al núcleo duro de la soberanía estatal, como la inmigración, el control de fronteras exteriores, la cooperación en materia judicial, etc. No obstante, no en todos los ámbitos en los que se atribuyen competencias a la Unión por parte

de los Estados, la cesión adquiere una misma intensidad. Esto es, existen ámbitos donde los Estados han cedido completamente sus competencias a la Unión, de forma que ésta goza en esas parcelas del poder legislativo principal —se habla entonces de un caso de competencias exclusivas de la Unión—.

Paralelamente, encontramos esferas en las que se han cedido sólo parcialmente competencias, donde los Estados han previsto que la Unión pueda ejercer una capacidad normativa de primer grado; aunque si no la ejerce, ese espacio lo seguirán ocupando ellos —se tratará de un caso de competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión—.

Finalmente, están también previstos campos en los que se han cedido muy levemente competencias a la Unión, de forma que ésta puede complementar la acción normativa estatal; sin excluirse mutuamente las acciones respectivas de la Unión y de los Estados miembros —éstos se conocen como supuestos de competencias complementarias de la Unión o de coordinación—.

El crecimiento numérico y competencial de las Comunidades se ha traducido en un aumento en la complejidad de su estructura orgánica, que se compone actualmente de «Instituciones», que ejercen las funciones más importantes, y un buen número de «Órganos», «Organismos» y «Agencias», que se crean para auxiliar a las Instituciones. En este trabajo nos limitaremos a enumerar las Instituciones, que hasta ahora —tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a fines de 2009— son siete; las citadas en el art. 13.1 del Tratado de la Unión Europea («TUE»): Parlamento Europeo («PE»), Consejo Europeo, Consejo, Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas. El TUE y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») regulan la configuración y el funcionamiento de todo este entramado.

La importancia del fenómeno comunitario, con todas estas manifestaciones que estamos comentando, va mucho más allá del alcance material y jurídico que suele alcanzar la cooperación internacional entre los Estados integrantes de las demás organizaciones internacionales existentes en la sociedad internacional. A decir verdad, desde la creación en 1951 de la primera de estas organizaciones internacionales de integración en Europa, la CEEA, y después con las otras organizaciones internacionales de 1957, CEE (luego «CE») y CEEA, se dio lugar a un verdadero ordenamiento jurídico.

En efecto, el conjunto de principios y normas jurídicas de que se compone el Derecho de la Unión debe ser considerado un ordenamiento jurídico en sí; en el sentido de no constituir sólo una agregación de valores, principios y normas, sino un conjunto ordenado de actos normativos elaborados y aplicados conforme a unos procedimientos reglados, y todo ello para alcanzar determinados objetivos previstos por los Estados miembros en los Tratados constitutivos. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia desde sus primeras sentencias, afirmando que el Derecho comunitario constituía «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 en el asunto *Van Gend en Loos vs. Administratie der Belastingen*), y concretando, posteriormente, que se trataba de un «ordenamiento jurídico propio» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964 en el asunto *Costa c/ E.N.E.L.*), caracteres que se reafirmaron, por ejemplo, en la importante sentencia de 30 de mayo de 2006 del Tribunal de Justicia, en el asunto de la *Fábrica MOX*.

Uno de los elementos principales del ordenamiento jurídico comunitario —como en cualquier otro ordenamiento jurídico—, corresponde a los procedimientos por los que se crea el Derecho. En este sentido, debemos partir de la distinción básica entre el Derecho originario y el Derecho derivado. El Derecho originario está formado esencialmente por los Tratados constitutivos —los Tratados por los que se crearon las Comunidades CEEA, CEE y CEEA—, tal como han sido reformados, complementados o adaptados a lo largo de los años. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha sido elevada al rango del Derecho originario.

Este conjunto de instrumentos jurídicos se adoptan por procedimientos similares a cualquier tratado internacional. El Derecho originario se nutre, asimismo, de principios generales del Derecho, que han sido identificados por la trascendental labor de aplicación e interpretación de la institución judicial de las Comunidades, sobre todo en los primeros años. La costumbre, que todavía ve reservada su influencia en el ordenamiento jurídico internacional universal y en los ordenamientos jurídicos de los Estados, no posee un rol destacable entre las fuentes del Derecho comunitario, dada la profusión normativa de las Instituciones.

Por su parte, el Derecho derivado se forma a través de la producción normativa de las Instituciones, adoptada de acuerdo con el nivel de las competencias atribuidas a la Unión, en cada materia, en los Tratados constitutivos. Los órganos legislativos de la Unión son el Consejo, el PE y la Comisión, si bien su nivel de implicación depende de la materia de que se trate. De esta manera, en la mayoría de las materias, el proce-

dimiento legislativo ordinario prevé la iniciativa de la Comisión y la adopción de los actos normativos entre el PE y el Consejo.

Sin embargo, en el terreno de la Política Exterior y de la Defensa, como los Estados no han cedido por completo el conjunto de competencias a la Unión, ello se refleja en un protagonismo palmario del Consejo –institución integrada por representantes de los Estados miembros y que vela por sus intereses– a la hora de la responsabilidad en la toma de decisiones y en los procedimientos de formación de las normas. Paralelamente, forman parte del Derecho derivado, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión o por la Unión y los Estados miembros, con terceros Estados y organizaciones internacionales.

En cualquier ordenamiento jurídico, tanta importancia o más que la formación del Derecho, reviste su aplicación. En el caso del ordenamiento jurídico de la UE, la aplicación del Derecho conlleva la intervención de poderes normativos, administrativos y judiciales, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional. Como nuestro objetivo es delimitar el papel del arbitraje en el ordenamiento jurídico de la Unión, debemos incidir, esencialmente, en el ejercicio del poder judicial en la Unión.

Los Estados miembros de la hoy UE quisieron, desde el principio, dotar a la estructura orgánica de las comunidades con una institución de carácter judicial; la cual ha ido creciendo en dimensiones y complejidad a lo largo de los años, gracias al incremento del número de Estados miembros y de competencias que se le han atribuido. Tras la última reforma operada en los Tratados constitutivos por el Tratado de Lisboa, a la institución judicial se le denomina, en su conjunto, como sabemos, TJUE. Esta institución está integrada por el Tribunal de Justicia («TJ») –antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE»)–, el Tribunal General («TG») –antiguo Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas («Tpic»)–, y los posibles tribunales especializados de los que, actualmente, sólo existe el Tribunal de la Función Pública («TFP»).

Los tratados constitutivos y el Derecho derivado han otorgado a la institución judicial de la UE el control jurisdiccional sobre la mayor parte del Derecho de la misma. En efecto, el párrafo 1 del art. 19 del TUE estipula que al TJUE corresponde garantizar «[...] el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados». Sin embargo, el TJUE no cuenta con el monopolio de la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión, ya que son los jueces y tribunales nacionales –jueces ordinarios del Derecho de la Unión– los primeros llamados a ejercer esas funciones, debido al carácter directamente aplicable en los Estados miembros, que en buena medida poseen este Derecho. Así lo prevé otra disposición del mismo párrafo 1 del art. 19 del TUE antes citado: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Ahora bien, la participación de los tribunales nacionales genera el gran peligro de que cada órgano jurisdiccional nacional interprete el Derecho según su criterio; circunstancia que, de no corregirse, abocaría inevitablemente a la formación de una jurisprudencia discordante, e incluso contradictoria, acerca de la interpretación de las mismas normas.

Por ello, se hace perentoria la cooperación entre jurisdicciones, y una relación orgánica entre ellas; en la que se reserva al TJUE la cúspide de todo el sistema judicial; siendo el garante de la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión. De este modo, los tribunales nacionales deben acudir al TJUE cuando tengan dudas al interpretar las normas comunitarias aplicables al caso concreto del que conocen, y ello en virtud de dos exigencias, la de la tutela judicial efectiva del Derecho comunitario, y la del principio de legalidad. En la actualidad, el conjunto de recursos relativos a la aplicación y a la interpretación del Derecho de la UE y los aspectos tocantes a la cooperación entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales, se encuentran regulados en los arts. 251 a 281 del TFUE.

3. *El arbitraje en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea*

El hecho de que la interpretación y aplicación del Derecho comunitario recaiga a la vez en los tribunales nacionales y en el TJUE, y de que éste se reserve la cúspide de todo el sistema judicial, nos pone ya en la pista del poco espacio que se le concede en este ordenamiento al arbitraje.

En efecto, en cuanto a los tratados constitutivos se refiere, encontramos una norma clara. Se trata del hoy art. 344 del TFUE –antiguo art. 292 del TCE–, que dispone que «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos». El TJCE, en su sentencia de 30 de mayo de 2006 en el asunto relativo a la *Fábrica MOX*, interpretó este artículo precisando que la obligación que establece a cargo de los Estados miembros «de recurrir al sistema jurisdiccional comunitario y de respetar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia que constituye su rasgo fundamental, debe interpretarse como una manifestación

específica de su deber más general de lealtad que resulta del art. 10 CE [hoy derogado, pero cuyo contenido ha sido sustituido, en sustancia, por el art. 4, apartado 3 del TUE]» (párrafo 169).

Asimismo, el art. 292 del TCE fue también interpretado por el tribunal arbitral en el asunto de la *Línea ferroviaria del Rin*, señalando que: «[...] en el seno del sistema jurídico comunitario, como consecuencia de un reparto de competencias entre los tribunales de los Estados miembros y el TJCE, solamente éste tiene el poder de conocer en última instancia de los recursos relativos a las cuestiones de interpretación o aplicación del Derecho comunitario. Si los Estados miembros elevaran a otros tribunales distintos a los tribunales comunitarios, una controversia jurídica pidiéndoles que interpretaran o aplicaran las disposiciones del Derecho comunitario, la Comisión podría perseguirles por violación del art. 292 del TCE» (*Iron Rhine Arbitration, Belgium vs. Netherlands, Award of 24 May 2005*, párrafo 101). Precisamente, el TJCE condenó a Irlanda, en el asunto antes citado de la *Fábrica MOX*, por promover un procedimiento arbitral en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar («Cnudm») y por supuesta violación de la misma, contra el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en lo que atañe al establecimiento de esa instalación en Sellafield (Reino Unido). Para el TJCE, Irlanda, actuando de esa manera, había violado su competencia exclusiva en relación con la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, pues la Cnudm pasó a ser Derecho comunitario tras haber devenido parte en ella la CE.

Al margen de lo ya referido para el marco supranacional; es decir, del nivel de las controversias entre Estados miembros y las Instituciones, no hay ninguna norma en los tratados constitutivos que prohíba el recurso al arbitraje, aunque tampoco hay ninguna que lo facilite. A este respecto, podríamos pensar, *prima facie*, que, cuando el hoy art. 267 del TFUE, que regula las cuestiones prejudiciales, establece que un «órgano jurisdiccional de un Estado miembro» puede pedir al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión relativa a la interpretación de los tratados, o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo en el asunto del que esté conociendo, deja la puerta abierta a que por «órganos jurisdiccionales de los Estados miembros» entendiéramos también tribunales arbitrales.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE no ha acogido esta interpretación. El tribunal ha rechazado que, a los efectos de las cuestiones prejudiciales, puedan ser considerados como órganos jurisdiccionales los tribunales arbitrales, unipersonales o colectivos, y cualquier otro órgano cuya constitución se deba a la voluntad de las partes en el litigio (por ejemplo, en la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 1982 en el asunto *Nordsee (Deutsche Hochseefischerei GmbH vs. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG)* (párrafos 10 a 13)).

En relación con el Derecho derivado, encontramos escasas referencias al arbitraje como procedimiento de solución de las controversias que se susciten entre los diversos sujetos jurídicos, destacando el de la protección de los consumidores –ámbito éste donde la Unión y los Estados tienen competencia compartida (art. 4 TFUE)–, en el que nos centraremos, pues es donde más luz podremos descubrir sobre el papel del arbitraje en el ordenamiento jurídico de la Unión.

En esta materia, la Comisión intenta promover, de un tiempo a esta parte, los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios como la mediación, la conciliación o el arbitraje, en aras de ayudar a los consumidores y a las empresas a solucionar los litigios de forma sencilla, rápida y a un coste reducido. Así, en virtud de la Recomendación n.º 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, la Comisión recomienda que todo órgano existente o que pueda crearse, respete los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación. Más recientemente, el 22 de mayo de 2012, la Comisión ha elaborado una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único («Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento», COM(2012) 225 final) con la intención de que se adopte un Reglamento sobre la resolución de litigios en línea y una Directiva tendente a asegurar la calidad en los servicios de las entidades dedicadas a la resolución alternativa de litigios contractuales derivados de la venta de mercancías o de la prestación de servicios.

En esta misma dirección de fomentar la resolución alternativa de litigios, se han creado dos redes europeas: la red de Centros Europeos del Consumidor, que presta asistencia a los consumidores que quieren acceder a la entidad apropiada de resolución alternativa en otro Estado miembro en caso de litigios transfronterizos, y la red Finnet, compuesta por sistemas de resolución alternativa de litigios transfronterizos entre consumidores y prestadores de servicios financieros.

Sin embargo, hay que destacar el hecho de que las instituciones comunitarias que han ido adoptando estos actos, no consideran al arbitraje como sustituto del arreglo judicial, pues han procurado dejar constancia, expresamente, de que el recurso a los tribunales de justicia constituye una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva que reconocen, respectivamente, el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Al margen del sector de la protección de los consumidores, en relación con el arbitraje, cabe destacar que los Estados miembros adoptaron un Convenio para evitar la doble imposición en caso de rectificación de los beneficios de empresas asociadas de diferentes Estados miembros que incluía un procedimiento de solución de controversias muy original que presentaba algunos rasgos del arbitraje. En efecto, según dicho Convenio (Convenio n.º 90/436/CEE sobre eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas), si se producía un caso de doble imposición, la empresa afectada podía presentar su caso a las autoridades competentes de su país; si éstas no lograban dar una solución satisfactoria, procurarían eliminar la doble imposición mediante un acuerdo amistoso con las autoridades competentes del otro Estado. Sin embargo, si no llegaban a un acuerdo, solicitarían a una comisión consultiva que emitiera un dictamen sobre la forma de eliminar la doble imposición. Lo importante, a los efectos que nos interesan, es que se disponía también que las autoridades competentes podían adoptar una decisión que no se ajustara al dictamen de la citada comisión, pero que si no llegaban a un acuerdo, debían atenerse al citado dictamen; circunstancia que, a nuestro juicio, supone un trazo común con el arbitraje. El problema estriba en que el Convenio no fue prorrogado, falto de las necesarias ratificaciones y ya no está en vigor, aunque en la práctica tampoco se llegó a poner en marcha el procedimiento pseudo arbitral mencionado, quedando hasta el momento en papel mojado, a pesar de que se registra algún intento de reactivarlo.

Por otro lado, en los próximos años asistiremos a una mayor penetración del Derecho comunitario en el sector de las inversiones extranjeras, en el que el arbitraje es una pieza central del mecanismo de protección de las mismas. En efecto, formalmente y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la política de protección de las inversiones extranjeras, que se ha realizado mediante la adopción de cientos de acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones –tratados en los que, por lo general, se elige el arbitraje como medio de solución de controversias–, siempre ha sido una competencia exclusiva de los Estados miembros de la Unión. De esta manera, su regulación internacional quedaba bajo el paraguas del Derecho internacional público y no del Derecho de la Unión. Por el contrario, con la atribución de la competencia exclusiva a la UE sobre la inversión directa extranjera, por parte del Tratado de Lisboa, las instituciones de la Unión pasarán a jugar un rol más decisivo, tanto en la negociación y la adopción de los acuerdos de promoción y protección de inversiones, como en la resolución de las controversias que se generen, incluido a través del arbitraje. Circunstancias, todas ellas, que deberán pasar a ser regidas por la correspondiente normativa comunitaria. A nadie se le escapará que esta nueva situación puede provocar importantes fricciones entre la jurisdicción de los tribunales arbitrales y la jurisdicción comunitaria.

Por su parte, dejando de lado lo que ya se ha expuesto al hilo de la interpretación de determinadas disposiciones de los tratados constitutivos, la jurisprudencia del TJUE en asuntos en los que se veían implicadas cuestiones relativas al arbitraje, ha ido evolucionando en el sentido de reconocer la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan llevar a cabo funciones de aplicación e interpretación del Derecho comunitario. Así lo hizo, al menos implícitamente, el TJCE en su sentencia de 1 de junio de 1999, en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV* (párrafo 32). Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE sigue subrayando que los jueces nacionales son los encargados de verificar la adecuada interpretación y aplicación de las normas comunitarias por parte de los árbitros (ver, a este respecto, entre otras, la propia sentencia citada en el asunto *Eco Swiss* (*ibid.*), o la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006 en el asunto *Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium SL* (párrafo 30); o la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009 en el asunto *Asturcom Telecomunicaciones SL contra Cristina Rodríguez Nogueira* (párrafo 53).

No podríamos concluir estas líneas sin advertir al lector que, fuera del ámbito del Derecho de la Unión, se puede recurrir al arbitraje entre sujetos jurídicos europeos para resolver controversias relativas a la interpretación o aplicación de determinados instrumentos jurídicos, si en ellos así se establece. Así, por ejemplo, hemos asistido en los últimos tiempos a varios arbitrajes de Derecho internacional público entre Estados miembros de la Unión Europea. En el arbitraje *Ospar* se debatía el alcance de la obligación establecida en el art. 9 de la Convención *Ospar* tendente a favorecer el acceso a la información y la presunta violación de esa obligación por el Reino Unido durante la puesta en marcha de la Fábrica MOX en Sellafield (*Dispute concerning access to information under article 9 of the Ospar Convention, Ireland vs. United Kingdom, Award of 2 July 2003*).

Asimismo, en el asunto relativo a la *Convención sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros*, estaba en juego la determinación de las obligaciones financieras de las partes derivadas de la Convención citada y de otros instrumentos relacionados (*Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la Protection du Rhin contre la Pollution par les Chlorures datée du 3 décembre 1976, Pays Bas c/ France, Sentence Arbitrale du 12 mars 2004*). O, finalmente, en el caso de la *Línea Ferroviaria del Rin*, donde el tribunal arbitral fundó su decisión en los derechos y obligaciones derivadas de determinados instrumentos de Derecho internacional público, tal como el Tratado de 1839 entre Bélgica y los Países Bajos de Separación de sus respectivos territorios (*Iron Rhine Arbitration, Belgium/Netherlands, Award of 24 May 2005*).

No obstante, a la luz de la lectura de estas decisiones, resulta imperativo poner de manifiesto que, en todos estos asuntos, los tribunales arbitrales se han preocupado de averiguar si los instrumentos jurídicos que debían interpretar y aplicar no formaban parte del Derecho comunitario. Para esa determinación la clave estaba, como ya apuntamos con anterioridad, en la delimitación de las materias en las que los Estados miembros habían cedido competencias a la Unión, hubieran hecho uso o no de ellas aun las instituciones comunitarias. Si el tribunal arbitral llegaba a la conclusión de que el Derecho comunitario no estaba implicado en el caso de autos, se declaraba competente sin problemas. Pero si, por el contrario, el tribunal arbitral encontraba que el Derecho comunitario estaba implicado en el asunto, sólo podía declararse competente si la aplicación de este último no era esencial para resolver la controversia que tenían ante sí. Reglas éstas que, a nuestro juicio, bien pueden retenerse como de referencia para cualquier tribunal arbitral que deba resolver una controversia en la que se vean envueltos sujetos o materias relacionados con Europa.

(Autor: Carlos Espaliú Berdud. Profesor acreditado titular de Derecho Internacional Público. Profesor Agregado de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea de la Universitat Internacional de Catalunya. Director del área de Derecho Internacional. Director del Institut Carlemany d'Estudis Europeus).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, pp. 137-148. BERMANN, G.A. «Navigation EU Law and the Law of International Arbitration». En *Arbitration International*, 2012, vol. 28, issue n.º 3, pp. 397-445. MAYER, P. *Arbitrage et droit de l'Union Européenne*. París: Lexis Nexis, 2012. SHELKOPIYAS, N. «European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash. En *European Business Organization Law Review*, 2002, issue n.º 3, pp. 569-591. ZEKOS, G.I. «The European Union's New Competition Approach and Arbitration». *Hertfordshire Law Journal*, 4(1), pp. 36-43.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrito en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra). Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional.

DERECHOS HUMANOS (EN EL ARBITRAJE)

Como es sabido, el acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado por el art. 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH). Derecho elevado a principio general del Derecho comunitario por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo, en concreto, en el art. 24 de la Constitución española. Así, el derecho a la justicia es una exigencia a la que todos los Estados deberían responder garantizando su aplicación práctica, en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos, rápidos y poco costosos.

Sin embargo, la insatisfacción de la ciudadanía con respecto a la justicia es un hecho probado. Cada vez son mayores y más evidentes las tendencias que reflejan el creciente descontento de la opinión pública por los defectos de la administración jurisdiccional. Los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos ocasionados por dichos procedimientos aumentan. La cantidad, la complejidad y el carácter oscuro o demasiado técnico de los textos legislativos contribuyen a dificultar el acceso a la justicia, siendo el de la dilación en la resolución de los procedimientos uno de los aspectos más preocupantes. Además, en el contexto comunitario e internacional, a los problemas de saturación de los tribunales, se añaden cuestiones a menudo complejas de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo y de órdenes jurisdiccionales competentes, así como las dificultades de carácter lingüístico y financiero.

Todos estos inconvenientes provocan en la práctica que la justicia tenga un efecto disuasorio que dista sobremedida de su primer objetivo, cual es el de proteger y dar amparo al justiciable. Era urgente, pues, la necesidad de ofrecer soluciones a esta problemática de gran actualidad e indudable trascendencia práctica. Para ello, se propusieron otras formas de justicia basadas en métodos más eficaces y prácticos para la resolución de conflictos. Métodos alternativos al orden jurisdiccional que contribuyan a modernizar el sistema judicial, a hacer efectivo un derecho fundamental y a simplificar los mecanismos jurisdiccionales, sin suponer una pérdida de garantías para el justiciable. Ello no implica que las iniciativas destinadas a fomentar los métodos clásicos de justicia no sean aquí también defendidas. Se ha de encontrar una complementariedad y una armonía entre las mismas. Entendiendo por justicia su acepción primera. Es decir, la de la justicia «a secas», sin diferenciar la forma judicial o extrajudicial de acceder a ella. Entre los métodos alternativos de solución de conflictos, destacan especialmente la negociación, la mediación, la conciliación, la transacción, el arbitraje; y, en general, los métodos conocidos genéricamente como «ADR» –*Alternative Dispute Resolution*–; así como la comprensión de su importancia como elementos de pacificación social y manejo eficiente de los conflictos.

No obstante, en puridad, dentro del marco institucional del CEDH, la consideración del arbitraje privado como forma de justicia estatal se define por su propia carencia. Es evidente que ni la palabra ni la idea de la jurisdicción arbitral aparecen reflejadas en el articulado del Instrumento Convencional. Tampoco encontramos referencia en el Convenio de Estrasburgo de ninguna otra forma extrajudicial de conflictos. El análisis dispositivo del CEDH, en su relación específica con el arbitraje, confirma que la institución arbitral, al no haber sido tomada en consideración en los trabajos preparatorios, es lógico que tampoco hoy se haya visto modificada a este respecto en ninguno de sus protocolos adicionales. No sólo el arbitraje no aparece en la letra convencional, sino tampoco en su más arraigado espíritu. Cabría plantearse si se puede deducir en base a ello que no existe posibilidad de conexión entre ambas instituciones, pero una apresurada respuesta afirmativa en este sentido resultaría demasiado simplista.

No hay que atender sólo al sentido literal del precepto ni descuidar el valor imperativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que si algo tiene que decir en el desarrollo del Derecho internacional, no se entiende un rechazo de entrada a la jurisdicción arbitral ni a los ADR, en particular. En especial, el art. 6.1, derecho fundamental a un juicio equitativo y a un tribunal independiente e imparcial, que consolida el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Artículo susceptible de una amplia gama de interpretaciones, minimalistas y maximalistas, que en su notable acepción privatista es presentado como uno de los escasos cauces de vinculación existentes entre el arbitraje y el Convenio a través de lo que el arbitraje como institución y el resto de mecanismos ADR representan: otra forma de hacer posible el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PICÓ I JUNOY, J. «La confianza en el arbitraje y su tutela judicial». *Gaceta de los negocios*, 8 de abril de 2005, Legal-fiscal, *Dossier* de documentación. GONZALO QUIROGA, M. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 25-31. GONZALO QUIROGA, M. «El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Derecho de los negocios*, año 8, n.º 82/83, julio/agosto 1997, pp. 11-25. SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. «El arbitraje internacional de inversiones *vis a vis* la protección internacional de los derechos humanos». Ensayo en la ponencia sustentada en la presentación del libro del doctor CANTUARIAS SALAVERRY, F. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, realizada en la Universidad Peruana de Ciencias –UPC–, el 23 de abril de 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Conciliación. Debido proceso. Mediación.

DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

La designación de los árbitros se configura como la potestad que tienen las partes, en base al principio básico de *autonomía de la voluntad*, que prima en el arbitraje, de nombrar al árbitro o árbitros que van a dirimir las controversias sometidas a arbitraje.

El nombramiento del árbitro se compone no sólo de la designación física de la persona o tribunal arbitral, sino también de las especialidades que debe poseer, ya sea en cuanto a su cargo, como a su carrera profesional y experiencia o incluso su disponibilidad.

De esta manera, ese principio de libertad contractual del que gozan las partes, sitúa al árbitro en un escenario donde recibe de las partes la legitimación de su investidura y, a su vez, acota la extensión de sus poderes.

Otros principios inspiradores del régimen de nombramiento de los árbitros, y que son consecuencia directa de la libre disposición de las partes a la hora de diseñar su procedimiento, son: 1) el *principio de igualdad*, pudiendo generar la nulidad del convenio arbitral si en base a él dicha designación sitúa a una de las partes en una situación de desventaja; 2) el *principio de voluntariedad*, donde las partes, *prima facie*, establecen el procedimiento o medio de designación; 3) el *principio de imparidad*, siendo las partes las que pueden acordar libremente el número de árbitros que constituirán su tribunal arbitral; 4) el *principio de árbitro como persona física*, entendido y aplicado al árbitro en sí mismo, ya que si hablamos de persona jurídica, ésta únicamente tendría la capacidad de administrar el procedimiento de manera similar a como lo hacen las instituciones arbitrales; y, en último lugar, 5) el *principio de capacidad mínima*, entendido como la necesidad de estar en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Estos principios establecidos por los profesores MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA en su Tratado de Derecho Arbitral, son el reflejo de lo establecido en nuestra Ley de Arbitraje del año 2003, si bien pueden perfectamente extrapolarse al ámbito internacional, ya que, en esencia, el legislador español asemeja nuestra ley a las leyes y tratados internacionales.

Por otro lado, las partes pueden escoger entre tres sistemas de designación diferentes: si nos encontramos en un arbitraje *ad hoc*, el nombramiento será directo por las partes en su convenio arbitral o con posterioridad al mismo, de manera complementaria, si la legislación lo permite; si optamos por un arbitraje institucional, el nombramiento estará regulado por el reglamento de dicha institución; y, por último, el nombramiento del tribunal arbitral puede estar regido por la ley nacional de la sede, como ley de procedimiento.

Al margen de estos tres sistemas simples, se puede elaborar un sistema mixto que combine, por ejemplo, el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. Procedemos a definir de una manera pormenorizada la designación arbitral en el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional.

El arbitraje *ad hoc*, o como muchos autores lo denominan, *arbitraje no administrado*, consiste en la facultad que tienen las partes de diseñar su propio procedimiento, incluida la designación del árbitro, al margen de la tutela de una institución arbitral. Este tipo de arbitraje puede decaer en numerosos inconvenientes y problemas prácticos, ya que las partes deben poner especial cautela para no incurrir en contradicciones, inexactitudes, lagunas o insuficiencias a lo largo del proceso.

Uno de los principales problemas que puede surgir en este tipo de arbitraje es que no se haya previsto la forma de designación de los árbitros o que, pese a que se haya previsto dicha designación, ésta ofrezca dudas en el nombramiento o existan posiciones encontradas en el mismo. La solución por la que apuesta el arbitraje internacional es el recurso a la autoridad judicial, al ser la ley nacional de la sede la ley que rige el procedimiento, si bien las partes han podido prever esa situación y en el propio convenio arbitral designan a esta autoridad o personalidad exterior que dirima la controversia suscitada.

Por el contrario, dentro del marco de la designación de árbitros en el arbitraje institucionalizado, basta la remisión en el convenio arbitral a una institución especializada para que el desarrollo del procedimiento arbitral se resuelva casi mecánicamente a través de un sistema preestablecido, basado en su reglamento. La institución, a través de sus medios, de su personal y de su experiencia, podrá dirigir el proceso de manera sencilla, superando las dificultades que pudieran surgir.

En base a esa voluntariedad de las partes, éstas eligen la institución que más se acomoda o ajusta a sus intereses en función del tipo de procedimiento que determina su reglamento, reduciendo de esta manera las complejidades que pueden surgir, en concreto, en materia de designación de árbitros, ya que éstas seleccionan a los mismos en base a su experiencia profesional y técnica, generando, por tanto, de cara a las partes, unas garantías máximas.

El sistema de designación de árbitros viene marcado por el reglamento por el que optemos, si bien con carácter general y con independencia de otros sistemas de designación más específicos, podemos diferenciar entre:

- *Sistema de nombramiento directo por las partes sin limitación alguna.*- En este sistema son las partes las que eligen al árbitro sin tener que ser éste necesariamente uno de las lista de la institución arbitral. Como ejemplo de este sistema tenemos la *American Arbitration Association* o la *International Law Association*.

- *Sistema de nombramiento directo de los árbitros por la institución de arbitraje.*- Este sistema suele aplicarse cuando la materia es muy específica o son pleitos de escasa entidad, ya que la institución siempre intenta preservar la autonomía de las partes, por ser una cuestión esencial en arbitraje.
- *Sistema de designación de los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional (arts. 8 y 9 del Reglamento) y Aeade (art. 14 del Reglamento).*- La designación de árbitros se establece de la siguiente manera: en cuanto al número de árbitros que resolverán la controversia, se establece que las partes pueden optar entre uno o tres árbitros, si bien como regla general, la institución nombrará un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Asociación decidiera que procede nombrar un árbitro único, se podrá dar a las partes un plazo conjunto de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que en los escritos de demanda y contestación de ambas partes, hayan manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Asociación, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo establecido sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Asociación. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de demanda y contestación, deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro –que actuará como presidente del colegio arbitral– será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Asociación dentro de los quince días siguientes. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Asociación en su lugar, así como también y sin más demora, el tercer árbitro. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Asociación acordara la procedencia de la constitución de un colegio arbitral, se conferirá a las partes un plazo conjunto para que cada una de ellas designe el árbitro que le corresponda. Transcurrido este plazo sin que una parte haya comunicado su designación, el árbitro que corresponda a esa parte será nombrado por la Asociación. El tercer árbitro se nombrará conforme a lo establecido en el apartado anterior. Los árbitros deberán aceptar, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Asociación, notificándoles su nombramiento.

Por todo ello, consideramos que la designación del árbitro o tribunal no es una cuestión baladí que deba ser tratada de manera desprecupada, ya que son los árbitros los que van a resolver nuestros conflictos sometidos a arbitraje. Es importante, por tanto, elegir bien el sistema que más convenga a nuestros intereses, teniendo un amplio abanico de opciones.

(Autor: Javier Íscar de Hoyos. Secretario General de Aeade).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de diciembre 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004. MERINO MERCHÁN, José F. *Curso de Derecho Arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Árbitro. Deber de declaración (de los árbitros). Colegio arbitral. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros. Responsabilidad de los árbitros. Tribunal arbitral.

DESIGNACIÓN DE PERSONA JURÍDICA

En el Perú la práctica legislativa ha sido pacífica en el sentido de establecer que la actuación como árbitro debe recaer exclusivamente en personas naturales.

El arbitraje en el Perú, se reguló normativamente desde muy antiguo en el Código de Enjuiciamientos en materia civil de 1851, promulgado durante el gobierno de José Rufino Echenique, Presidente del Perú, el 29 de diciembre de 1851; se denominaban Jueces Árbitros y se distinguía entre árbitros *juris* –aquellos a los que se le facultaba para que «sustancien la causa con sujeción a este Código y los sentencien conforme a las leyes– y árbitros «amigables componedores» para que «averiguada la verdad» y guardando sólo la buena fe, determinen las controversias. Este criterio normativo del arbitraje en el campo procesal continuó con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en donde se incorporó el denominado procedimiento, no teniendo mayor incidencia práctica en el Perú, salvo casos muy aislados de solución privada de controversias.

Con la dación del Código Civil vigente de 1984, el legislador regula el arbitraje contractual, dentro del Libro VII Fuente de las Obligaciones, contratos nominados en sus arts. 1906 y siguientes, estableciendo la distinción entre los denominados «contrato de cláusula compromisoria» y el «contrato de compromiso arbitral», tomando como base la ley española de 1953. Ya en esta norma, se señalaba claramente que para ser árbitro, sea de derecho o de amigable composición, se requería necesariamente ser persona natural, en el primer caso se requería ser abogado, y en el segundo se requería ser mayor de veinticinco años.

Posteriormente, la Ley n.º 25935 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de diciembre de 1995) deroga en su Primera Disposición Final estos contratos normados en el Código Civil y promulga la denominada Ley General de Arbitraje, la misma que en su art. 20 señalaba que «podrían actuar como árbitros las personas naturales nacionales o extranjeras, mayores de edad que no tengan incompatibilidad y se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles». Señalaba que si se trataba de un arbitraje de derecho, tenía que actuar como árbitro un abogado colegiado mayor de veinticinco años.

Esta norma fue derogada por la Ley n.º 26572 (también denominada como la anterior), Ley General de Arbitraje, y fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 5 de enero de 1996. Es a partir de esta norma que toma como base la Ley Modelo Uncitral, que el arbitraje en el Perú da un salto cuantitativo importante.

Esta norma, en su art. 25, señaló las calificaciones para actuar como árbitro señalando que podían actuar como tales las personas naturales, mayores de edad que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, precisando que se requería ser abogado para actuar como árbitro de derecho.

Esta norma derogó el tema de los veinticinco años que había sido una constante en las dos normas anteriores y consideró oportuno incorporar un párrafo referido a que si en caso una de las partes designase a una persona jurídica como árbitro, se entendería que dicha designación estaba referida a su actuación como entidad nominadora.

Evidentemente, era posible legislar de otra manera indicando que la mención en el convenio arbitral de una persona jurídica como árbitro, era inválida y recurrir a un tercero para que designe a una persona natural. Se consideró que dicha opción implicaba acudir, en ese momento al Juez Civil, y que la demora en la designación se evitaba generando esta ficción jurídica, presumiendo que lo que en realidad las partes querían, era que esa persona jurídica actúe como nominador del árbitro o del tribunal arbitral, en su caso.

También existe la posibilidad de legislar, en el sentido de que al momento de designar una persona jurídica como árbitro, el cargo de árbitro lo ejerza su representante legal, y como tal, resuelva la controversia.

Esta opción legislativa tenía como cuestionamiento, entre otras, el evitar que algún convenio arbitral pueda ser cuestionado por el hecho de haber incorporado como árbitro al representante de una persona jurídica, sin que sus estatutos u objeto social lo permitan; es por ello que se opta por precisar que la mención de una persona jurídica, era para que actúe como designador.

La Ley de Arbitraje vigente –Decreto Legislativo n.º 1071–, publicada el 28 de junio de 2008, deroga la Ley n.º 26572 y mantiene en su art. 20 los mismos principios de capacidad, en el sentido de señalar que sólo podrán actuar como árbitros las personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y que no tengan incompatibilidades para actuar como árbitros, señalando que la nacionalidad de una persona no es obstáculo para actuar como árbitro.

La Cláusula Quinta de las Disposiciones Complementarias de la norma, señala que cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que dicha designación está referida a su actuación para nombrar árbitros, manteniendo la misma postura plasmada por la ley anterior.

Luego de efectuar una breve reseña histórica de las diversas normas referidas al arbitraje en el Perú, es claro que no ha existido discusión sobre la necesidad de que quien actúe como árbitro, sea siempre una persona natural y no una persona jurídica. Se puede explicar esta decisión desde diversos ángulos, uno primero referido a la responsabilidad personalísima del árbitro frente a las partes; una segunda referida a la representación de la persona jurídica que requiere necesariamente actuar a través de su gerente general, el mismo que puede variar en el tiempo, además de la necesidad de contar con dicha atribución estatutariamente.

La capacidad de razonar, pensar, tener juicios y valores es connatural a la persona humana y no a la jurídica.

(Autor: Gonzalo García-Calderón. García-Calderón. Vidal, Montero & Asociados. Lima).

DESISTIMIENTO DEL PROCESO ARBITRAL

El desistimiento del proceso es el acto jurídico procesal a través del cual el actor manifiesta su voluntad de poner fin a la relación procesal; es decir, de no continuar el proceso pendiente iniciado por él.

En tal sentido, el desistimiento del proceso constituye una forma anticipada de terminar un arbitraje, por lo que se entiende que el mismo se puede producir en cualquier momento, antes de que los árbitros dicten el laudo definitivo.

El desistimiento del proceso arbitral no lo es del convenio arbitral suscrito (al cual se podrá recurrir en el futuro, si se cumplen sus condicionantes de validez y eficacia), sino de las actuaciones arbitrales iniciadas por un concreto conflicto. Entonces, tanto el demandado como el propio demandante, tendrán la posibilidad de iniciar un arbitraje sobre idéntica controversia (siempre que el derecho no haya caducado).

Luego de admitido el desistimiento solicitado por el actor, existe la posibilidad de que el proceso continúe hasta dilucidar la cuestión relativa a los gastos procesales.

Respecto a la declaración que debe hacer el actor, el desistimiento del proceso arbitral requiere de una expresión de voluntad clara y terminante (es decir, expresa), si bien hay quienes podrían sostener que el desistimiento tácito podría ser interpretado como la falta de presentación de su demanda. Sobre el particular, SEGOVIANO señala que en dicho supuesto no se podría hablar de desistimiento, en sentido estricto. Ello, habida cuenta de que la mayoría de legislaciones establecen que si el demandante no presenta su demanda en el plazo concedido, el tribunal arbitral podrá dar por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercer alguna pretensión.

En efecto, según YÁÑEZ, nada impide apreciar –desde el punto de vista del demandante– que su incomparecencia exprese un tácito desistimiento del arbitraje por él mismo iniciado.

Cabe precisar que la inactividad del actor (después de haber presentado la demanda), no impide la continuación del arbitraje, con lo cual no se estaría produciendo el efecto del desistimiento; a saber, la terminación del proceso.

En efecto, si por ejemplo, el demandado no presenta su contestación dentro del plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones (sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante) y, en su momento oportuno, emitirá el laudo respectivo.

Incluso, si una de las partes no comparece a las audiencias, no presenta pruebas o deja de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

1. *Desistimiento del arbitraje y desistimiento de la pretensión*

Por otro lado, cabe distinguir el desistimiento del proceso (del arbitraje) del desistimiento de la pretensión. En este último, no sólo se admite la posibilidad de que el actor se desista del arbitraje, sino que, además, se puede desistir de la pretensión.

El desistimiento de la pretensión es un acto unilateral que implica la renuncia o abdicación del derecho material en el ámbito del proceso (del arbitraje); es decir, se trata de un acto jurídico procesal que genera la imposibilidad de promover otro arbitraje por el mismo objeto y causa (por la misma pretensión).

2. *Requisitos*

Existen ciertos requisitos para la procedencia del desistimiento del arbitraje, a saber: (i) que el demandado no se oponga a ello, y (ii) en caso el demandado se oponga, que el tribunal arbitral no le reconozca un interés legítimo para obtener una solución definitiva de la controversia.

En relación al punto (i) de los requisitos de procedencia, cabe señalar que si no hay reticencia de parte del demandado, se generará un *mutuo disenso*. Es decir, ambas partes están de acuerdo en que el arbitraje finalice de manera anticipada, sin que se expida un laudo arbitral sobre el fondo de la controversia.

Ahora bien, cabe recordar que –a pesar de que ambas partes estén de acuerdo en esta conclusión anticipada del arbitraje– cualquiera de ellas tendrá el derecho de iniciar un arbitraje sobre la misma controversia, en tanto no haya caducado el derecho material respectivo.

El demandado puede no oponerse al desistimiento de forma expresa o tácita. Esta última se dará en el supuesto de que el demandado no absuelva el traslado (no se pronuncie sobre el desistimiento), en el plazo concedido para ello por el tribunal arbitral. Según refiere SEGOVIANO, habrá de fijarse un plazo durante el cual el demandado pueda manifestar su oposición al desistimiento, ya que de no hacerse así, se dejaría en manos del demandado el decidir en qué momento manifiesta su voluntad de oponerse o no, incluso si no efectuaba manifestación alguna, las actuaciones se podrían mantener indefinidamente pendientes, sin que los árbitros pudieran ordenar su conclusión.

En caso de que el demandado no se haya pronunciado en el plazo concedido o haya expresado que no se opone al desistimiento del proceso, los árbitros dictarán resolución ordenando la terminación de las actuaciones y el archivo del expediente.

Cabe precisar que, según la doctrina, para el caso del desistimiento de la pretensión, no se requiere de la conformidad del adversario (no es necesario el acuerdo por parte del demandando). Ello, habida cuenta de que cuando el demandante se desiste de las pretensiones, está renunciando a un derecho material, sobre el cual tiene libre disposición.

En relación al punto (ii) de los requisitos de procedencia del desistimiento del proceso arbitral, cabe señalar que en caso el demandado se oponga al mismo, el tribunal arbitral deberá decidir si tiene o no al demandante por desistido.

En efecto, en dicho escenario el tribunal arbitral tiene dos caminos; a saber:

- Tener por desistido al demandante, en tanto el demandado no ha acreditado un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
- Tener por no desistido al demandante, por entender que el demandado tiene un interés legítimo en obtener un resultado definitivo de la controversia. Aquí el tribunal deberá continuar con el desarrollo del proceso.

Sobre este punto, hay que recordar que el desistimiento del proceso no afecta la eficacia del convenio arbitral, por lo que el demandante podría válidamente demandar de nuevo (por las mismas pretensiones), en tanto no haya caducado su derecho. Incluso, si por alguna razón, el convenio arbitral fuera ineficaz, el demandante podría –esta vez, en la vía ordinaria– demandar por dichas pretensiones.

Teniendo en cuenta dichas premisas, el demandado podría argumentar el porqué se opone al desistimiento del proceso, a efectos de que el tribunal tenga por no desistido al demandante.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo II, pp. 75-84. YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 564-573. SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. «Terminación de las actuaciones». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 617-621.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Laudo. Procedimiento arbitral.

DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La expresión «deslocalización del arbitraje internacional» hace referencia a la concepción, relativamente moderna y liberal, de algunas jurisdicciones, o de algunos autores, según la cual el arbitraje internacional no estaría «localizado» en el orden jurídico de la sede donde se celebra el arbitraje.

A título preliminar: sobre la «territorialidad» del arbitraje internacional

Para entender el concepto de «deslocalización» del arbitraje, hay que referirse, a título preliminar, a la teoría opuesta, más tradicional y generalmente admitida, de la «territorialidad» del arbitraje internacional. En esta teoría, la determinación de la sede del arbitraje tiene un efecto «localizador», es decir que «conecta» o «incorpora» el arbitraje al orden jurídico del Estado de la sede.

En la teoría de la «territorialidad» del arbitraje, el rol de la sede es doble. Por una parte, la sede determina la ley aplicable al arbitraje y su ámbito de aplicación. El Derecho de la sede (la *lex loci arbitri*) rige el arbitraje y se aplica como *lex arbitri* (ley aplicable al procedimiento arbitral). Por lo tanto, la *lex loci arbitri* gobierna las cuestiones típicamente sometidas a la *lex arbitri*, como por ejemplo la validez del convenio arbitral, la arbitribilidad de la disputa, el apoyo judicial al arbitraje, las garantías fundamentales del debido proceso y el control de los laudos. Por otra parte, la sede del arbitraje establece la competencia de los tribunales judiciales que conocerán tanto de los incidentes relativos al arbitraje como de los recursos contra el laudo (recurso en anulación o en revisión).

El Convenio de Nueva York adopta, en cierta forma, esta concepción tradicional de la «territorialidad» del arbitraje internacional al referirse, por ejemplo, al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales «extranjeras» (lo que sugiere que un laudo tendría la nacionalidad del país donde fue dictado), o al considerar como motivos de anulación el hecho que el convenio arbitral no sea válido «en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia» (art. v(1)(a)), o que la «constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje» (art. v(1)(d)), o la anulación del laudo por «una autoridad competente del país en que [...] ha sido dictado» (art. v(1)(e)).

Fundamentos básicos de la teoría de la «deslocalización» del arbitraje internacional

En la teoría de la «deslocalización», se considera, al contrario, que el Derecho de la sede del arbitraje no debería aplicarse por el mero hecho de que se celebre el arbitraje en el territorio de un Estado determinado. En esencia, esta concepción tiene consecuencias (i) sobre el Derecho aplicable al procedimiento (se considera que el arbitraje está basado principalmente sino exclusivamente en la autonomía de la voluntad de las partes y está, por lo tanto, sometido a una autorregulación; es decir, que se rige por las reglas adoptadas por las partes o los árbitros) y (ii) sobre el control del laudo (el único control del arbitraje debería realizarse exclusivamente en la fase de ejecución del laudo, porque el Derecho del lugar de ejecución tiene mayor vocación que el Derecho del lugar de la sede del arbitraje para imponer sus concepciones de lo que considera un laudo digno de protección jurídica).

El principio básico subyacente de la teoría de la «deslocalización» es que el árbitro carece de foro, esto es, de un orden jurídico al que esté directamente vinculado y que le exija el cumplimiento estricto de sus normas.

Esta teoría parte también del principio de que el laudo arbitral posee una naturaleza especial pues, contrariamente a la sentencia judicial, no implica un acto de soberanía del poder público. Se trata de un acto emanado de personas privadas (los árbitros) y cuyo fundamento se encuentra en el acuerdo de voluntad de las partes, y no en el *imperium* de un Estado. Por lo tanto, el laudo arbitral —dictado por un árbitro que no tiene foro— no está vinculado con ningún ordenamiento jurídico específico. Un laudo dictado en materia internacional es un laudo propiamente internacional (y no un laudo español, francés o inglés), jurídicamente y geográficamente «deslocalizado» respecto a la sede del arbitraje.

De ello resulta la percepción de muchos árbitros del comercio internacional de que no imparten justicia en nombre de un Estado determinado en el que las partes hayan fijado la sede del arbitraje, sino que ejercen una función jurisdiccional al servicio de la comunidad internacional.

Por lo tanto, cabe efectivamente preguntarse hasta qué punto el Derecho de la sede del arbitraje tiene vocación a imponer sus concepciones de lo que considera un laudo digno de protección jurídica cuando, en muchos casos, no existe ningún vínculo con este Derecho (pues las partes suelen elegir el lugar del arbitraje, precisamente, por su carácter neutral por no relacionarse con ninguna de las partes o con el objeto del

contrato). De la misma manera, cabe preguntarse hasta qué punto los tribunales estatales de la sede pueden, o deberían, decidir acerca de una resolución en la que no han intervenido en modo alguno y con la cual, generalmente, no tienen ningún vínculo puesto que el laudo muchas veces no se ejecutará en su territorio.

Las distintas implicaciones del concepto de «deslocalización» del arbitraje internacional

Según la concepción que uno tenga de la mayor o menor integración del arbitraje en el orden jurídico del lugar donde se celebra, el alcance y las implicaciones del concepto de «deslocalización» del arbitraje será más o menos extenso.

1) Las normas aplicables al fondo del arbitraje

En primer lugar, la noción de «deslocalización» implica ante todo que la sede del arbitraje no tiene incidencia sobre las normas aplicables al fondo del arbitraje. El árbitro no tiene, en principio, la obligación de aplicar las normas (sustanciales o de conflicto de leyes) del país del lugar del arbitraje, salvo acuerdo contrario de las partes o que existan leyes de policía de aplicación imperativa. Esta posición es tan común en Derecho comparado que incluso la adoptan los partidarios de la «territorialidad» del arbitraje. Cuando se refiere uno al concepto de «deslocalización» del arbitraje, en general, hace referencia más bien a las siguientes implicaciones.

2) Las normas aplicables al procedimiento arbitral

En segundo lugar, la noción de «deslocalización» se puede aplicar también a las normas aplicables al procedimiento arbitral. Una cuestión clásica es saber si el procedimiento arbitral está regido por la ley del lugar del arbitraje (principio de territorialidad) o por la ley elegida por las partes (principio de autonomía). La mayoría de las leyes recientes de arbitraje, incluida la Ley española, han adoptado el principio de territorialidad, siguiendo el art. 1(2) de la Ley modelo Uncitral. El artículo primero de la Ley española de arbitraje prevé que «se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español».

Sin embargo, el Convenio de Nueva York contempla la posibilidad para las partes de someter el arbitraje a una ley diferente de la sede: el art. v(1)(e) se refiere a una sentencia arbitral que ha sido anulada por una autoridad del país «conforme a cuya ley ha sido dictada».

En particular, el Derecho francés ha optado por el principio de autonomía, aunque no resulte igual de claro en la nueva formulación adoptada con la reforma intervenida en el año 2011. Anteriormente, el antiguo art. 1494 del Código de Procedimiento Civil, disponía que las partes podían someter el procedimiento arbitral a la ley de su elección y que, a falta de elección por la partes, el árbitro determinaba el procedimiento «de forma directa o por remisión a una legislación o a un reglamento de arbitraje». En otras palabras, tanto las partes como los árbitros podían claramente someter el arbitraje a una ley extranjera. El Derecho francés no era necesariamente aplicable a los arbitrajes con sede en Francia, porque no se consideraban como «localizados» en el orden jurídico francés. El único límite a esta libertad de las partes o del árbitro era el respeto del orden público internacional francés, puesto que su violación implicaría la anulación del laudo.

Desde la reforma de 2011, el nuevo art. 1509 del Código de procedimiento civil se refiere únicamente a la aplicación al procedimiento de «un reglamento de arbitraje o de reglas de procedimiento», sin mencionar la posibilidad de someter el arbitraje a una ley extranjera; pero, sin que por ello el legislador francés haya adoptado el principio de territorialidad. En efecto, la nueva Ley no prevé expresamente que se aplica a todos los arbitrajes que se desarrollen en Francia. Es más, el art. 1505(2) dispone que el Presidente del Tribunal de Gran Instancia de París puede intervenir como juez de apoyo cuando las partes hayan sometido el arbitraje a la Ley francesa (es decir, incluso si la sede del arbitraje no está en Francia), lo que confirma la tendencia autonomista del Derecho francés.

3) El laudo no está integrado en el orden jurídico de la sede y, por lo tanto, no deja de existir aunque haya sido anulado por los tribunales de la sede

En tercer lugar, la «deslocalización» del arbitraje implica también que el laudo arbitral dictado en materia internacional no se considere como integrado en el orden jurídico del lugar del arbitraje.

Ello permite reconocer o ejecutar un laudo que haya sido anulado por los tribunales del país en el que fue dictado. A pesar de haber sido anulado, el laudo no deja, por ello, de existir y puede ser ejecutado en algunos casos.

Según el Convenio europeo de arbitraje internacional, firmado en Ginebra en 1961 y del cual España es parte, la anulación de un laudo en un Estado contratante constituirá una causa de denegación de la ejecución en otro Estado contratante, solamente si la anulación ha sido pronunciada por uno de los motivos limitativamente enumerados por el art. ix(1) del Convenio. Es decir, cuando un laudo ha sido anulado por un motivo puramente «local» o «exótico» que no figura en el art. ix(1) del Convenio de Ginebra (por ejemplo, porque el árbitro no ha hecho jurar a los testigos de conformidad con las exigencias locales), se podrá; sin embargo, ejecutar en los otros Estados contratantes.

Algunos países han ido más lejos. La jurisprudencia francesa considera que el art. v(1)(e) del Convenio de Nueva York de 1958 prevé expresamente que «se podrá denegar» —y no que «se deberá denegar»— el reconocimiento y la ejecución del laudo cuando éste ha sido anulado en el país donde ha sido dictado. Como en Derecho francés la anulación del laudo no constituye un motivo de denegación de su ejecución, los tribunales franceses han aceptado ejecutar laudos anulados en la sede arbitral, en aplicación del art. vii del Convenio que permite a una parte hacer valer un laudo admitido por la legislación del país donde se invoca; no obstante las disposiciones del Convenio.

Los tribunales franceses han sido los primeros en adoptar esta solución en destacadas decisiones (*Norsolor* en 1984 e *Hilmarton* en 1994). Más recientemente, la Corte de Casación francesa ha vuelto a confirmar esta jurisprudencia en su decisión *Putrabali* de 29 de enero de 2007 (*Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507), en la cual ha ido hasta declarar que el laudo internacional «es una decisión de justicia internacional» y «no está relacionado con ningún orden jurídico estatal».

En cambio, en la teoría de la «territorialidad» del arbitraje, se considera lo contrario, que un laudo anulado en el país de la sede deja de existir no sólo en este país sino en cualquier otro.

En España, la jurisprudencia no ha tenido ocasión aún de tomar posición respecto al valor de un laudo anulado en el país donde fue dictado. Sólo cabe señalar que un laudo dictado en Francia ha conseguido el exequátur en España, a pesar del recurso en anulación pendiente delante de los tribunales franceses (Auto del Juez de 1.ª Instancia de Rubí de 11 de junio de 2007).

Los autores (esencialmente franceses) que defienden la ejecutabilidad de un laudo anulado subrayan que, entre el Estado que recibe un arbitraje en sus hoteles o sus centros de conferencias y el Estado que permite el embargo de activos situados en su territorio y el auxilio de la fuerza pública, es evidente que este último tiene mayor vocación para determinar lo que constituye un laudo digno de protección. Por lo tanto, sólo el Derecho del lugar de ejecución del laudo tiene una verdadera legitimidad para ejercer un control sobre el laudo internacional. Los tribunales de la sede tendrían que limitarse a desempeñar un papel de auxilio judicial.

Estos autores sostienen que no existe ninguna razón *a priori* que imponga que el Derecho de un país rijan y controle los laudos internacionales dictados sobre su suelo. Un laudo es un acto privado que emana de jueces privados y resuelve un litigio generalmente entre personas privadas. No afecta los intereses del país de la sede, salvo en caso de ejecución en este mismo país.

4) *La supresión del recurso en anulación del laudo ante los tribunales de la sede*

En cuarto lugar, la consecuencia última de la «deslocalización» del arbitraje es la supresión del recurso en anulación del laudo ante los tribunales de la sede, conservando únicamente el control operado por el juez del exequátur en el país donde la ejecución del laudo es llevada a cabo.

Ningún país ha ido hasta suprimir radicalmente el recurso en anulación, pero algunos países prevén la posibilidad para las partes de renunciar a dicho recurso, bajo ciertas condiciones. Es el caso de Suiza (art. 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre 1987), Bélgica (art. 1717(4) del Código judicial belga), Suecia (art. 51 de la Ley de Arbitraje de 4 de marzo 1999), Perú (art. 126 de Ley de Arbitraje 28 de junio de 2008); y, últimamente, Francia en 2011 (art. 1522 del Código de Procedimiento Civil).

Salvo el Derecho francés que permite dicha renuncia de manera general en materia de arbitraje internacional (pero, no en arbitrajes domésticos), los otros Derechos limitan esta posibilidad a los arbitrajes que no implican a ningún nacional o residente.

Cabe señalar que, originalmente, la reforma belga de 1985 había ido aún más lejos, suprimiendo de manera general el recurso en anulación contra todos los laudos dictados en materia internacional cuando una de las partes tenía su sede fuera de Bélgica. Esta disposición fue posteriormente abrogada, porque resultaba que

disuadía, más que atraía, a las partes a que eligieran Bélgica como sede. El legislador conservó únicamente la posibilidad para las partes de renunciar al recurso cuando lo deseen. El ejemplo de Bélgica demuestra que una «deslocalización» excesiva del arbitraje, a veces no cumple necesariamente con los intereses de las partes.

(Autora: Anne-Carole Cremades. Abogada en Schellenberg Wittmer. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD, E., *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, La ley Paraguaya-Cedep-Thomson Reuters, 2010, p. 39. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, p. 605. RACINE, J.B. «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international». En *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 305.

VOCABLOS CONEXOS: Sede del arbitraje. Lugar del arbitraje. Derecho aplicable al arbitraje. Ejecución de laudo nulo.

DIRECTIVAS DEL BANCO MUNDIAL RELATIVAS AL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Estas directivas son una guía que trata de reflejar una serie de tendencias en materia de protección de inversiones, identificadas en estudios de instrumentos legales ya existentes. También se basan en las políticas respaldadas por el propio Banco Mundial, que los distintos países pueden ir adoptando. No pretenden codificar el Derecho internacional vigente relativo a inversiones extranjeras. Las directivas fueron preparadas por un Comité de Juristas de diversas instituciones del Banco Mundial y son un intento más de regular, a nivel internacional, el Derecho de las inversiones extranjeras, junto con las *OECD Guidelines on Multinational Enterprises* y el *Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations*. Las directivas se ocupan del tratamiento que deben dar a la inversión los países receptores, sin que contenga preceptos sobre el comportamiento de los propios inversores hacia esos países (MUCHLINSKI).

La Directiva II establece como principio general el de la admisión de las inversiones extranjeras, aunque los Estados conservarían la capacidad de regular dicha admisión, e incluso de denegarla por motivos de seguridad nacional o porque un sector esté reservado a los nacionales. El resto de condiciones de inversión aplicables a los nacionales en materias como orden público, cuidado del medioambiente o salud pública se aplicarán también a las inversiones extranjeras.

La Directiva III refleja la elección de los estándares de trato habituales en los *Appris*. Se recomienda el trato justo y equitativo, trato equivalente al nacional, no discriminación, libre transferencia de fondos e indemnización por pérdidas debidas a conflictos armados. Se recomienda la rápida concesión de licencias y permisos, la autorización de trabajadores extranjeros y la reinversión de beneficios, el control de prácticas corruptas, la transparencia en el trato con los inversores y evitar la competencia entre países receptores de inversiones, especialmente, en el área de las exenciones fiscales.

En la Directiva IV se trata la cuestión de las expropiaciones, renegociación unilateral y resolución de acuerdos de inversión. Se opta por la postura habitual en los *Appris*: las expropiaciones se consideran legítimas, con tal de que se hagan de acuerdo al procedimiento legalmente establecido, de buena fe y para un fin público, sin discriminación por razón de nacionalidad y con el pago de una indemnización apropiada (*appropriate compensation*); es decir, adecuada, efectiva y expedita (*adequate, effective, prompt*). La indemnización adecuada está basada en el valor justo de mercado (*fair market value*) de lo expropiado, inmediatamente antes del momento en que ocurrió la expropiación o en que se hizo pública la decisión de expropiar. Este valor también se determinará por referencia a un método acordado entre el inversor extranjero y el Estado receptor o, a falta de acuerdo, por el Estado, de acuerdo con criterios razonables relativos al valor justo de mercado: método del *discounted cash flow*, valor de liquidación, valor de sustitución o valor contable. La indemnización será efectiva si se paga en la moneda del inversor, si sigue siendo convertible, en otra moneda designada como utilizable por el Fondo Monetario Internacional o en cualquier otra moneda aceptada por el inversor. La indemnización será expedita si se paga sin retrasos, en circunstancias normales.

La indemnización puede ser reducida o denegada si la expropiación se produce por incumplimiento del inversor de la legislación interna y tal incumplimiento se determina por un órgano judicial. En caso de grandes reformas en el contexto de conflicto armado o revolución, la indemnización puede ser determinada mediante negociaciones entre el Estado receptor de la inversión y el del inversor o mediante arbitraje internacional.

Estos criterios relativos a la indemnización también se aplicarán a casos de resoluciones de acuerdos de inversión, cuando el Estado actúa como soberano. Si el Estado actúa por motivos comerciales, la indemnización se determinará conforme al Derecho aplicable al acuerdo de inversión.

La Directiva v establece que las controversias entre inversores extranjeros y los Estados receptores se dirimirán mediante negociaciones; y, si éstas fracasan, mediante el recurso a órganos judiciales nacionales u otros métodos consensuados como la conciliación o el arbitraje. Se recomienda someterse a arbitraje conforme al Convenio Ciadi.

(Autor: Nicolás Zambrana Tívar. Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>. MUCHLINSKI, P.T. *Multinational Enterprises and the Law*. Blackwell: Malden-Oxford-Carlton, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (Appris). Arbitraje de inversiones. Convenio Ciadi. Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación. Trato justo y equitativo.

DISCOVERY (VER EXHIBICIÓN DE HECHOS)

DISPONIBILIDAD (PARA SER ÁRBITRO)

Desde octubre del 2009, la Cámara de Comercio Internacional ha añadido una segunda parte al formulario de declaración de independencia. En esta parte se le pide al árbitro que informe del número de asuntos –arbitrales o no– en los que está implicado en ese momento, ya sea como árbitro o letrado de parte. El objetivo de esta innovación, acogida con reticencias por los abogados más destacados en arbitraje, es acortar los plazos de los procesos arbitrales. Si un candidato a árbitro está implicado en muchos otros asuntos, no puede dedicar a cada uno el tiempo necesario, produciéndose demoras. Antes de esta reforma hubo casos en que, realizada la vista final para dictar laudo, éste tardó más de un año en dictarse.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho internacional de la Universidad de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Árbitro. Deber de declaración (de los árbitros). Colegio arbitral. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros. Responsabilidad de los árbitros. Tribunal arbitral.

DISPONIBILIDAD DEL OBJETO

1. Concepto e introducción general

El concepto de disponibilidad hace referencia a todo aquello sobre lo que la persona puede disponer libremente. En el ámbito jurídico las partes podrán disponer de aquellas materias y derechos que no estén excluidos de su ámbito de decisión por razón de su regulación especial de obligado cumplimiento o por motivos de orden público o perjuicio a terceros.

En el contexto de la materia arbitral, pueden ser susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Tres ideas fundamentales se desprenden de esta generalidad: a) que el objeto sea disponible por las partes, b) la libertad de éstas a disponer del mismo, y c) los límites que puedan venir impuestos por razones de política jurídica u orden público.

La arbitrabilidad de una controversia podrá coincidir en términos generales (cada legislación podrá tener sus excepciones concretas además de las que puedan resultar coincidentes a nivel general, especialmente en materia de orden público) con la disponibilidad de su objeto por las partes.

Las diferentes legislaciones existentes y aplicables a esta materia, podrán establecer criterios generalistas de arbitrabilidad y elencos de materias inarbitrables o no susceptibles de arbitraje; pero, en general, se consagra

el principio de libre disposición, si bien de orden restrictivo. En términos generales, no podrán ser objeto de arbitraje materias de orden público, familia, personalidad, filiación, estado civil, bienes *extra commercium*, etc.

2. Normativa aplicable a la disponibilidad del objeto y orden público

En España, la Exposición de Motivos de la vigente ley de arbitraje y su art. 2, consagra el apuntado principio de libre disponibilidad. Es cierto también que nuestra norma no establece un elenco de materias arbitrables e inarbitrables, puesto que se parte de la base de que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes; por tanto, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Aun así, se prevé que por razones de política jurídica, haya cuestiones que puedan ser disponibles para las partes y respecto de las cuales haya que limitar o excluir su carácter arbitrable. En este sentido, al margen de la ley de arbitraje, habrá que excluir del ámbito de la regulación general de la ley de arbitraje, las posibles exclusiones de arbitrabilidad y remitirnos a las disposiciones específicas de otros textos legales.

En referencia a la normativa interna de aplicación en España, ya nos apunta el prestigioso jurista Elías CAMPO, en su artículo doctrinal «El arbitraje en las sociedades mercantiles», RJC 1998 (2), que en nuestro sistema se acotan los temas y relaciones jurídicas arbitrables por referencia al concepto de que las partes puedan disponer válidamente de ellas. La libre disposición de la materia constituye el presupuesto de la posibilidad del arbitraje.

En la obra *Tratado de Derecho Arbitral*, José F. MERINO MERCHÁN y José M. CHILLÓN MEDINA, Editorial Thomson Civitas, se establece, igualmente, que los límites hoy, de las materias no susceptibles de convenio arbitral, no pueden identificarse, sin más, con las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción; y que tampoco es razonable establecer un elenco de materias insusceptibles de ser objeto del convenio arbitral, como sucedía en normativas anteriores, ya que algunas de ellas, con la clara y decidida apuesta que se hace desde las administraciones en favor del arbitraje, se han incorporado con plena normalidad en ámbitos hasta ahora impenetrables para él (urbanismo, tributario, administraciones públicas, etc.). Así pues, el límite más clarificador en esta materia seguirá siendo el que establece el orden público.

También resultaría de utilidad para conceptuar la disponibilidad del objeto, establecer unos criterios de arbitrabilidad o de materias que pueden ser objeto de arbitraje; en la obra *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*, J. GARBÉRÍ LLOBREGAT (dir.), Editorial Bosch, se sugiere establecer un criterio *histórico* (materias que tradicionalmente no han sido de libre disposición para las partes), y donde podrían tener cabida las limitaciones históricas en materia de capacitación, filiación, matrimonio y menores; un *criterio de orden semántico* que obliga a que la libre disposición se ha de disponer sobre todos los derechos de la materia objeto de la controversia; un criterio que actúe en el momento en que una de las dos partes es una *administración pública*.

Por tanto y partiendo de la base de que la ley en España ha obviado establecer un elenco de materias arbitrables y no arbitrables (por no ser disponibles), tal y como establece la propia ley, habremos de remitirnos a las legislaciones subsidiarias o específicas en cada materia: mercantil y societaria, de consumidores, de transportes, de derechos personalísimos, propiedad industrial e intelectual, ley de marcas, de deportes, arrendamientos, etc., y establecer así los límites de su posible arbitrabilidad.

A nivel internacional, nada dice la ley de referencia, la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, respecto al elenco de materias presuntamente no disponibles, para que las partes puedan someterlas o dirimir las en arbitraje, puesto que lejos de establecer dicho elenco (lo que nos lleva a la consulta individualizada de cada normativa interna para establecer los límites a esa disponibilidad), se limita a consagrar una vez más la libertad de las partes para someter sus controversias a arbitraje (por tanto, en la línea de la legislación española redactada al amparo de la propia Ley Modelo y que consagra el principio de libre disponibilidad de las partes). Así pues, la remisión tácita a cada legislación interna en materia de indisponibilidad, parece clara.

En el punto en que parece haber unanimidad y uniformidad de criterios entre todos los autores, es en torno al límite establecido por el orden público.

El límite viene establecido por el orden público que establecerá las normas internas de cada país, y que lo protegerán, así como el posible perjuicio a intereses de terceros; aun así, recordemos una vez más, que esa posible vulneración o perjuicio quedaría salvada con el mecanismo de anulación del laudo previsto en cada normativa, y en la propia Ley Modelo, que establece motivos de nulidad del laudo a instancia de parte (en el caso de indefensión de las partes o de vicios en la composición del tribunal arbitral) y de oficio (en los casos

en que la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público). Lo cierto es que el orden público es un límite infranqueable para el convenio arbitral, y para el propio laudo que puede ser anulado por la posible vulneración del mismo.

En esta línea se sugieren criterios de materias integrantes del orden público (al igual que anteriormente lo hacíamos con materias susceptibles de arbitrabilidad) en la obra *Tratado de Derecho Arbitral*, José F. MERINO MERCHÁN y José M. CHILLÓN MEDINA, Editorial Thomson Civitas; y, por tanto, excluidas de arbitraje: 1) en un primer grupo; las normas constitucionales, las que definen el *status* de la persona (estado, capacidad, nacionalidad, etc.), los actos y bienes de dominio público, las restricciones a la libertad, la relación estatutaria-funcionarial, los Tratados de la Unión Europea y sus reglamentos, el Derecho penal, 2) en un segundo grupo todas aquellas materias en las que intervenga el Ministerio Fiscal y 3) en un tercer grupo todas aquellas materias relativas a los principios, valores y derechos fundamentales que resultan inderogables ante la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en relación a los límites establecidos por el orden público y a la tendencia actual a arbitrar sobre materias «en principio indisponibles», ya nos apunta el prestigioso jurista Elías CAMPO en su artículo doctrinal «El arbitraje en las sociedades mercantiles», RJC 1998 (2), que el orden público, el *ius cogens* y los intereses de terceros no impiden el arbitraje en asuntos societarios, sólo imponen al árbitro que los respete en el laudo.

3. Comentarios y conclusiones

En nuestra opinión, resulta complicado delimitar los conceptos de arbitrabilidad/disponibilidad y no arbitrabilidad/indisponibilidad, por cuanto ambos contienen elementos comunes que llevan a la confusión o solapamiento.

La definición del concepto que aquí se acompaña se ha intentado realizar aunando todos los conceptos integradores de la materia; respecto al convenio arbitral o pacto de arbitraje (que también podríamos considerarlo conexo por los límites de su contenido) nada hemos hecho constar, pues como tal, aparecerá definido individualmente en el vocablo *objeto*, por considerarlo así el verdadero objeto de procedimiento arbitral.

Por el contrario, las ideas de libre disponibilidad, arbitrabilidad y susceptibilidad de la materia, de significado amplio y conectadas entre sí pero demasiado generalistas tomadas individualmente, sí debíamos intentar definir las al menos con propuestas de criterios de ordenación recogidas de diversos artículos doctrinales, y puestas en relación con los límites del orden público, pues todo ello, conforma el concepto (aunque difuso) de la *disponibilidad del objeto*, en todas las normativas aplicables de arbitraje, sea cual sea su ámbito de aplicación.

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT (dir.). *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Editorial Thomson Civitas. GONZÁLEZ MONTES, José F. (coord.). *Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave*. Madrid: Editorial La Ley. CAMPO VILLEGAS. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». *RJC*, 1998 (2).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Arbitrabilidades condicionadas. Convenio arbitral. Inarbitrabilidad de la controversia. Ineficacia del convenio arbitral. Orden público.

DISPUTE BOARDS

Un *Dispute Board* («DB») es un órgano formado por una o más personas nombradas por las partes signatarias de un contrato y que ayuda informalmente a éstas a resolver las desavenencias o controversias que vayan surgiendo durante la ejecución de dicho contrato. Otros nombres que ha recibido esta figura son: *Dispute Settlement Panel*, *Dispute Mediation Board*, *Dispute Avoidance Panel* o *Dispute Conciliation Panel*. Los DBs cumplen con

su función mediante periódicas visitas al lugar de ejecución del contrato y audiencias con las partes o sólo entre los miembros del DB.

Los DBs son muy utilizados en los contratos de construcción y de ingeniería. La popularidad de los DBs ha aumentado, en parte por la constatación de que el arbitraje se ha convertido en un procedimiento largo y costoso de resolución de controversias, y porque en la industria de la construcción e ingeniería es frecuente que surjan múltiples desavenencias durante la ejecución del contrato, que necesitan de un grupo de expertos que estén en relación con el proyecto desde el principio.

Con anterioridad a la utilización de los DBs, era frecuente que las controversias que fueran surgiendo durante la ejecución de un contrato de construcción, entre el dueño de la obra y el contratista encargado de su ejecución, se resolvieran por el «ingeniero», una figura contratada por el dueño de la obra y que actuaba como su agente en determinadas tareas, pero que debía actuar con imparcialidad en la resolución de las mencionadas controversias.

Los DBs se constituyen conforme a lo previsto en el contrato o conforme a lo previsto en un reglamento, si éste se ha incorporado al contrato por referencia. En 1957, la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* («Fidic») publicó unas condiciones generales de contratación conocidas como el «libro rojo», cuya versión actual se publicó en 1999 y que contienen el procedimiento de actuación de los DBs, escogiendo la modalidad de *Dispute Adjudication Board*; es decir, con capacidad para emitir decisiones vinculantes, a no ser que se sometan posteriormente a arbitraje. La CCI también ha publicado, en 2004, un reglamento que posibilita la elección entre varios tipos de DBs.

Se pueden distinguir tres tipos de DBs. Los *Dispute Review Boards* («DRB») que emiten *recomendaciones* sobre la controversia planteada. En caso de que ninguna de las partes exprese su desacuerdo con dicha recomendación dentro de un plazo preestablecido, se entiende que las partes se comprometen contractualmente a acatar la recomendación. Si alguna parte muestra su disconformidad con la recomendación dentro del plazo preestablecido, puede someter la controversia a arbitraje, si existe convenio arbitral que abarque dicha controversia, o a un órgano jurisdiccional ordinario competente, en caso contrario. Mientras decide el tribunal arbitral o el órgano jurisdiccional, las partes no están obligadas a cumplir con la recomendación.

Los *Dispute Adjudication Boards* («DAB») emiten *decisiones* respecto a las controversias que se le planteen, que deben ser cumplidas por las partes. Si una de las partes expresa su desacuerdo con la decisión, puede someter la controversia a arbitraje, si existe convenio arbitral, o a la jurisdicción ordinaria, en caso contrario. Las partes se obligan contractualmente a obedecer la decisión emitida, en tanto no se emita una decisión en sentido contrario por el tribunal arbitral u órgano jurisdiccional. Si ninguna de las partes expresa su desacuerdo con la decisión, las partes están obligadas contractualmente a cumplir la decisión.

Los *Combined Dispute Boards* («CDB») son órganos ideados por la CCI que pueden emitir recomendaciones, pero también decisiones, si una parte lo solicita y ninguna parte se opone a ello. Si una parte se opone a la emisión de una decisión, el CDB emitirá una recomendación o una decisión, teniendo en cuenta los siguientes factores (art. 6 del Reglamento de la CCI): si una decisión facilita la ejecución del contrato o impedir un daño o un perjuicio importante para cualquiera de las partes; si una decisión impide la interrupción del contrato; y si una decisión es necesaria para conservar los elementos de prueba.

Si una parte incumple una recomendación frente a la que no expresó su desacuerdo, o si incumple una decisión, supone un incumplimiento contractual que se puede también hacer valer en un arbitraje o en un procedimiento ordinario.

Conforme al Reglamento CCI y al Libro Rojo, los DBs estarán compuestos de uno o tres miembros que están vinculados a las partes mediante contratos de prestación de servicios que cada uno debe suscribir. Si el número no es fijado por las partes, será de tres miembros, dos de ellos nombrados de común acuerdo por las partes y el tercero (el presidente) propuesto por los dos ya nombrados. Conforme al Reglamento de la CCI, si no se alcanza acuerdo entre las partes, una de ellas podrá solicitar a la CCI el nombramiento de cualquier miembro del DB. El Libro Rojo también prevé el nombramiento de una entidad nominadora para estos casos. La CCI también puede decidir sobre una recusación presentada por una parte frente a un miembro del DB. Los miembros del DB deben ser, en todo momento, independientes de las partes y firmar una declaración al respecto. Los miembros del DB son remunerados durante toda la duración del contrato principal.

Conforme al Reglamento de la CCI, el DB tiene, entre otras, las siguientes facultades: determinar los idiomas del procedimiento, requerir a las partes para que aporten cualquier documento, convocar reuniones,

visitas al lugar de ejecución del contrato y audiencias, decidir sobre cuestiones relativas al procedimiento, interrogar a las partes y a cualquier testigo, emitir decisiones o recomendaciones.

En cuanto al procedimiento, el Reglamento de la CCI expone que una de las partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita y detallada de la desavenencia que existe y la otra parte deberá contestar en el plazo de treinta días desde su recepción. A no ser que se acuerde otras cosas, se celebrará una audiencia. La decisión o la recomendación se tendrá que emitir a los noventa días de la recepción por el DB de la exposición de la desavenencia, aunque las partes pueden prorrogar este plazo. Las decisiones y recomendaciones se adoptan por mayoría; y, si ésta no se consigue, por el presidente del DB. Se puede pedir a la CCI una revisión de las decisiones o las recomendaciones, en cuanto a la forma.

El Libro Rojo especifica que, si el procedimiento ante un DB es seguido de un arbitraje, los árbitros estarán autorizados para revisar todo el procedimiento seguido ante el DB, y las partes no tendrán por qué seguir los mismos argumentos que ya expusieron ante el DB.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *¿Qué son los Dispute Boards?* http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4527/index.html. *Dispute Resolution Board Foundation* (web) <http://www.drb.org/index.htm>. *Dispute Board Federation* (web) <http://www.dbfederation.org/>. CAIRNS, D.J.A. e I. MADALENA. *El Reglamento de la ICC relativo a los «Dispute Boards»*, http://www.bcremades.com/archivos/david/dispute_boards_spanish.pdf. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. *Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los Dispute Boards*. *Revist@ e-Mercatoria*, 2006, vol. 5, n.º 6, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491006.

VOCABLOS CONEXOS: Cámara de Comercio Internacional. Conciliación. Mediación.

DOCTRINA DEL CENTRO DE GRAVEDAD

1. Contexto y definición

En el marco del arbitraje comercial internacional, denominamos «doctrina del centro de gravedad» al criterio jurídico –uno de los diversos existentes en la *praxis* arbitral– mediante el cual el tribunal arbitral, en defecto de ley acordada por las partes para regir el fondo de la disputa (*pactum de lege utenda*), determina la *lex causae* mediante la identificación del sistema jurídico sustantivo con el que la controversia presenta una vinculación más estrecha, a la vista, principalmente, de sus características fácticas.

Desde el punto de vista dogmático y de la práctica arbitral internacional, la doctrina del centro de gravedad (*center of gravity test*) es también conocida como «principio de proximidad», *closest connection test*, *grouping of contacts theory*, *most significant relationship test* o *localization theory*.

En el presente trabajo utilizaremos, por todas, la nomenclatura «doctrina del centro de gravedad», siendo necesario apuntar; sin embargo, que en el ámbito anglosajón es más común la referencia al *closest connection test*, mientras que en el de tradición hispana resulta más familiar la referencia al «principio de proximidad».

2. Origen doctrinal y jurisprudencial

Al igual que tantas otras instituciones en la esfera de la litigación y el Derecho mercantil internacional, también la doctrina del centro de gravedad ofrece un origen vinculado a la práctica forense anglosajona.

Es habitual, en este sentido, citar como *leading case* en el marco del *common law* inglés, el asunto *Bonython vs. Commonwealth of Australia* [1950], en el que Lord Simmonds señaló que la ley aplicable al fondo de la controversia debía ser «[...] *the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection*». Del mismo modo, en el asunto *In re United Railways of Havana & Regla Warehouses Ltd.* [1961], Lord Denning estableció sin ambages el criterio según el cual: «[...] *in the absence of an express clause... the test is simply with what country has the transaction the closest and most real connection*».

En la esfera del Derecho norteamericano, el precedente fundamental se sitúa en el caso *Auten vs. Auten*, 124 N.E. 2d 99 (N.Y. 1954), en materia de Derecho contractual; no obstante, la citada tesis tuvo también

cabida, en la esfera del *tort law*, en el caso *Babcock vs. Jackson*, 191 N.E. 2d 279 (N.Y. 1963), suponiendo ambos una vigorosa influencia en la redacción definitiva de la sección 188 del segundo *Restatement* en materia de Derecho conflictual a finales de la década de los años sesenta del siglo pasado.

La sección 188, titulada *Law Governing in Absence of Effective Choice by the Parties*, dispone:

- (1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of that state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.
- (2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see § 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:
 - (a) the place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and, (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.
 These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.
- (3) If the place of negotiation of the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§ 189-199 and 203.

Dicha influencia, sin embargo, fue ácidamente criticada por alguna doctrina norteamericana (caso de BRILMAYER, L. y R. ANGLIN).

Tal y como podrá apreciarse de inmediato, la aceptación de esta tesis sobre determinación de la norma aplicable al fondo de la controversia, se ha extendido a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos de la comunidad internacional.

3. Reflejo en la legislación arbitral. Análisis comparado

3.1. Legislación y reglamentación arbitral internacional

En el ámbito de las regulaciones internacionales en materia arbitral, no es posible localizar una referencia directa a la doctrina del centro de gravedad como criterio rector *impuesto* al árbitro a la hora de pronunciarse sobre la norma o normas desde las que resolver la disputa.

Téngase en cuenta, no obstante, que todas ellas optan entre una doble metodología por la que se permite al árbitro determinar directamente (*direct approach*) la *lex causae* (v. gr., art. 17.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París) o fijar la norma de conflicto que conduce a ella (por ejemplo: art. 28.2 de la Ley Modelo Uncitral). Pues bien, tal y como posteriormente tendremos ocasión de apuntar, son numerosas las ocasiones en las que el proceso intelectual por el que el árbitro activa dicha metodología (sin discriminar con precisión entre norma de conflicto y norma sustantiva), responde justamente a la doctrina del centro de gravedad.

3.2. Legislación y reglamentación arbitral interna

En el marco de las legislaciones internas en materia arbitral, sí es posible detectar referencias expresas a la doctrina del centro de gravedad como criterio fundamental para la determinación de la *lex causae*. En ese sentido, por su importancia práctica resultará oportuno destacar, tanto el art. 187 de la Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado (citado por VON SEGESSER y SCHRAMM: «(1) *The arbitral tribunal shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in absence of such a Choice, according to the rules of law with which the dispute has the closest connection*»), el art. 126 de la Ley de Contratos China (citado por TAO: «*According to article 126 of the Contract Law, the parties to a contract with a foreign element are entitled to select the law applicable to the handling of any disputes that may arise between them, unless otherwise expressly provided by law [...]. Where the contract is silent with respect to the applicable substantive law, the contract will be governed in accordance with the law of the country having the closest connection to the contract, i.e. the law of the country most closely associated or connected with the performance of the contract*») y el art. 23.2 del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) (citado por BORN, Gary B.: «*Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is most closely connected*»).

3.3. *Otros elementos de relevante influencia: El Reglamento n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)*

Por último, atendida su notoria influencia no sólo en el marco europeo sino mundial, es relevante poner de manifiesto el papel central que ha desempeñado el Reglamento Roma I (y antes la Convención de Roma de 1980 que le sirvió de antecedente) en la generalización de la doctrina del centro de gravedad como criterio decisivo en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Nótese, a estos efectos, que con independencia de que el meritado Reglamento no resulta aplicable para la fijación del *ius* que gobernará el convenio arbitral (*vide* art. 1.2.e) Reglamento Roma I), lo cierto es que el recurso a sus soluciones conflictuales ha sido invariablemente respetado en la práctica del arbitraje internacional.

Deben ser destacadas, en este sentido, las siguientes previsiones legales:

- A. Los arts. 3.3 y 3.4, en los que la vinculación del contrato con un determinado sistema jurídico, limita el Principio de Elección de Ley que el art. 3.1 marca como clave de bóveda del Reglamento Roma I, en la medida en que aquellos preceptos imponen la debida observancia hacia las normas de Derecho imperativo del sistema jurídico con el que el contrato se halla vinculado, a pesar de la *lex causae* escogida por las partes (apreciamos aquí, por tanto, una suerte de dimensión negativa de la doctrina del centro de gravedad, en tanto afecta o restringe la *lex causae* escogida efectivamente por las partes contratantes).
- B. El art. 4, que materializa y concreta el concepto de «prestación más característica» en el ámbito contractual como elemento determinante del centro de gravedad del vínculo a los efectos de establecer la ley que lo regirá. Dicha materialización y concreción se efectúa en distintos subniveles, a saber: (i) mediante su especificación en diferentes tipos contractuales (art. 4.1); (ii) mediante la regla subsidiaria de primer grado que —cuando no se trate de ninguno de los tipos contractuales citados o cuando el contrato participe de los elementos de varios de ellos— remite a la ley del país en que tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2); (iii) mediante una regla complementaria y correctora de la anterior por cuya virtud, aun si cupiese la aplicación de las reglas previstas en los arts. 4.1 ó 4.2, en tanto el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país diferente de los referidos en dichos preceptos, se estará a la ley de ese otro país (art. 4.3); y, finalmente, (iv) una cláusula de cierre —supletoria de último nivel— por cuya virtud, si el supuesto de hecho no pudiera ser procesado por los cauces descritos en los arts. 4.1 y 4.2, entonces, se estará a la ley del país con que el contrato presente los vínculos más estrechos (art. 4.4).

Nótese, por tanto, hasta qué punto la doctrina del centro de gravedad impregna plenamente el sistema diseñado por el Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable en materia contractual, en defecto del *pactum de lege utenda* (sea en forma expresa o tácita).

3.4. *Otros elementos de relevante influencia: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*

En efecto, aun cuando se trata de una referencia secundaria a los efectos que aquí nos ocupan, el art. 10 de este tratado internacional de incalculable importancia, dispone que: «[...] si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración [...]».

Por tanto, puede observarse que, a pesar de que la cuestión a resolver en el supuesto normativo indicado, es la de la determinación del lugar en que radica el establecimiento de una de las partes contratantes y no la fijación del Derecho aplicable, podemos comprobar cómo el legislador internacional recurre también al expediente del *closest connection test*.

Así, según se explica en el *Compendio de Jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de las Naciones Unidas*, publicado en 2010 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

Un tribunal (*Rechtbank Koophandel Hasselt*, Bélgica, 2 de junio de 1999) utilizó la disposición para decidir si un contrato celebrado entre un vendedor de Francia y un comprador con estableci-

mientos tanto en los Estados Unidos de América como en Bélgica se regía por la Convención. El tribunal argumentó que, dado que la factura se había enviado al establecimiento del comprador en Bélgica y estaba redactada en neerlandés (lengua conocida solamente en las oficinas del comprador en Bélgica), el establecimiento más estrechamente ligado al contrato y a su cumplimiento era el belga y, por ende, la Convención se aplicaba. El tribunal hizo notar asimismo que, puesto que la Convención también era vigente en los Estados Unidos de América, ésta se aplicaría aun cuando el establecimiento pertinente del comprador se hallara en ese país. Otro tribunal (Caso Clout n.º 400 [*Cour d'appel, Colmar*, Francia, 24 de octubre de 2000]) recurrió al apartado a) del art. 10 para determinar si un contrato de compraventa era internacional en virtud de la Convención. El contrato se celebró para despachar un pedido enviado por un comprador, que tenía su establecimiento en Francia, a un individuo, también ubicado en Francia, que representaba al vendedor, el cual tenía sus oficinas en Alemania. Al dirimir si el contrato era entre partes que tenían sus establecimientos en Estados diferentes a los efectos del art. 1 de la Convención, el tribunal observó que «las confirmaciones del pedido emanadas del vendedor, las facturas, y las entregas de las mercaderías se efectuaron desde la sede del vendedor en Alemania». Por consiguiente, el tribunal argumentó que, suponiendo incluso que el vendedor tuviera su establecimiento en Francia, «el establecimiento que guarda “la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración” [...] es en realidad el establecimiento cuya sede está en [Alemania]». De ese modo, el tribunal concluyó que «el carácter internacional del contrato litigioso queda, por consiguiente, establecido».

4. Reflejo en la praxis arbitral internacional

En relación con la *praxis* que resulta de los procesos de arbitraje internacional, teniendo en cuenta de un lado, las limitaciones con que es posible acceder a tales precedentes; y, de otro, lo impropio de hablar de una suerte de «jurisprudencia arbitral», sí podemos sugerir algunas conclusiones.

- A. Siguiendo a BORN, es posible localizar un importante número de precedentes arbitrales que decididamente recurren al expediente del *closest connection test* para determinar la *lex causae* ante la indefinición de las partes.

Así, por ejemplo, en el laudo de la ICC n.º 4237/1985 se afirma que: «*The decided International awards published so far show a preference for the conflict rule according to which the contract is governed by the law of the country with which it has the closest connection*».

- B. No obstante lo anterior, tal y como apunta el Prof. O. LANDO, lo cierto es que se aprecia una divergencia extraordinaria en los precedentes arbitrales a la hora de establecer algún criterio para la determinación de la *lex causae*, sin que, de hecho, sea esperable un escenario menos *caótico*. Ello no obstante, este reputado académico pone de manifiesto la existencia de una serie de criterios que la práctica, tanto profesional como académica, estaría consolidando paulatinamente, a saber: (i) la libre elección de ley aplicable (formulada con plena claridad en el propio contrato) como principio esencial; (ii) en su defecto, precisamente, el recurso por parte del árbitro a la doctrina del centro de gravedad; (iii) el criterio fundamental para la identificación de dicha conexión sería el de la residencia de la parte contratante a quien corresponde la realización de la prestación más característica del contrato; (iv) la consideración de los criterios anteriores como meramente presuntivos, expuestos, por tanto, a la existencia de pruebas que demuestren, con arreglo a otros parámetros, la mayor vinculación de la disputa con otro sistema legal.

5. Fórmula metodológica

Analizamos seguidamente cuál es la fórmula intelectual que debe ser aplicada para la determinación de la *lex causae* a través de la doctrina del centro de gravedad; y es que debemos recordar que, tal y como señala el Prof. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, el empleo de dicha doctrina no es, en ningún caso, una suerte de cheque en blanco, sino que por el contrario, restringe las posibilidades del árbitro a la hora de identificar el Derecho aplicable a la controversia: «Determinadas leyes arbitrales establecen, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable, una solución conflictual específica, amparada en muchos casos en el principio de proximidad o aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos (art. 187.1 de la Ley Federal suiza de DIPr., art. 834.1 del *Codice di Procedura Civile* italiano, art. 1.501.2 ZPO). Se trata de una previsión estrictamente conflictual, que en realidad reduce el margen de maniobra del árbitro en relación con la fórmula más abierta

de la Ley Modelo. En efecto, el principio de proximidad no habilita una elección absolutamente flexible de la ley aplicable, amparada en las ventajas materiales de una determinada legislación. En realidad, la flexibilidad se orienta a determinar qué ley presenta los vínculos más estrechos, y a valorar en cada caso dichos vínculos, pero no permite al árbitro optar por una ley no vinculada al contrato».

5.1. *Facultad del árbitro para recurrir a la doctrina del centro de gravedad para la determinación de la lex causae*

Ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto (*supra* 3.2) que la referencia a la doctrina del centro de gravedad se contempla en determinada legislación o reglamentación nacional, pero no tanto –al menos de forma explícita– en la normativa internacional. Esta circunstancia, sin embargo, no es óbice para estimar al árbitro plenamente legitimado para recurrir a ella a los efectos de fijar la *lex causae*, como de hecho sucede en innumerables ocasiones.

Y es que no puede olvidarse en ningún caso, que los criterios internacionales reflejados en la práctica unanimidad de casos (así, tal y como señala MISTELIS LOUKAS, A.; art. 46.3 de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996; art. 1496 del Código Procesal francés de 1981; art. 33.1 Reglas de Arbitraje Uncitral; art. 28.2 Ley Modelo Uncitral; art. 28.1 del Reglamento de la *American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution*, de 2009; art. 22.3 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* de 1998) permiten al árbitro –sin perjuicio de las restricciones que luego se apuntarán– determinar por sí mismo (siempre en defecto de pacto expreso o tácito sobre ley aplicable), bien la norma de conflicto adecuada que conduzca a la *lex causae*, bien directamente esta última por reputarla más apropiada al caso. En definitiva, como señalaba el Laudo de la CCI n.º 1641/1961: «Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el Derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. En verdad, han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio».

Pues bien, en ese contexto, el árbitro, como adelantábamos, goza de plena legitimidad para recurrir al expediente del centro de gravedad con el objetivo de establecer la ley que regirá la disputa en cuanto a su fondo o sustancia.

5.2. *Fórmula metodológica para la determinación de la lex causae con arreglo a la doctrina del centro de gravedad*

El método en que se articula la doctrina del centro de gravedad se despliega en tres fases distintas: (a) identificación de los factores de conexión (*connecting or linking factors*) que presenta el caso, desde un punto de vista eminentemente fáctico, con los diversos ordenamientos jurídicos en conflicto (así, por ejemplo: (1) domicilio, residencia o sede de las partes; (2) nacionalidad de las partes; (3) lugar de perfección del contrato; (4) lugar de negociación del contrato; (5) lugar de ejecución del contrato; (6) lugar del arbitraje escogido por las partes; (7) idioma en que se redacta el documento central u otros de la disputa; (8) formato al que responden tales documentos cuando dicho formato es característico de una determinada práctica jurídica nacional; (9) lugar del domicilio, residencia o sede de las compañías aseguradoras o de partes terceras que jueguen un papel relevante en el contrato; (10) bandera del buque que deba intervenir en la operación; (11) moneda establecida por las partes para la ejecución del pago; (12) contratos y actuaciones previas de las partes que remitan a un ordenamiento nacional determinado [...]); (b) valoración jurídica del carácter meramente accidental o, por el contrario, significativo o sustancial, que aquellos factores de conexión presentan con los diversos ordenamientos jurídicos en conflicto; (c) determinación de la *lex causae* en atención a la mayor vinculación que presenten los factores de conexión relevantes (esto es, los de trascendencia significativa o sustancial y no meramente accidental) con un cierto ordenamiento jurídico, bien por acumulación –esto es, por la gran cantidad de factores vinculados a un sistema legal, sean aquéllos de mayor o menor trascendencia– bien por intensidad –esto es, aún no concurriendo un gran número de factores de conexión vinculados a un sistema legal, se aprecia alguno o algunos que, por sí mismos y atendidas las características del caso, demuestran la plena vinculación del caso con cierto sistema legal–.

La idea se expresa con sencillez en el Laudo de la CCI n.º 5953/1989 en el asunto Valenciana: «[...] à défaut de volonté commune exprimée, il convient de rechercher dans un premier temps, si le contrat qui lie les parties présente objectivement des points de rattachement plus nombreux ou plus importants avec le droit de tel ou tel Etat».

Es evidente, sin embargo, que una metodología como la descrita remite forzosamente a un análisis casuístico que excede con mucho el fin de este texto y que exige el estudio de la ponderación que en cada caso concreto permite al árbitro discriminar los factores de conexión puramente accidentales o irrelevantes de aquéllos que sí son sustanciales y que, a su vez, permiten fijar la vinculación con un cierto sistema legal. No obstante, pueden apuntarse algunos ejemplos aislados para apreciar la tónica jurídica que permite al árbitro, a través de esta metodología, fijar la *lex causae*.

Así, por ejemplo, en el laudo de la CCI n.º 2438/1975 se afirma que: «[...] el contrato inicial, al que se encontraban estrechamente vinculados todos los actos adicionales posteriores, se concluyó en España y que el lugar principal de ejecución de las obligaciones del vendedor también se encontraba en ese país [...] hay aquí una convergencia de indicios de localización que debe conducir a que se designe la ley española como aplicable al caso [...]».

O igualmente el laudo de la CCI n.º 6560/1990, en que se indica:

In my view the destination of the goods, the nationality of the buyers and the place for payments of the price of the goods are factors which can and should be given individual weight (though the amount to be attributed to each may not be very substantial). It is common to find goods being sold to a national of one country for delivery to another, with payment being effected in a third. Here a single country (*i.e.*, France) linked these matters. Taken together, it seems to me that these indicia far outweigh the considerably more technical and accidental considerations upon which the claimants relied, and lead inevitably to the conclusion that the proper law of this contract is French Law.

Es necesario apuntar, en todo caso, que tal y como ha señalado la doctrina (BORN, Gary B.), la coherencia y eficacia en la aplicación de esta metodología exige recurrir a él, no para alcanzar un sistema de Derecho conflictual en el ordenamiento que se identifica como más vinculado al caso, sino para abrazarlo exclusivamente como Derecho sustantivo desde el cual resolver la controversia.

5.3. Centro de gravedad y límites en la elección de la norma aplicable: las previsiones contractuales, los usos del comercio y las normas imperativas

No nos detendremos sobre este particular especialmente debido a que, en lo tocante al tratamiento por el árbitro de las normas imperativas que resulten del ordenamiento jurídico que, finalmente, vaya a ser aplicado como *lex causae*, lo cierto es que el método del *center of gravity test*, no presenta ninguna particularidad: las normas imperativas de dicho sistema deberán ser atendidas.

Destaca, no obstante, la tesis del Prof. SÁNCHEZ LORENZO, quien apunta que el árbitro no puede (o no debiera) determinar como *proper law*, precisamente, una que determinara la invalidación de pactos que las partes contratantes buscaron:

Cuando las partes eligen la ley aplicable, según las fórmulas que veremos más abajo, un principio elemental de interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos. Al menos, este entendimiento debe prosperar como presunción general, si no se deduce claramente del contrato que las partes han pretendido lo contrario, pues resulta razonablemente más ajustada al principio de autonomía de la voluntad de las partes que sustenta tanto el contrato como la solución arbitral [...]. Más comprometida es la solución en el caso de que la ley aplicable al fondo se determine en defecto de elección. En estos casos, la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos por las partes en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la pre-valencia de las disposiciones contractuales como «ley primera» en la solución arbitral. En resumidas cuentas, la *lex causae* en el arbitraje comercial internacional cumple sencillamente una función interpretativa y completiva, pero no restrictiva. Evidentemente, esta solución no impide que sea posible la consideración de normas imperativas o restrictivas, fundamentalmente de origen estatal, pero su aplicación no se llevará a cabo a título de *lex contractus* o *lex causae* [...].

Por otro lado, debemos poner de relieve que casi la totalidad de la Legislación/Reglamentación en materia de arbitraje internacional, le recuerda al árbitro (con distintas intensidades; *vide supra* 5.1; *v. gr.*, art.

28.4 Ley Modelo Uncitral), que en la aplicación de la *lex causae*, finalmente, escogida para la resolución de la controversia, deberá respetar el contenido del programa prestacional descrito en el contrato, así como los usos del comercio que resultaren aplicables en el caso concreto; la Ley española n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 (art. 34.3), es buen ejemplo de esa línea.

5.4. Posibilidad de denegación de ejecución del laudo derivada de la infracción de la doctrina del centro de gravedad

Coincide de manera unánime la doctrina a la hora de poner de manifiesto que, atendidos los términos del art. v de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, no podrá constituir una causa de denegación de ejecución del laudo arbitral, aquélla que apunte al hecho de que el árbitro (en supuestos de ausencia de *pactum de lege utenda*) no identificó adecuadamente el centro de gravedad de la disputa; y, por tanto, no remitió oportunamente los criterios de solución del caso al sistema legal que habría sido necesario.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio, sí sería factible la denegación de la ejecución del laudo en aquellos supuestos en los que la determinación por el árbitro de la *lex causae* acabara imponiendo la aplicación de un sistema legal radicalmente imprevisible para las partes, y sobre el que éstas no hubiesen tenido la posibilidad real de debatir en el marco del proceso arbitral, pues en tal caso, semejante escenario no sería distinto del de vulneración del derecho fundamental al *due process of law* en sede arbitral (o *fair arbitration*), encuadrable, en nuestra opinión, en los arts. v.1.d) (irregularidades procesales) o en el art. v.2.b) (violación del orden público del Estado en que se promueve la ejecución del laudo) de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nótese en este sentido (y éste es un extremo que no resulta necesariamente positivo para la tesis que aquí se sugiere) que existen legislaciones nacionales que obligan al árbitro a someter su decisión sobre la *lex causae* a debate, con el fin de evitar la indefensión descrita. Así, el caso de la francesa: según apunta BENSUADE:

The Tribunal does not need to refer to any conflict of laws rules in order to determine the applicable rules of law. Thus, to satisfy the requirements of art. 1496, in practice, the arbitral tribunal needs merely to state in the award that the rules of law selected and applied by the tribunal are appropriate in the circumstances. Should the arbitral tribunal consider that it may be appropriate to apply rules of law that have not been suggested by any party, the tribunal must first request the parties' comments on such rules of law before taking a decision, in order to comply with the requirements of due process (*Cour d'appel Paris*, 14 June 2007, *Ciech*, *Cour d'appel Paris*, 3 December 2009, Engel).

Estimamos imposible, sin embargo, que en la medida en que no concurra el escenario que acaba de describirse (vulneración del derecho al *due process of law* ante la fijación inopinada de la *lex causae*), la mera falta de motivación (o su insuficiencia) en la identificación de la ley que regirá el fondo del asunto, permita denegar la ejecución del laudo.

5.5. Principales dudas: el Derecho transnacional como centro de gravedad de la disputa

Concluimos este trabajo preguntándonos por la posibilidad de concebir instrumentos de Derecho transnacional (caso de la *lex mercatoria* o de los Principios Unidroit) como centro de gravedad de una determinada disputa.

Es conocida la evolución de las legislaciones y reglamentaciones internacionales tendentes a superar una suerte de *iuspositivismo* extremo que impedía reconocer como *lex causae* normas o reglas que no fueran los propios ordenamientos jurídicos estatales (esas legislaciones muestran una transición terminológica que se inició con referencias al concepto «*law*» para acabar asumiendo finalmente el uso de la fórmula «*rules of law*», que supuestamente permitiría abrazar instrumentos jurídicos no necesariamente positivizados en el sentido de revestidos de la autoridad de una norma estatal).

Desde un punto de vista teórico —considerando especialmente la extraordinaria libertad de la que goza el árbitro internacional para la fijación de la *lex causae*— lo cierto es que no se aprecia un obstáculo insalvable para que, incluso desde la doctrina del centro de gravedad, se alcance la conclusión de que tal o cual disputa debe quedar regida por los Principios Unidroit, la *lex mercatoria*. Permítasenos indicar, en todo caso, que la existencia misma de alguno de estos instrumentos —paradigmático es el caso de la *lex mercatoria*— es amplia-

mente cuestionada en ciertos pronunciamientos. Sirva de ejemplo el Laudo n.º 9416 citado por FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, en el que puede leerse lo siguiente:

The undersigned arbitrator is not convinced of the applicability of the so-called *lex mercatoria*. While acknowledging the authoritativeness of the school of thought that has posited the existence of such an unwritten and supranational law, based on principles and usages generally accepted by players in international commerce (the so-called *mercatores*), and although aware that there have even been awards in international commercial arbitration where explicit reference is made to *lex mercatoria*, the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of *lex mercatoria* and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must necessarily lead to the identification of a national law.

En todo caso, somos de la opinión (en absoluto original: por todos, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto) de que la posibilidad del árbitro de recurrir a estos expedientes tan sumamente abstractos no es razonable: salvo que otra cosa se hubiese estipulado por las partes contratantes (y recuérdese que transitamos siempre en escenarios de ausencia del *pactum de lege utenda*), lo cierto es que la lógica certeza jurídica que presumiblemente pretende cualquier ciudadano o corporación, nos conduce a la conclusión de que, interesado un arbitraje de derecho y no de equidad, es necesario que el árbitro lo sitúe en la órbita de algún sistema jurídico *stricto sensu*, cosa que solamente apunta a los ordenamientos estatales. Es evidente que ello no impide, en modo alguno, el complemento del mismo, su matiz, etc., a partir del recurso a instrumentos bien asentados (esto es, plenamente aceptados en la comunidad internacional) que se desprendan de categorías transnacionales como la *lex mercatoria* o los Principios Unidroit, pero siempre sin abandonar la certeza jurídica que ofrece el sistema legal estatal. Lo contrario parece un flaco favor para la eficacia del sistema de arbitraje internacional.

(Pedro Tent. Asociado Principal,
J.ª Garrigues. Profesor Asociado de Derecho
internacional privado de la Universidad de Valencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONA VILAR, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2011, 2.ª edición. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Wolters Kluwer, Law and Business, 2009, vol. II. BRILMAYER, L. and R. ANGLIN. «Choice of Law and the Metaphysics of the Stand-Alone Trigger». *Iowa Law Review*, 2010, n.º 95. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Compendio de Jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de las Naciones Unidas*, 2010. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia». *Revista de Arbitraje*, 2010, vol III, n.º 2. LAGARDE, Paul, Mario GIULIANO y Lando OLE. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*. ŠARČEVIĆ, Petar. *Essays on International Commercial Arbitration*. Boston-London: Kluwer Law, 1991. MANIRUZZAMAN, A.F.M. «International Commercial Arbitration: The Conflict of Laws Issues in determining the Applicable Substantive Law in the context of Investment Agreements». *Netherlands International Law Review*, 1993, XL. MERINO MERCHÁN, JOSÉ F. y JOSÉ M.ª CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson, 2006, 3.ª edición. *Informe relativo a la Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML). MISTELIS, Loukas A. *Concise International Arbitration*. Londres: Wolters Kluwer Law & Business, 2010. PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. *El nuevo Derecho internacional de los contratos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001.

VOCABLOS CONEXOS: *Lex mercatoria*. *Soft law*. Transnacionalización de la norma aplicable.

DUALISMO (VER «SISTEMA MONISTA VERSUS SISTEMA DUALISTA»)

DÚPLICA

Recibe el nombre de «dúplica» el segundo escrito presentado por la parte demandada, en contestación a un segundo escrito presentado por la demandante, en los procedimientos con dos fases de alegaciones sucesivas. El término, por tanto, se emplea para denominar el cuarto y, habitualmente, último escrito de la fase de instrucción que la parte demandada presenta en contestación de la réplica.

Cabe destacar que, si bien los escritos más habituales en la fase de instrucción son, por este orden, demanda, contestación, réplica y dúplica, las partes son dueñas del procedimiento arbitral y pueden solicitar tantas rondas de escritos como estimen oportunas.

Generalmente, el contenido de los escritos de dúplica estará limitado a presentar los argumentos necesarios para contestar a los argumentos planteados en el escrito de réplica y podrán acompañarse de la prueba necesaria para sustentarlos. Sin embargo, estos parámetros generales pueden variar en función de las carac-

terísticas concretas del arbitraje. Algunos factores que pueden influir sobre el contenido permitido para los escritos de dúplica son:

1. La ley o el reglamento arbitral aplicables.
2. El tipo de procedimiento.
3. La fase en la que se encuentre el arbitraje: dúplica sobre objeciones a la competencia o jurisdicción del tribunal arbitral, dúplica sobre el fondo, o sobre cualquier otro incidente procesal.

1. La ley o el reglamento arbitral aplicables

Las distintas normas por las que se rige el proceso ofrecen soluciones variadas a la regulación del número y contenido de los escritos.

El tratamiento más habitual de la cuestión es que, cuando no hay acuerdo de las partes, los árbitros pueden dirigir el procedimiento como estimen oportuno, siempre que las hayan oído y que se respete la igualdad entre las partes y el debido proceso. Por lo tanto, esté o no expresamente previsto en la ley o el reglamento arbitral aplicable, cabe incluir una segunda fase de alegaciones en la instrucción del procedimiento arbitral. En este sentido, la Ley Modelo Cnudmi, en la que se han basado la mayoría de leyes de arbitraje de los sistemas jurídicos modernos, tras consagrar el principio de igualdad y plena oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos (art. 18), establece en su art. 19:

- 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
- 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Coherentemente, la mayoría de los principales reglamentos de arbitraje, se limitan a señalar que el tribunal arbitral tiene amplia discrecionalidad para dirigir el procedimiento y, en consecuencia, para decidir si se deben presentar escritos de dúplica, observando siempre el principio de igualdad de las partes y otorgándoles plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Ver, por ejemplo:

- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) –art. 25–.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid –art. 20.2–.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) –art. 15–.
- Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi –art. 17.1–.
- Reglas del procedimiento del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán –art. 22–.
- Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) –arts. 15.3 y 16–.
- Tribunal Arbitral de Valencia (TAV) –arts. 11 y 16–.

La conveniencia de incluir un trámite de réplica y dúplica deberá ser evaluada por las partes en función de la complejidad de los argumentos jurídicos a exponer, y la prueba que será aportada.

Sin perjuicio de que el tratamiento más habitual de la cuestión es otorgar a las partes y al tribunal arbitral la más amplia discrecionalidad a la hora de decidir si se presentará o no una segunda ronda de alegaciones, y el contenido concreto de ésta; algunos reglamentos ofrecen soluciones por defecto, aplicables en caso de que no exista acuerdo en contrario de las partes.

Merece especial mención el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), que recoge expresamente la posibilidad de plantear una dúplica y determina el contenido de ésta en los términos más amplios. En su Regla 31, relativa a las actuaciones escritas, el Reglamento Ciadi prevé una ronda inicial obligatoria de escritos de ambas partes (memorial y memorial de contestación) y una segunda ronda de escritos (réplica y dúplica), que se presentarán sólo si las partes convinieren en ello o si el tribunal arbitral lo estimare necesario. Adicionalmente, el Reglamento Ciadi regula el contenido concreto que deben tener los escritos de dúplica:

- La aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado (la réplica);
- Cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario;

- Las observaciones concernientes a la declaración del Derecho aplicable contenida en el último escrito presentado;
- Una declaración de derecho en respuesta al mismo; y
- Las peticiones.

2. *El tipo de procedimiento*

Ciertas características –como la cuantía del procedimiento, si se trata de un conflicto nacional o internacional, si la ley que rige el procedimiento es continental o anglosajona, etc.– pueden influir sobre la necesidad o conveniencia de incluir una segunda ronda de escritos; y, por tanto, un escrito de réplica, en el calendario procesal.

Así, por ejemplo, la presentación de dos rondas de alegaciones es el estándar empleado en los procedimientos internacionales de elevada cuantía. Sin embargo, es una práctica menos común en los procedimientos nacionales, especialmente en países de tradición jurídica continental en los que, tradicionalmente, la posibilidad de presentar escritos de réplica y dúplica no está prevista en los procedimientos judiciales.

Además, el contenido de los escritos de dúplica puede verse influido por la tradición jurídica que rija el procedimiento. En procedimientos bajo derecho anglosajón es común que tras una breve ronda inicial de alegaciones (demanda y contestación) se abra un trámite extenso de solicitud de exhibición documental, que a su vez también incluye el intercambio de sucesivos escritos. Tras esta fase «preliminar», que sirve para encuadrar la disputa, se plantean los escritos de réplica y dúplica en los que las partes expondrían sus argumentos definitivos con base en los hechos y prueba aforados en el incidente de exhibición documental. En cambio, en procedimientos de corte continental, la exhibición de documentos se puede solicitar, tradicionalmente, al concluir las fases de alegaciones escritas, antes de la fase oral. Por tanto, los escritos de réplica y dúplica suelen tener un contenido mucho más restringido y se dedican casi exclusivamente a responder a los argumentos planteados en los escritos anteriores.

Como se ha indicado, pese a la flexibilidad y alta discrecionalidad que existe a la hora de establecer el contenido de los escritos de dúplica y los documentos que pueden acompañarlos, lo habitual es que la dúplica deba limitarse a contestar a los nuevos argumentos introducidos en la réplica, y los documentos que podrán acompañar a la dúplica, serán sólo aquéllos que sustenten dichos argumentos. No obstante, en procedimientos de tradición anglosajona, si se ha producido un trámite de exhibición documental antes de la réplica, la dúplica será el momento procesal oportuno para contestar a los nuevos argumentos presentados con la réplica y para aportar los documentos exhibidos que la parte demandada considere relevantes para apoyar sus argumentos.

Esta mayor flexibilidad no es habitual en los procedimientos de tradición continental y, tanto en éstos como en procedimientos que permitan un contenido más amplio en la dúplica o la aportación de nuevos documentos, se habrán establecido unos parámetros dentro de los cuales deberá discurrir la dúplica. ¿*Quid* si la parte demandada no respeta los parámetros establecidos y presenta argumentos o documentos nuevos, fuera del ámbito permitido? En este caso es esencial preservar la igualdad de las partes y su oportunidad de hacer valer sus respectivos derechos. En líneas generales, caben dos posibilidades: excluir del expediente los nuevos argumentos o documentos incluidos por la demandada en la dúplica en infracción de las instrucciones procesales recibidas, o habilitar un trámite adicional para que la parte demandante pueda contestar a los nuevos argumentos o presentar los documentos oportunos.

3. *La evolución del procedimiento*

La evolución del procedimiento arbitral puede determinar la necesidad de incluir una dúplica e influir en su contenido.

La economía procesal puede requerir en ocasiones que los escritos de dúplica reciban un tratamiento distinto a los de réplica en cuanto al plazo de presentación, al contenido o incluso su propia existencia. La exigencia de tratar a las partes con igualdad y otorgar a ambas plena oportunidad de hacer valer sus derechos, no siempre se traduce en la inclusión de un escrito de dúplica imperativo cuando exista un escrito de réplica, o en el otorgamiento de plazos iguales para la presentación de los escritos de réplica y dúplica. Por ejemplo, pueden plantearse sucesivas rondas de escritos en cualquier incidente procesal, incluida la solicitud de exhibición de documentos. En el ámbito de estas solicitudes, es relativamente usual seguir el siguiente orden de presentación de escritos: (a) solicitud de exhibición, (b) contestación a la solicitud (incluyendo las objeciones a

la solicitud, en su caso) y (c) réplica a la solicitud de exhibición —que deberá contener exclusivamente las contestaciones a las objeciones planteadas—. En estos casos, raramente es necesario añadir un trámite de réplica.

También puede suceder que las partes acuerden presentar escritos simultáneos en las distintas rondas de alegaciones. En estos casos, ambas partes presentarían sus alegatos principales con sus respectivas demandas simultáneas, a las que adjuntarían todos los documentos probatorios que estimasen necesarios. A continuación, ambas partes, simultáneamente, presentarían nuevos escritos de contestación a la demanda contestando a los alegatos de la contraria y aportando nueva prueba si lo estimasen oportuno. Si así se hubiese acordado, a continuación ambas partes replicarían a los argumentos de contestación de la contraria, presentando los documentos de apoyo apropiados, si los hubiera. Tras estos seis escritos, en muy raras ocasiones es necesario presentar dos escritos adicionales de réplica.

Finalmente, no es inusual que una de las partes escoja reducir sus plazos de presentación de escritos respecto de los de la contraparte, en aras de lograr una solución más rápida de la controversia, pudiendo resultar en plazos más breves para la presentación de la réplica de los que gozó la contraparte para presentar su réplica. Esto sucede, especialmente, en reclamaciones contra Estados o arbitrajes internacionales bilingües en los que las características de la controversia hagan comprensible un calendario procesal muy dilatado, pero una de las partes decida reducirlo a su propia costa.

(Autora: Alba Briones Martín. Abogada. Armesto y Asociados. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, Nigel, Constantine PARTASIDES, Alan REDFERN, Martin HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 378-384. FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, editado por Philippe GAILLARD y John SAVAGE. *Fouchard Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999, p. 691. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2009, pp. 1739.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones. Contestación. Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París. Defensa y contradicción. Derecho anglosajón. Derecho continental. Igualdad de las partes. Ley Modelo Uncitral. Procedimiento arbitral. Reconvencción. Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi. Réplica. Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi). Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Réplica.

DUPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS

Duplicidad de procedimientos se define como la existencia de dos o varios arbitrajes: (1) sobre una misma causa (es decir, cuyo origen sea una misma disputa, con idénticas pretensiones), (2) entre las mismas partes, y (3) conocidos por diferentes tribunales arbitrales en paralelo.

En el ámbito del arbitraje, no es forzosa la aplicación del principio de *lis pendens*, a diferencia de la mayoría de jurisdicciones ordinarias domésticas. No existe principio o norma general en arbitraje internacional que obligue a un tribunal arbitral a suspender un arbitraje, o determinar su falta de competencia, cuando las partes aleguen duplicidad de procedimientos. Al contrario, es un principio internacional del arbitraje que todo tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, y asumirla, en tanto y en cuanto estime que ostenta la misma.

Por lo tanto, puede darse la situación de que dos tribunales arbitrales se declaren competentes con base en el mismo convenio de arbitraje, sobre los mismos hechos y entre las mismas partes, y diriman o se dispongan a dirimir la misma disputa en paralelo. Tal situación de duplicidad de procedimientos conlleva graves riesgos de índole práctico, y en definitiva, puede considerarse muy perjudicial para las partes, así como para la integridad y credibilidad del sistema arbitral:

1. Atenta directamente contra el principio de economía procesal, al obligar a las partes a litigar los mismos hechos con base a las mismas reglas de derecho en más de un procedimiento, lo cual requiere un gasto innecesario de recursos y tiempo; y además
2. Puede dar lugar a decisiones contradictorias, incluso desembocando en una doble (o triple, o cuádruple) sanción para una de las partes, y posiblemente una doble (o triple, o cuádruple) condena a otra de las partes.

La proliferación del arbitraje ha llevado a que la duplicidad de procedimientos cada vez sea más frecuente. Es especialmente llamativa, en arbitraje de inversiones, la posibilidad de duplicidad de procedimientos contra un mismo Estado receptor de la inversión, por parte de dos inversores cuya identidad civil o societaria no sea absoluta, pero que conforman una única realidad económica, aun sin variar sensiblemente, e incluso siendo indiscutible la identidad de, la causa o pretensiones en liza.

A título de ejemplo, numerosos tratados bilaterales de inversión definen como «inversor», y protegen, tanto a un inversor extranjero propiamente dicho (*v. gr.*, una sociedad mercantil extranjera) como a su inversión (*v. gr.*, una empresa local cuyas acciones detenta el inversor), estando ambos legitimados activamente respecto de idénticas violaciones del mismo tratado bilateral.

Si bien no existen disposiciones en el arbitraje internacional que regulen o dispongan expresamente cómo deben actuar los árbitros en caso de procedimientos paralelos, la más autorizada doctrina promueve, y es práctica habitual, que tribunales arbitrales acojan excepciones generales de litispendencia y suspendan un procedimiento, o incluso nieguen su propia competencia, al tener noticia de procedimientos paralelos ya existentes, siempre y cuando concurren los requisitos de identidad de causa y partes.

En este sentido, el *International Commercial Arbitration Committee* de la *International Law Association* recomendó en su reciente Reporte Final sobre *Lis Pendens* y Arbitraje del año 2006 («Reporte Final»), a tribunales enfrentados a tal situación, la buena práctica de suspender el segundo procedimiento, en aras de sus amplios poderes procesales, por el tiempo que considere adecuado y hasta que cualquier otro procedimiento paralelo ya existente llegue a su fin. El Reporte Final, incluso aboga por la suspensión de arbitrajes paralelos en casos en los que no exista identidad formal, pero sí identidad económica, entre las distintas partes que intervengan en los procedimientos paralelos.

(Autor: John Adam. Latham & Watkins, París).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: McLACHLAN, Campbell Q.C., Laurence SHORE y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2007. REINISCH, August. «The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions». En *The Backlash against Investment Arbitration*. Londres: Kluwer Law. WAIBEL, Michael y Asha KAUSHAL (eds.), 2010. *International Law Association*. Toronto Conference 2006, Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, 2006.

E

EFEECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

1. Concepto

Se conoce como efecto negativo del convenio arbitral la facultad de las partes de un convenio arbitral de vetar el conocimiento por los tribunales estatales de un litigio sometido a arbitraje.

El efecto esencial que produce el convenio arbitral es la obligación de abstenerse de acudir a los tribunales del Estado para ventilar las controversias que surjan en el curso de la relación jurídica comprometida. Esta obligación —el llamado efecto positivo del convenio arbitral— explica que el juez estatal deba abstenerse de conocer de las disputas sometidas a arbitraje si la parte demandada así se lo pide mediante la oportuna impugnación de la jurisdicción —el efecto negativo del pacto compromisorio—. En otras palabras, el efecto negativo no es sino una consecuencia natural del efecto positivo, al tiempo que su más eficaz garantía.

La Ley española de Arbitraje refleja esta íntima relación que existe entre los dos tipos de efectos en su art. 11:

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.

Los textos internacionales se expresan de modo ligeramente distinto. El Convenio de Nueva York afirma el efecto negativo del convenio arbitral en su art. 11.3:

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 e inaplicable.

En similares términos se expresa la Ley Modelo Uncitral en su art. 8:

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.

2. *Tratamiento procesal*

El Derecho español lastraba hasta hace poco el efecto negativo con un tratamiento procesal harto ineficaz. Salvo en el llamado juicio de mayor cuantía –previsto para pleitos de cuantía superior a un millón de euros, aproximadamente–, el demandado solamente podía excluir la jurisdicción de los tribunales mediante la formulación de una excepción dilatoria que no suspendía el curso del litigio. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 vino a solucionar esa situación encauzando el efecto negativo del pacto compromisorio a través de la declinatoria, un incidente procesal siempre de previo pronunciamiento y completamente separado del fondo del asunto.

La declinatoria tiene en el Derecho español, como en la mayor parte de legislaciones, carácter rígidamente preclusivo. El Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961 lo expresa con rotundidad: «so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo» (art. VI.1).

Con respecto al plazo para proponer la declinatoria, la Ley Modelo Uncitral dispone que se haga «a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio» (art. 8.1), y el Convenio europeo de Ginebra, «antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo» (art. VI.1). En España la declinatoria debe proponerse «dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal» (art. 11.1,2 de la Ley de Arbitraje).

Pese a que el Convenio de Nueva York y la Ley Modelo disponen que el juez «remitirá a las partes al arbitraje», el objeto de la declinatoria no es la determinación de la jurisdicción de otro órgano jurisdiccional o arbitral, sino sólo la falta de la propia; es el convenio arbitral, y no la pendencia de un proceso arbitral, lo que funda la declinatoria. En todo caso, como establece la Ley española de Arbitraje, «la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales» (art. 11.2).

3. *Alcance de la cognición judicial sobre el convenio arbitral*

Para resolver la declinatoria, los jueces se ven obligados a examinar la validez o aplicabilidad del convenio arbitral invocado por el demandado. Sin embargo, la regla de la autocompetencia de los árbitros establece que son ellos los llamados a pronunciarse sobre su propia competencia; y, por tanto, también sobre la validez del compromiso. ¿Cómo distribuir el trabajo del juez y del árbitro en el enjuiciamiento del convenio arbitral? Hay esencialmente dos modelos posibles: el de cognición plena y el de cognición limitada.

En el modelo de cognición plena, no se restringe en modo alguno el alcance de la indagación: el juez conoce de la cuestión de forma plena e inmediata. Son varias las jurisdicciones –Reino Unido, Alemania, Bélgica– que siguen este sistema, que puede considerarse mayoritario.

En el modelo de cognición limitada, por el contrario, se atribuye a los árbitros la *prioridad* para juzgar sobre la validez del convenio arbitral. El enjuiciamiento del convenio por el juez en la declinatoria se limita a una somerísima comprobación de que no sea «manifestamente» inexistente o nulo —una revisión *prima facie*—; si no lo es «manifestamente», debe o bien declinar su propia jurisdicción o bien aplazar la decisión sobre la validez del convenio hasta que se hayan pronunciado los árbitros. El enjuiciamiento de los árbitros queda sujeto al control *ex post*, ya definitivo, del juez estatal, con ocasión de la acción de anulación; y, eventualmente, también en la ejecución del laudo. La formulación más perfecta de este sistema se encuentra en Francia, de donde procede. También lo refleja el Convenio europeo de Ginebra.

Nada dispone al respecto la Ley de Arbitraje española. No resulta concluyente tampoco el Convenio de Nueva York, que ordena al juez nacional remitir el asunto al arbitraje convenido «a menos que *compruebe* [*“unless it finds”, “à moins qu’il ne constate”*] que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable» (art. 11.3); qué alcance tenga esta atribución parcial de competencia se deja, sin embargo, a la determinación de cada Derecho nacional. Tampoco de la Ley Modelo, que reproduce en su art. 8.1 casi literalmente la regla neoyorquina, puede deducirse un criterio seguro al respecto. La doctrina española se presenta dividida al respecto, pese a que los tribunales españoles siguen principalmente el primer modelo y conocen, por tanto, sin restricciones del convenio arbitral en la declinatoria; son interesantes a este respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 23 mayo 2002 (R.A. n.º 6421/2002), de 5 y 27 septiembre 2006 (R.A. n.ºs 6374/2006 y 8627/2006) y de 9 julio 2007 (R.A. n.º 4960/2007).

(Autor: Marco de Benito Llopis-Llombart. Profesor de IE University, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CREMADES, B.M.^a «Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje)». En DE MARTÍN, A. y S. HIERRO (coords.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 273 y ss. DE BENITO, M. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Cizur Menor: Civitas, 2010. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. «Artículo 11.3: la remisión de las partes al arbitraje». En TAWIL, G.S. y E. ZULETA (dirs.). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, pp. 285 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia sobre la competencia. Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra). Declinatoria arbitral. Declinatoria de jurisdicción. Efecto positivo del convenio arbitral. Ineficacia del convenio arbitral. Jurisdicción y competencia arbitral. Ley Modelo Uncitral.

EFFECTO POSITIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, como contrato que es, «obliga a las partes a cumplir lo estipulado» (art. 11 de la Ley española de Arbitraje). No otra cosa significa la expresión «efecto positivo», concreción en este ámbito del principio *pacta sunt servanda*.

La jurisprudencia española ha expresado tradicionalmente esa eficacia obligatoria en términos como los siguientes: «los compromisos producen todas las consecuencias legales de las demás obligaciones» (sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1930, R.A. n.º 1087/1930); «instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del Derecho de obligaciones» (sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo 1979, R.A. n.º 1894/1979).

¿Pero qué es, en concreto, «lo estipulado»? ¿Cuáles son las obligaciones que del convenio arbitral —en cuanto al contrato— se derivan para las partes?

Suele decirse que el efecto positivo consiste en la atribución al árbitro de la competencia para conocer de la controversia. La afirmación requiere importantes precisiones: esa atribución de competencia no se verifica hasta el *receptum arbitri*, el contrato entre las partes y los árbitros. Y esa atribución de competencia puede no darse nunca; tal será de ordinario la intención de las partes: que la relación jurídica comprometida se desenvuelva sin litigio alguno.

Para ser riguroso, pues, el análisis del contenido del efecto positivo del convenio arbitral debe orillar el procedimiento arbitral —eventual, contingente— y centrarse en la naturaleza y contenido de los derechos y obligaciones que cada uno de los compromitentes adquieren con el propio convenio, con independencia de si el procedimiento arbitral llega o no a incoarse nunca.

Pues bien, la obligación compromisoria incluye, ante todo, un *deber de carácter puramente negativo: abstenerse de acudir a la jurisdicción del Estado* para resolver las controversias sometidas a arbitraje. La sentencia del Tribunal Supremo español de 17 julio 2006 (R.A. n.º 5348/2006) es, singularmente, expresiva a este respecto: en ella se alude al «incumplimiento previo en que voluntariamente había incurrido al haber acudido a la vía judicial ordinaria».

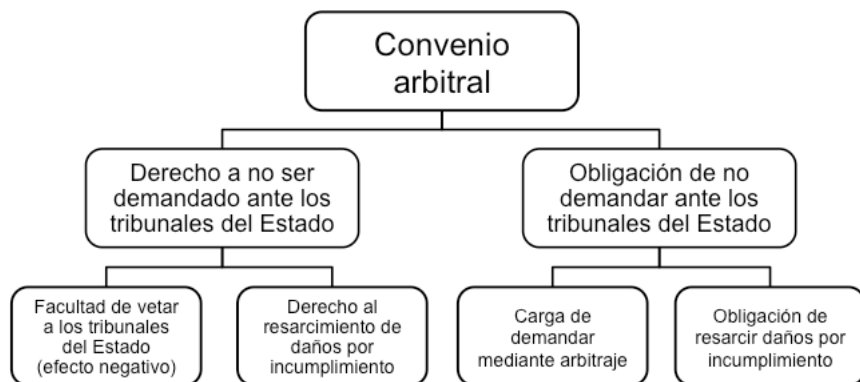
También se obligan los compromitentes a ejercitar la acción, *precisamente*, mediante el recurso al arbitraje, y no a la jurisdicción. Pero, ello no constituye una obligación de hacer, sino una *carga de carácter positivo: la carga de acudir al arbitraje si se quiere demandar* a la contraparte en el convenio arbitral. Por medio del convenio arbitral, por tanto, las partes sujetan el ejercicio del derecho de acción en sentido abstracto –del Derecho subjetivo público a la tutela jurídica efectiva– al levantamiento de la carga de acudir al arbitraje pactado.

Lo que para una de las partes es obligación de no acudir a la jurisdicción del Estado, para la otra significa, como la otra cara de una misma moneda, el *derecho a no ser demandado ante la jurisdicción del Estado*. Para proteger ese derecho, el compromitente demandado dispone de la *facultad de vetar el conocimiento del asunto por los tribunales estatales*, facultad a que suele aludirse con el nombre de «efecto negativo» del pacto compromisorio, y que presupone el correlativo levantamiento de la *carga de impugnar la jurisdicción* lo antes posible, so pena de preclusión; en España, proponiendo declinatoria (art. 11.1 de la Ley de Arbitraje).

Si el compromitente no observa lo ordenado en la carga –el ejercicio de la acción mediante arbitraje–, la actuación del poder es ilegítima, y hace nacer para su contraparte en el convenio arbitral el *derecho al resarcimiento de todos los daños que haya sufrido como consecuencia* de aquel ilegítimo proceder, en virtud del principio del resarcimiento íntegro (*réparation intégrale, full compensation*) del daño causado. Estos daños quedarán, en ocasiones, cubiertos –siquiera limitadamente– por la condena en costas, que revelará aquí una justificación resarcitoria. Pero los daños que, acreditados, queden fuera de esa condena en costas –por ser ésta parcial, como en España, o no existir habitualmente, como en muchos Estados de los EE.UU.–, también pueden ser objeto de pretensión indemnizatoria. Buen ejemplo de ello lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2009 (R.A. n.º 544/2009), si bien en relación con una cláusula *de foro prorrogando*. Las partes habían pactado someter sus controversias contractuales a los tribunales de Barcelona. Una de ellas, sin embargo, demandó a su contraparte (USA Sogo, Inc.) ante los tribunales de La Florida en reclamación de una indemnización de elevado importe. La demandada se opuso con éxito a la jurisdicción estadounidense, pero sin imposición de costas. A continuación, USA Sogo se dirigió a los tribunales de Barcelona para reclamar la indemnización de los daños que le había ocasionado verse obligada a litigar en un foro distinto del pactado. Rechazada la demanda en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo la estimó al final íntegramente. Un caso muy similar es el resuelto por la *Court of Appeal* inglesa en 2002 en *Union Discount Co. Ltd. vs. Zoller and others (Union Cal Ltd., Pt 20 defendant)*. Los hechos relevantes son los siguientes: Union Discount y Zoller sometieron las controversias a la jurisdicción exclusiva de los tribunales ingleses. En contravención del pacto jurisdiccional, Zoller demandó a Union Discount en Nueva York. Union Discount se opuso con éxito a la jurisdicción neoyorquina, pero sin imposición de costas. A continuación, Union Discount demandó a Zoller en Inglaterra reclamación de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del pacto. La demanda fue rechazada en primera instancia, pero la *Court of Appeal* la estimó afirmando la posibilidad de reclamar esos costes, como «*independent and free-standing cause of action*», fundándose en el incumplimiento del pacto jurisdiccional.

[Un sector minoritario de la doctrina española rechaza esta posibilidad y la propia conceptualización del convenio arbitral como productor de obligación alguna. Esta concepción es tributaria de la distinción alemana –controvertida en la misma Alemania y no extrapolable sin más al Derecho español– entre eficacia dispositiva (*Verfügungswirkung*) y obligatoria (*Verpflichtungswirkung*) en los llamados contratos procesales (*Prozessverträge*). Según esta distinción, los contratos procesales –el compromiso entre ellos– no producen eficacia obligatoria, sino solamente dispositiva –esto es, efecto derogatorio de la jurisdicción estatal y prorrogatorio de la arbitral–. Al no generar un auténtico vínculo obligatorio, no pueden fundar una pretensión indemnizatoria].

El siguiente esquema puede ayudar a comprender mejor el contenido del efecto positivo del convenio arbitral.



Esquema.—Contenido del efecto positivo del convenio arbitral.

(Autor: Marco de Benito Llopis-Llombart.
Profesor de IE University, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARIAS, D. «Comentario al art. 11». En ARIAS, D. (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 101 y ss. CREMADES, B. M.^a «Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje)». En DE MARTÍN, A y S. HIERRO. (coords.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 273 y ss. DE BENITO, M. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Cizur Menor: Civitas, 2010. FERNÁNDEZ-BALLES-TEROS, M.Á. «Comentario al art. 11». En GONZÁLEZ, J. (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004, pp. 115 y ss. SILVA, E. (dir.) y MANTILLA, F. (coord.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Efecto negativo del convenio arbitral. *Pacta sunt servanda* (principio de).

EFEECTO ÚTIL DE LOS TRATADOS

La regla o principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) de los tratados alude a que los mismos deben ser interpretados de manera tal que se otorgue a éstos la posibilidad de desplegar todos sus efectos. En otras palabras, se debe dar sentido a todos los elementos del tratado, postulando una interpretación sistemática y coherente de los mismos, excluyendo aquellas interpretaciones que conduzcan a resultados absurdos e irracionales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, contiene, en su art. 31, la regla general que debe seguirse en la interpretación de los acuerdos internacionales, sentando los criterios básicos que deben observarse, a fin de adoptar una interpretación acorde con el principio del efecto útil.

De este modo, la Convención de Viena establece que los tratados deben ser interpretados «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin» (art. 31.1 de la Convención de Viena). De acuerdo a esta regla general, el principio de buena fe (*pacta sunt servanda*) debe informar toda la interpretación de los tratados. Ello implica la presunción de que las partes en el tratado acatarán de buena fe las obligaciones contraídas en el mismo.

Además, los acuerdos internacionales deben interpretarse teniendo en cuenta el *sentido corriente* que deba atribuirse a los términos en el idioma en el cual se encuentra redactado el tratado, en el *contexto* en el cual se adoptaron y conforme al *objeto y fin* de los mismos.

El *contexto* del tratado comprende, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, los siguientes instrumentos: a) todo acuerdo referido al tratado que se haya adoptado entre las partes con motivo de la celebración del tratado, b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y que haya sido reconocido por las demás partes como formando parte del tratado.

El *objeto y fin del tratado* debe extraerse de la lectura de todo el texto del acuerdo y de la interpretación del *contexto*. Asimismo, debe tenerse en cuenta: a) todo acuerdo posterior entre las partes sobre la interpretación o aplicación del tratado, b) toda práctica seguida con posterioridad en la aplicación del tratado referida

a la interpretación del mismo, c) toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes en el tratado.

Por su parte, el art. 32 de la Convención de Viena establece los *medios de interpretación complementarios*, entre los cuales designa los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración como medios auxiliares para confirmar el sentido que se ha dado a los términos en los casos en que la interpretación a la que se ha arribado, de acuerdo al art. 31, deje ambiguo u oscuro el sentido, o bien, conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el caso de un *tratado concluido en varios idiomas* (supuesto común en materia arbitral), el art. 33 establece la presunción de idéntico sentido en cada texto auténtico. Si no prevaleciera un texto determinado y la comparación de los textos revelase una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los arts. 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, siempre teniendo en cuenta el objeto y el fin del tratado.

De acuerdo con el principio del efecto útil, por tanto, no se puede adoptar una interpretación del tratado en cuestión que reduzca cláusulas o párrafos enteros del mismo a la redundancia o inutilidad. Los términos del tratado deben ser interpretados de modo tal que se dé sentido a todos de manera equilibrada.

En la práctica internacional, la regla del efecto útil se ha venido aplicando como criterio de interpretación de los acuerdos internacionales en diversos contextos. Varios tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han consagrado a través de sus decisiones judiciales el reconocimiento del efecto útil como criterio de interpretación. Entre la abundante jurisprudencia internacional en la materia, puede citarse, como ejemplo, la utilización del principio por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Interamericana. En efecto, el Tribunal de Justicia afirmó, desde los comienzos de su actuación, la aplicación del criterio del efecto útil teniendo en cuenta la finalidad integradora perseguida en los tratados constitutivos, tal como puede observarse en sentencias tempranas como *Italia c/ Alta Autoridad* (20/59) de 15 de julio de 1960. A su vez, la Corte Interamericana en el primer caso llevado ante su jurisdicción, asunto *Godínez Cruz* (1987), estableció que la Convención Interamericana de Derechos Humanos debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte, adquiera todo «su efecto útil».

En la materia de arbitraje, el principio de efecto útil ha sido aplicado, por lo general, al interpretar los convenios o las cláusulas de arbitraje, los tratados bilaterales de inversión (Appris) y los Tratados de Libre Comercio. Diversos tribunales arbitrales han hecho recurso frecuente a la aplicación de la regla, tratando de seleccionar entre todas las interpretaciones posibles, la que consiente alcanzar la finalidad del tratado internacional en su conjunto, generando una interesante práctica al respecto.

En cuanto a los acuerdos o cláusulas para someter una controversia al arbitraje, la aplicación del principio del efecto útil se ha traducido en la obligación para los tribunales de conferirle un efecto útil a los pactos arbitrales, a fin de que éstos se reputen eficaces y aplicables a la luz de la evolución del tráfico mercantil. Asimismo, y por lo que se refiere a la interpretación los tratados bilaterales de inversión, en numerosas ocasiones se ha aplicado un criterio concordante con el efecto útil al realizar una interpretación expansiva (conforme a la finalidad perseguida) por el acuerdo y no una interpretación estricta de los términos originarios (éste parece ser el criterio seguido, por ejemplo, por un tribunal arbitral del Ciadi en la definición de *inversión* efectuada en el caso *Salini Costruttori e Italstrade contra Marruecos*).

Así también, la regla del *effet utile* ha sido utilizada como criterio de interpretación en las controversias arbitrales sometidas a los tribunales de arbitraje *ad hoc* instituidos en el seno de Mercosur. Dichos tribunales arbitrales han citado de manera constante al principio de efecto útil o de eficacia mínima de las normas contenidas en el Tratado de Asunción, definiendo tal principio como la obligación de «escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin» (Laudo del 28 de abril de 1999 del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del Mercosur constituido para entender en la Controversia entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil sobre «Comunicados n.º 37 del 17 de diciembre de 1997 y n.º 7 del 20 de febrero de 1998 del Decex de la Secex: Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco»).

(Autora: María Belén Olmos Giupponi. Profesora de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUILAR ÁLVAREZ, G.y W.M. REISMAN (eds.). *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008. BLACKABY, N., D. LINDSEY y A. SPINILLO. *International Arbitration in Latin America*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. CARBONNEAU, Th.E. «Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration». *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2009, vol. 10, pp. 395-423. Ciadi Caso n.º ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Kingdom of Morocco* (Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001), *Journal du Droit International*, n.º 196, 2002. CONEJERO, C., A. HIERRO, V. MACCHIA y C. SOTO. *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Legis, 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos/Sentencia Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, n.º 1. Díez DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2009. GONZÁLES DE COSSÍO, F. *Arbitraje de Inversión*. México, D.F.: Porrúa, 2009. McLACHLAN, Campbell. «The principle of systemic integration and article 31(3) (c) of the Vienna Convention». *International & Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, vol. 54, pp. 279-320. OLMOS GIUPPONI, María Belén. «The Sources of Law in Mercosur». In *The Law of Mercosur* (edited by Marclio FRANCA FILHO, María Belén OLMOS GIUPPONI y Lucas LIXINSKI). Londres: Hart Publishing, 2010. PESCATORE, P. «Monismo, dualismo y “efecto útil” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Revista española de Derecho europeo*, 2004, n.º 9, pp. 5-21. SCHREUER, Ch. «The Interpretation of Iscid Arbitration Agreements». In *International Law: Theory and Practice*. WELLEN, K. (ed.). Martinus Nijhoff, 1998, pp. 719-735.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Appris. Arbitraje de inversiones. Buena fe. Competencia sobre la competencia (*Kompetenz-kompetenz*). Convenio arbitral. Laudos arbitrales en el Mercosur. *Pacta sunt servanda*.

EFFECTOS EXTRATERRITORIALES DE LA EXPROPIACIÓN

La eficacia de un acto de expropiación no plantea mayores problemas cuando los bienes afectados se encuentran en el territorio del Estado que lo adopta. Sin embargo, la cuestión de la eficacia se complica cuando entre los bienes afectados se encuentran bienes que están fuera del alcance de la soberanía territorial de ese Estado. Sería el caso, por ejemplo, de bienes que después de ser expropiados son trasladados a otro país o cuando tratándose de una sociedad, éste tenga su patrimonio disperso en varios Estados, sea en forma de créditos, acciones, mercancías, nombres comerciales o marcas.

Los Estados tienen derecho a expropiar los bienes situados en su territorio. Éste es un derecho reconocido por el Derecho internacional como una de las manifestaciones de su soberanía (*vid.* las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales). Sin embargo, en línea de principio, este derecho no alcanza a los bienes situados en el territorio de otros Estados, ni asegura la eficacia extraterritorial a las expropiaciones adoptadas por un Estado (*California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company (Tópc) cl Gobierno de la República Árabe de Libia*, p. 21). Por tanto, la eficacia de una expropiación que afecta a bienes situados fuera del territorio del Estado que la adopta, depende de la voluntad del Estado donde se encuentran esos bienes. Al respecto, cabe observar que cada Estado es libre de reconocer o no efectos extraterritoriales a las expropiaciones de otros Estados, ya que el Derecho internacional general no impone ninguna obligación de reconocimiento. La regulación de las condiciones para el reconocimiento de los efectos extraterritoriales a las expropiaciones extranjeras es una cuestión propia de cada Derecho interno y, más concretamente, de las normas de Derecho internacional privado de cada normativa, ya que afecta a la transmisión de derechos privados en supuestos de tráfico externo.

La cuestión de la eficacia extraterritorial de las expropiaciones y sus efectos extraterritoriales ha sido abordada desde enfoques distintos. Tradicionalmente, la eficacia de las expropiaciones y nacionalizaciones se ha guiado por un «criterio de territorialidad». Según este criterio, los Estados reconocen la eficacia de las expropiaciones adoptadas por otros Estados, siempre y cuando, en el momento de la expropiación, los bienes afectados estuvieran localizados en el territorio del Estado expropiante. Dicho de otro modo, no cabe reconocer eficacia a la expropiación que afecta a un bien localizado en otro Estado. La situación de los bienes en el momento de efectuarse la expropiación, por tanto, constituye una circunstancia esencial para la eficacia extraterritorial de una expropiación. Y, en consecuencia, la tarea de localizar esos bienes en el territorio de uno u otro Estado se convierte en una cuestión clave, que se realiza recurriendo a la técnica del conflicto de leyes (el criterio de la *lex rei sitae* para los derechos reales y las normas de conflicto específicas para los demás bienes de la sociedad expropiada).

La adopción de este enfoque territorial que considera de forma independiente cada uno los bienes expropiados, si bien no plantea mayores problemas cuando lo que se expropia es un bien material concreto, tiene la carencia de desatender la unidad económica de la sociedad expropiada, incrementando la conflictividad y las dificultades para dar continuidad a las relaciones privadas a través de las fronteras.

Es por ello que varias propuestas doctrinales han hecho el esfuerzo de avanzar en la superación de los muchos problemas que plantea este criterio territorial, especialmente en el ámbito de los bienes incorporales. Todas estas propuestas tienen en común que, partiendo del principio de la unidad económica de la sociedad y de la unidad del acto o medida de expropiación, se muestran abiertos al reconocimiento de efectos extraterritoriales de la expropiación. Siguiendo a A. QUIÑONES ESCÁMEZ, caben destacar las propuestas de P. MAYER y A.K. BOYE.

P. MAYER, parte de la distinción entre «reglas» y «decisiones» para afirmar que la cuestión de la eficacia extraterritorial de las expropiaciones no debe resolverse como una cuestión de ley aplicable propio del sistema de conflicto de leyes; a su modo de ver, es una cuestión de reconocimiento de efectos; y, por tanto, más propio de ámbito del conflicto de jurisdicciones. A.K. BOYE coincide con P. MAYER al entender que la de la eficacia extraterritorial de las expropiaciones no es una cuestión del ámbito del conflicto de leyes; no obstante, fundándose en la diferenciación de los «actos» y «decisiones» del Estado, rechaza la solución del conflicto de jurisdicciones y lo somete al método del conflicto de autoridades.

En opinión de A. QUIÑONES, la ventaja que presentan estas teorías, es que permiten adoptar «una visión más flexible en la adopción de los criterios de determinación de la eficacia internacional de las nacionalizaciones», y además permiten recurrir a una aproximación global del fenómeno de la nacionalización, a través de criterios específicos, evitando la fragmentación que propiciaba la consideración independiente de cada bien, propia de la técnica conflictual.

En el marco de las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, la doctrina más relevante se posiciona a favor de reconocer efectos extraterritoriales a las expropiaciones adoptadas por Estados extranjeros. Es decir, se aparta de la aplicación rígida del criterio territorial y hace suya la necesidad de tomar en consideración la unidad económica de las sociedades cuando éstas hayan sido objeto de expropiación, con el fin de dar continuidad a las relaciones jurídicas a través de las fronteras. En este sentido, la cuestión de la eficacia extraterritorial de las expropiaciones es tratada, acertadamente, como una cuestión de reconocimiento y no de ley aplicable. Por su parte, no existe en España una jurisprudencia clara y consistente, que siga el rumbo que viene marcando esta doctrina (*vid.* Sentencia TS, Sala de lo Civil, sec. 1.ª, de 25 de septiembre de 1992, Roj: STS n.º 17316/1992; Sentencia TS, Sala de lo Civil, sec. 1.ª, de 30 de diciembre de 2010, Roj: STS n.º 7666/2010).

La posición favorable al reconocimiento de efectos extraterritoriales en España, no significa que este reconocimiento deba ser incondicional. Al contrario, para que una medida de expropiación extranjera sea eficaz en España y pueda desplegar efectos extraterritoriales, debería cumplir dos requisitos. Primero, debe existir una vinculación suficiente y efectiva entre la sociedad expropiada y el Estado que lleva a cabo la expropiación. Para determinar esta vinculación suficiente, y tratándose de la expropiación de una sociedad, dejando de lado el criterio territorial, habrá que estar a la competencia personal del Estado respecto a dicha sociedad. Esta competencia personal debe fundamentarse en criterios de vinculación tanto jurídicos como económicos, y debería servir para cubrir todos los bienes e intereses que componen la unidad económica de la sociedad, sin atender al lugar donde se sitúa cada uno de ellos. Segundo, aun demostrada esta vinculación efectiva entre el Estado y la sociedad expropiada, para que una expropiación o nacionalización tenga efectos extraterritoriales en España, es necesario verificar que la misma no se ha adoptado en contra de las exigencias del orden público internacional del Derecho español.

En este sentido, la expropiación que pretenda ser eficaz en España deberá haber sido adoptada por causa o utilidad pública, no debe incurrir en discriminación, debe respetar el debido proceso legal y debe haber ido acompañada de una compensación justa. En definitiva, sólo cabe reconocer efectos extraterritoriales cuando exista una vinculación efectiva entre el Estado y la sociedad y cuando la expropiación haya respetado las exigencias del orden público internacional español.

(Autor: *Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga*.
Profesor agregado de Derecho internacional público en la
Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BOULANGER, F. *Les nationalisations en droit international privé comparé*. París: Economica, 1975. BOYE, A.K. *Lacte de nationalisation*. París: Berger-Levrault, Collection «Tiers Monde en marche», 1979. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 1999, 1.ª ed. FOUILLOUX, G. *La nationalisation et le droit international public*. París, LGDJ, 1962, en especial, pp. 359-415. GOLDMAN, B. «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international». *Journ. dr. int.*, 1982, pp. 275-345. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. y C. MACHO GÓMEZ. «Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto “Havana Club” ante los tribunales españo-

les». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, n.º 2, pp. 159-176. MUNCH, F. «Les effets d'une nationalisation à l'étranger». *R. des C.*, 1959-II, vol. 98, pp. 411-504. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Eficacia internacional de las nacionalizaciones. Nombre comercial y marcas*. Madrid, Montecorvo, 1988. TORRALBA MENDIOLA, E. «La propiedad privada extranjera: las inversiones internacionales ante la confiscación, la nacionalización». En *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 10, pp. 391-412.

VOCABLOS CONEXOS: Expropiación (a la luz del Derecho internacional). Expropiación ilícita. Orden público transfronterizo.

EFICACIA DE COSA JUZGADA DEL LAUDO ARBITRAL

1. Concepto general de cosa juzgada

La eficacia de cosa juzgada o *res iudicata* es la cualidad de las resoluciones que han adquirido firmeza consistente en la inmutabilidad de la decisión sobre la relación jurídica material respecto de nuevos procesos que pudieran iniciarse entre los mismos sujetos y sobre el mismo objeto. La eficacia de cosa juzgada de una resolución impide que vuelva a decidirse un mismo litigio y vincula al tribunal de un proceso posterior, evitándose, de este modo, la duración indefinida del conflicto y el peligro de que se emitan pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión.

Dentro del instituto de la cosa juzgada como efecto consustancial a las resoluciones firmes, se distingue la cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera supone la vinculación jurídica del tribunal y de las partes a lo dispuesto en cualquier resolución firme dictada dentro del mismo proceso (por ejemplo, resoluciones que acuerdan o deniegan la práctica de alguna prueba), mientras que la cosa juzgada material extiende sus efectos a los procesos que, con posterioridad, puedan iniciarse. Esta eficacia de cosa juzgada material tiene una doble vertiente negativa o excluyente y positiva o prejudicial. La función negativa supone la exclusión de todo futuro pronunciamiento posterior sobre la misma pretensión y entre las mismas partes con el fin esencial de imposibilitar decisiones contradictorias. Por su parte, la función positiva implica la vinculación de los tribunales a la decisión con cosa juzgada si es que ésta se relaciona de algún modo con la que haya de resolverse.

Como se deriva de lo expuesto, para que estos efectos positivo y negativo de la cosa juzgada puedan operar en un ulterior proceso, ha de concurrir una triple identidad entre los sujetos de ambos pleitos (mismas partes, aunque no ocupen en el pleito posterior la misma posición jurídico procesal), el objeto (mismo *petitum*) y la causa de pedir (misma *causa petendi*).

2. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral y su regulación

El arbitraje tiene un carácter eminentemente consensual. Si bien admitido legalmente como proceso válido para dirimir definitivamente controversias jurídicas, el arbitraje constituye una excepción a la exclusividad de la función jurisdiccional de los jueces y tribunales que debe ser voluntariamente asumida por las partes en el convenio arbitral. Este acuerdo arbitral sirve, pues, de base al arbitraje, lo legitima y, a la vez, fija sus límites. El convenio arbitral válido produce una doble eficacia positiva y negativa: las partes quedan obligadas a someter sus conflictos a arbitraje, privándose a los tribunales de la facultad de intervenir en la decisión de los mismos. El árbitro actúa en el arbitraje investido de verdadera jurisdicción, aquélla que, como comúnmente se pone de manifiesto, asume de los tribunales judiciales en virtud del efecto negativo del convenio arbitral. De ello deriva que el laudo arbitral firme, en cuanto acto procesal del árbitro que decide sobre el fondo del asunto con plena autoridad jurisdiccional, ostenta, como las sentencias judiciales, eficacia de cosa juzgada.

Con carácter general, la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral es recogida expresamente en las regulaciones arbitrales nacionales. Así, el art. 43 de la Ley de Arbitraje española prevé que el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación; y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. Otros ordenamientos lo expresan de forma similar al español. Por ejemplo, el art. 1484 del Código Procesal Civil francés: «desde el momento en que se dicte, el laudo tendrá fuerza de cosa juzgada respecto de la controversia resuelta», el art. 1702 del Código Judicial belga: «salvo que el laudo sea contrario al orden público o que la disputa no fuera susceptible de ser sometida a arbitraje, el laudo arbitral ostenta autoridad de cosa juzgada, siempre que haya sido notificado de conformidad con el art. 1702 y no pueda ser ya impugnada ante los árbitros», el art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador: «los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia», y el art. 59.2 de la Ley General de Arbitraje de Perú: «el laudo produce efectos de cosa juzgada».

Otras legislaciones se refieren a los efectos del laudo a través de una suerte de remisión a aquellos propios de la sentencia judicial. Así, el art. 1055 del Código Procesal Civil alemán: «El laudo tiene entre las partes el mismo efecto que una sentencia judicial firme», el art. 607 del Código Procesal Civil de Austria: «el laudo arbitral tiene entre las partes los mismos efectos que una sentencia judicial firme», y el art. 824 *bis* del Código de Proceso Civil de Italia: «el laudo tendrá los mismos efectos que la sentencia dictada por el Tribunal».

Por su parte, las jurisdicciones de *Common Law* no suelen referirse a la cosa juzgada, sino a la naturaleza definitiva y vinculante del laudo arbitral, tal y como hace, también, la Ley Modelo de la Uncitral, al señalar que «un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante [...]». Sirva de ejemplo el art. 58 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996.

3. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional

Si bien es generalmente admitido que la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral es un principio del Derecho internacional público que ha de aplicarse en el marco del arbitraje internacional, surgen dificultades para obtener, en este contexto global, una doctrina uniforme de la cosa juzgada. Ello se debe, principalmente, a las diversas interpretaciones que los tribunales y las legislaciones de cada país han realizado de la cosa juzgada y de su extensión. No obstante, la Asociación de Derecho Internacional (en lo que sigue, ILA) publicó en el año 2006 una serie de Recomendaciones sobre litispendencia y cosa juzgada en el arbitraje internacional que, por su interés, serán tenidas en cuenta en este apartado.

El art. III del Convenio de Nueva York de 1958 prevé que cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral. La eficacia de cosa juzgada del laudo vincula, pues, a los tribunales judiciales estatales, que, en consecuencia, tienen el deber de abstenerse de juzgar un asunto que ya haya sido decidido por un tribunal arbitral. Los problemas se plantean, sin embargo, a la hora de concretar en qué casos los tribunales arbitrales se encuentran vinculados por la cosa juzgada de una resolución anterior sobre el mismo asunto dictada por otro tribunal arbitral. En este sentido, hay consenso en admitir que el laudo arbitral produce eficacia de cosa juzgada en relación con un proceso arbitral ulterior si se verifica la triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. Es, sin embargo, en este punto donde mayores dificultades presenta la uniformización de la doctrina de la cosa juzgada en el arbitraje internacional, pues la interpretación que los países de *Common Law* y *Civil Law* hacen de cada uno de estos presupuestos, varía considerablemente.

Así, en relación con el primero de aquellos elementos, los países de *Common Law* interpretan de forma extensiva el requisito de la identidad de sujetos de ambos pleitos, considerando que los efectos de cosa juzgada de la primera resolución arbitral ha de afectar a quien inicia un pleito posterior cuando, aun no siendo el mismo sujeto, mantiene importantes vínculos con aquél. Por ejemplo, cuando quien inicia un nuevo arbitraje sobre la misma materia es una entidad del mismo grupo de empresas que litigó en el primer proceso. Las Recomendaciones de la ILA, favoreciendo el criterio más restrictivo de los países de *Civil Law*, establece que sólo si hay una completa identidad entre las partes de ambos procesos puede el laudo arbitral desplegar su eficacia de cosa juzgada en un pleito posterior. La ILA elude, de este modo, el complejo análisis de las diversas teorías en virtud de las cuales algunas jurisdicciones extienden la eficacia de determinados actos y resoluciones a terceros (por ejemplo, la doctrina del *alter ego*, mandato, agencia, representación, levantamiento del velo societario, etc.).

En cuanto a la identidad de objeto y *causa petendi*, la doctrina tradicional impone que las pretensiones ejercitadas en ambos litigios sean idénticas y que se verifique, a su vez, una coincidencia en los fundamentos esgrimidos. Nuevamente, los países de *common law* y, especialmente, Estados Unidos, extienden los efectos de la cosa juzgada no sólo a las acciones y pretensiones ejercitadas en el primer arbitraje, sino también a las que, vinculadas con aquéllas, pudieron ejercitarse, aun cuando los fundamentos también sean distintos (cuestiones que pueden hacerse valer por la parte demandada en el segundo arbitraje a través de mecanismos procesales, tales como la *action estoppel* o *claim preclusion*).

Siguiendo esta corriente, las Recomendaciones de la ILA extienden los efectos del laudo arbitral a cualquier acción o fundamento de hecho y de derecho que pudiera haber sido ejercitada o alegada en el procedimiento que dio lugar al laudo, siempre que su nuevo ejercicio en el pleito posterior conlleve falta de equidad o abuso procesal. En estrecha relación con lo expuesto, la ILA extiende, además, el efecto de cosa juzgada del laudo no sólo a la parte dispositiva de la resolución, sino, como también hacen los países de *common law* a través del mecanismo *issue estoppel*, a los fundamentos de derecho que basan la decisión del árbitro.

Junto con el presupuesto de identidad de partes, objeto y causa de pedir, se discute si la autoridad de cosa juzgada de los laudos arbitrales ha de considerarse como un principio de orden público. La ILA ha

entendido que el orden público en el arbitraje sólo se refiere a los costes y tiempo de los procesos de apoyo y control judicial del arbitraje y que la *res iudicata* de los laudos en el marco del arbitraje internacional ha de relacionarse en mayor medida con el interés de las partes en obtener un arbitraje definitivo, justo y eficiente. Como consecuencia de ello, las Recomendaciones de la ILA establecen que el efecto de cosa juzgada no es controlable de oficio por el tribunal arbitral del ulterior proceso, dejando en manos de las partes su invocación en los plazos previstos por las leyes o reglamentos, o tan pronto como les sea posible.

(Autora: Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho procesal de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE LA OLIVA SANTOS, A. *Sobre la cosa juzgada*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991. GARBERÍ LLOBREGAT, J. «Comentario al artículo 43». *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.). Barcelona: Bosch, 2004, t. I. BARONA VILAR, S. «Comentario al artículo 43». *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. BARONA VILAR, S.). Pamplona: Thomson-Civitas, 2004. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. «Comentario al artículo 43». *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003*. GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.). Pamplona: Aranzadi, 2004. CREMADES, B. e I. MADALENA. «Parallel Proceedings in International Arbitration». *Arbitration International*. Londres: Kluwer Law International, 2008, vol. 24, issue n.º 4, pp. 507-540. PROL, F. «La cosa juzgada en el arbitraje internacional. Algunos puntos a considerar». *Revista del Club Español de Arbitraje*. Madrid: Wolters Kluwer Spain, 2013, vol. 2013, issue n.º 16, pp. 19-29. *ILA Final Report, Interim Report and Recommendations on Res Iudicata and Arbitration* (<http://www.ila-hq.org/>).

VOCABLOS CONEXOS: Cosa juzgada del laudo arbitral. Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Laudo. Litispendencia arbitral.

EFICACIA EJECUTIVA DEL LAUDO ARBITRAL

1. Concepto general, presupuestos y regulación

La eficacia ejecutiva hace referencia a la aptitud del laudo arbitral para ser forzosamente realizado en defecto de cumplimiento voluntario de la decisión de condena recogida en el mismo, garantizando la resolución efectiva del conflicto una vez declarado por el árbitro el Derecho sobre el fondo del asunto. De este modo, se desarrolla la función jurisdiccional también en el ámbito arbitral: encomendándose a los árbitros por voluntad de las partes la realización de la función jurisdiccional esencial de juzgar, la eficacia ejecutiva del laudo arbitral posibilita que se haga ejecutar lo juzgado, si bien las actividades de naturaleza eminentemente coercitiva en que la ejecución consiste únicamente pueden ser llevadas a cabo por los órganos judiciales del Estado. La potestad ejecutiva es una actividad estrictamente jurisdiccional y constituye el supuesto paradigmático de la intervención necesaria de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje derivada de la falta de *imperium* de los árbitros.

Cuando las partes acuerdan someter sus controversias a arbitraje, lo que, entre otras cosas, esperan es obtener una decisión que sea vinculante y que sea eficaz. En este sentido, algunas regulaciones subrayan la eficacia obligatoria del laudo arbitral entre las partes; por ejemplo, el art. 34.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del año 2012, que señala que «al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte [...]». En similares términos se expresa el art. 26.9 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que establece, además, la obligación del árbitro de realizar todos sus esfuerzos para dictar un laudo que sea ejecutable (art. 32.2).

En todo caso, a pesar de la fuerza obligacional del laudo, las legislaciones nacionales pueden prever diferentes exigencias formales para su efectividad ejecutiva.

En primer lugar, algunos países exigen el depósito del laudo arbitral en los tribunales del lugar del arbitraje. Así, el art. 193 del Código de Derecho Privado Internacional de Suiza impone que cada parte deposite la resolución arbitral en el tribunal del lugar del arbitraje, que podrá certificar la ejecutabilidad del laudo a instancia de alguna de las partes. También pueden las partes solicitar al tribunal arbitral que certifique que el laudo fue emitido de conformidad con las previsiones legales, certificación que equivaldrá a aquel depósito ante el tribunal judicial. También Italia exige el depósito del laudo en el registro del tribunal del lugar del arbitraje para que pueda ser forzosamente ejecutado (art. 825 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40).

Otros países supeditan la ejecutividad del laudo arbitral a una suerte reconocimiento o exequátur del laudo arbitral. Así, Francia, que supedita la ejecución del laudo a la resolución de exequátur dictada por el

Tribunal de Grande Instance del lugar en que se hubiera emitido, previo depósito de la resolución arbitral por el árbitro o las partes en la Secretaría del Tribunal (art. 1487 del Código de Proceso Civil), y Alemania, que requiere que el laudo haya sido declarado ejecutable por el órgano jurisdiccional estatal tras el examen de las mismas causas de anulación (art. 1069 del Código Procesal Civil).

En otras legislaciones, en cambio, la eficacia ejecutiva del laudo arbitral es directa, sin necesidad de ningún tipo de homologación, reconocimiento o depósito. Es el caso de la Ley de Arbitraje española de 2003, que suprimió el requisito preceptivo de protocolización notarial del laudo arbitral y cuyos arts. 44 y 45 señalan que el laudo es ejecutable conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. También la Ley de Arbitraje inglesa del año 1996 atribuye eficacia ejecutiva directa al laudo arbitral en su art. 66.

2. La ejecutabilidad del laudo arbitral extranjero

Uno de los aspectos más relevantes a la hora de dotar de efectividad al arbitraje comercial internacional, es asegurar que el laudo arbitral pueda ser ejecutado en un Estado diferente al que fue dictado, habida cuenta de que las partes en estos arbitrajes tendrán nacionalidades diferentes y habrán decidido seguir el arbitraje en otro país que les procure un fuero neutral. Para que un laudo arbitral goce de plena efectividad ejecutiva en el territorio de otro Estado, debe ser primero reconocido por sus tribunales a través del procedimiento conocido como exequátur. Ello pone de manifiesto la importancia de los tratados internacionales para armonizar estos procedimientos, destacando el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, del que en el momento actual son parte más de ciento cuarenta países.

(Autora: Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho procesal de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 2005. CORDÓN MORENO, F. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Pamplona: Cuadernos Civitas-Aranzadi, 2010. BLACKABY, N. y C. PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press 2009, pp. 621-679.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Ejecución del laudo. Exequátur. Laudo. Protocolización del laudo arbitral.

EJECUCIÓN DE LAUDO

Es el acto de llevar a efecto lo dispuesto por los árbitros en el laudo que resuelve una cuestión, o todo el litigio.

Desde este concepto amplio, distinguimos entre la ejecución voluntaria y la forzosa. Será voluntaria cuando las partes o la parte que debe llevar a efecto lo resuelto por los árbitros en el laudo, lo haga de su propia iniciativa. Lo habitual en este caso es hablar, no de ejecución, sino de cumplimiento del laudo.

Si no hay cumplimiento voluntario de lo dispuesto en el laudo, entonces hablamos propiamente de ejecución para referirnos a la intervención de una autoridad –normalmente un juez o tribunal nacional– investidos del poder de obligar a la parte o partes a cumplir con lo dispuesto en el laudo.

El rol de los jueces nacionales en la efectividad y utilidad del arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas, es clave. Nadie invertirá tiempo y dinero en un arbitraje, si cuando se emita el laudo y no hay cumplimiento voluntario, no existe una autoridad con la capacidad de ordenar a la parte condenada a cumplir con dicha condena.

Cuando se trata de un laudo dictado en un procedimiento arbitral nacional, las reglas que rigen su ejecución debemos buscarlas en la ley del país en cuestión.

Cuando se trata de un laudo internacional (extranjero) deberemos acudir a los instrumentos internacionales aplicables: convenios multilaterales y tratados bilaterales que regulan de forma específica esta materia. En el ámbito de la ejecución de laudos arbitrales, es clave el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, cuyo objeto es, precisamente, facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros por parte de los jueces nacionales de los países firmantes del Convenio.

La ejecución del laudo se solicitará en el país donde se pretenda tenga efectos. Dicho país vendrá determinado en cada caso por las circunstancias concretas del litigio: si la condena se refiere a un inmueble, se solicitará la ejecución en el país donde éste se encuentre; si se trata de una condena dineraria, la ejecución se podrá solicitar en cualquier país donde la parte condenada a pagar, cuente con activos.

El Convenio de Nueva York establece los requisitos que debe cumplimentar la parte favorecida por un laudo arbitral final, con el fin de obtener su reconocimiento y ejecución en el territorio de alguno o varios de los países firmantes del Convenio. El Convenio establece de forma imperativa la obligación de los jueces y tribunales de los países firmantes, de reconocer y hacer cumplir los laudos arbitrales que cumplan los requisitos del Convenio (art. III).

Al igual que la práctica totalidad de las legislaciones internas de los países, el Convenio de Nueva York distingue entre el proceso de reconocimiento del laudo y el proceso de su ejecución. El reconocimiento es un paso previo a la ejecución y conlleva una suerte de homologación del laudo extranjero (es decir, aquél dictado en un país distinto al que se va a ejecutar) de modo que se convierte en un laudo interno.

El art. IV del Convenio de Nueva York se refiere a la ejecución del laudo y establece la documentación determinada y concreta que el solicitante de la ejecución debe aportar:

- Copia auténtica del laudo.
- El convenio arbitral original o su copia certificada.
- Traducción de ambos documentos al idioma oficial del país donde se solicita la ejecución.

El art. V del Convenio establece unas causas tasadas de oposición al reconocimiento y a la ejecución. El Convenio distingue entre causas de oposición que puede alegar la parte contra quien se pide la ejecución y causas de denegación de la ejecución, que son apreciables de oficio por el juez o tribunal estatal que tramita la petición de ejecución.

Las causas de oposición alegables de parte son:

- *Validez del convenio arbitral.*- Incapacidad de todas o algunas de las partes del convenio arbitral o invalidez del convenio arbitral, en virtud de la ley que le sea de aplicación.
- *Defectos de procedimiento que afectan al derecho de defensa de la parte.*- Defectos en la designación de los árbitros o en la notificación del procedimiento arbitral o infracción de los derechos de defensa de una de las partes.
- *Exceso del mandato de los árbitros.*- Que los árbitros hayan dictaminado en el laudo sobre cuestiones que exceden el ámbito del convenio arbitral o del objeto de la disputa.
- *Falta del proceso debido.*- Que la constitución del tribunal arbitral o el proceso no se haya ajustado a lo acordado por las partes o, en defecto de tal acuerdo, a lo dispuesto en la ley aplicable en el país del lugar del arbitraje.
- Que el laudo no sea obligatorio todavía o haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el que ha sido dictado, o conforme a cuya ley ha sido dictado (es decir, el país del lugar del arbitraje y ante cuyos tribunales la parte afectada por el laudo haya interpuesto una acción de nulidad y haya obtenido una decisión de anulación o una decisión de suspensión del laudo hasta que la petición de nulidad sea resuelta).

Además, el art. V establece unas causas de rechazo de ejecución que el propio juez nacional puede apreciar de oficio:

- *Falta de arbitrabilidad.*- Que el objeto de la disputa no sea arbitrable conforme a la ley aplicable a la disputa.
- Que la ejecución resulte contraria al orden público del país en que se ejecuta.

(Autora: Elisabeth de Nadal. Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD, E. y D. DI PIETRO. *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards. The New York Convention Practice*. Cameron May, 2008. JOSEPH, D. *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*. Thomson-Sweet & Maxwell, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York. Ejecución del laudo nulo. Exequátur. Laudo. Arbitrabilidad. Orden público.

EJECUCIÓN DE LAUDO NULO

En el ámbito jurídico, la nulidad implica inexistencia. En este sentido, un laudo nulo sería una decisión arbitral sin efectos jurídicos, sin valor; y, por lo tanto, inejecutable. Para que un laudo sea nulo, se hace necesario que el laudo sea declarado como tal.

En principio, no es totalmente inaceptable para los pareceres, el hecho de que, en el arbitraje internacional, la nulidad debería ser dictaminada por la justicia del Estado bajo cuya ley se rige un procedimiento arbitral (sede o lugar del arbitraje). Sin embargo, aun cuando un laudo ha sido declarado nulo bajo la ley del Estado sede, en la jurisprudencia comparada y en la doctrina es perceptible una tendencia a permitir su ejecución. El tema es polémico.

Pues, por un lado, el art. v.1 del Convenio de Nueva York señala que «sólo se podrá denegar» el reconocimiento y la ejecución de un laudo, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

e) Que el laudo no es aun obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada ese laudo.

Pero, por otro lado, el art. vii contempla la posibilidad de invocar y aplicar la ley más favorable a la ejecución del laudo, dado que señala que la Convención no privará a ninguna de las partes litigiosas de un procedimiento arbitral, a intentar hacer valer un laudo arbitral:

[...] en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Al respecto, Fernando MANTILLA SERRANO señala que con el fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, la Convención de Nueva York de 1958 asumió tres principios rectores: En primer lugar, el de *presunción de validez y ejecutoriedad del laudo* arbitral, ya que el art. iii de la Convención obliga a los Estados parte, como cuestión de principio, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales cubiertos por la Convención. En segundo lugar, el Convenio de Nueva York estableció el *principio de excepcionalidad*, mediante el cual sólo excepcionalmente podría negarse el reconocimiento o ejecución. Pues, el uso de la forma potestativa demuestra que, ni siquiera en presencia de los casos previstos en el art. v de la Convención, el juez del Estado al que se requiere la ejecución, está obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo. Y, en tercer lugar, consagró el *principio de favorabilidad* (art. vii), mediante el cual se permite obviar la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.

Para un sector, la deslocalización del laudo permite a cada Estado aceptar o no soberanamente, la validez y ejecutabilidad de un laudo arbitral en su territorio, pudiendo no tener en consideración la nulidad que pudo haber sido decretada por la justicia del Estado sede. Para otro sector, la ejecución de un laudo que ha sido declarado nulo por la jurisdicción de un tercer Estado, viene a ser un exceso de soberanía que provoca un clima de inseguridad jurídica internacionalizado, que deja sin razón de ser la elección de la sede por las partes (y la ley aplicable) porque, al final, sede y ley que rige el procedimiento, serían conceptos jurídicos sin contenido alguno.

En el escenario jurisprudencial, es la jurisprudencia francesa la que se erige como la impulsora de la figura del reconocimiento y ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado sede en el arbitraje internacional. El paradigma de la ejecución de laudos anulados lo hallamos en el *Asunto Hilmarton*, si bien ya con anterioridad los tribunales franceses habían anticipado la posibilidad de que un laudo anulado por la justicia del Estado sede podría ser ejecutado en Francia si esta ley fuera más favorable a la ejecución (*Asunto Norsolor*, 1984).

En el *Asunto Hilmarton*, la justicia francesa homologó y permitió la ejecución de un laudo arbitral que había sido declarado nulo por la justicia suiza, sede del arbitraje. El argumento de la Corte de Casación francesa fue que el Derecho francés permitía la aplicabilidad del art. vii de la Convención de 1958. Esta situación

de ejecutabilidad de laudo nulo ha sido más recientemente subrayada en la jurisprudencia francesa acaecida sobre el *Asunto Putrubali* (2007).

Asimismo, existen precedentes de la situación que se expone en la jurisprudencia de los Estados Unidos (*Asunto Chromalloy*), Bélgica (*Asunto Sonatrach*) y de Eslovenia (*Asunto Radenska*).

La justificación de la figura de la ejecución del laudo anulado guarda estrecha conexión con la idea de la deslocalización de los laudos arbitrales, en el sentido de que éstos no están insertos en el ordenamiento legal de ningún Estado. Este parecer presenta severas críticas doctrinales y oposiciones jurisprudenciales. Así, la Corte de Apelaciones de Columbia señala que un laudo anulado no existe, aunque, no obstante, dejó ver que la declaración de nulidad hecha por la justicia de un Estado podría desconocerse por la justicia de terceros Estados, si es que tal pronunciamiento fuere contrario a la decencia y la moral (*Caso Termorio II*).

Por otro lado, una cuestión muy conexas a este término es el de la renuncia a los recursos o acciones contra el laudo, con lo cual se estaría bloqueando la posibilidad de atacar la validez del laudo y, consecuentemente, evitando la posibilidad de que la justicia estatal pueda pronunciarse sobre su nulidad (para una mayor amplitud de este tema conexo, véase el término «renuncia a las posibilidades de impugnación del laudo arbitral»).

En todo caso, hemos de tener presente que cuando hablamos de ejecución de un laudo nulo, entendemos por éste al laudo que fue anulado por el Estado de la sede, por lo que es más apropiado hablar de «ejecución de laudo anulado», ya que los efectos de nulidad se despliegan en el Estado que lo considera así, es decir, dentro de su territorio, y no en terceros Estados que podrían homologar y permitir la ejecución de dicho laudo.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: RIVERA. «Ejecución de laudo nulo». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, vol. III, pp. 2001 y ss. ZULETA JARAMILLO. «El reconocimiento y ejecución internacional de laudos anulados». En *De Acuerdo*, 2002, n.º 7. MANTILLA SERRANO. «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York de 1958. Ejecución del laudo. Deslocalización del arbitraje internacional.

EMPLAZAMIENTO

El emplazamiento es un acto procesal que surge tras la presentación de una demanda arbitral y que consiste en la notificación al demandado de dicha demanda y, a su vez, la fijación de un plazo para que éste conteste a la misma o, en su caso, reconvenga. De este modo, el emplazado tiene la carga procesal de atender a dicho emplazamiento con las armas en derecho que las leyes y reglamentos le proporcionan.

Las partes tienen que tener derecho a ser oídas, de ahí que todo procedimiento arbitral requiere de normas sobre los actos de comunicación, en especial, las citaciones y emplazamientos adoptando las máximas garantías para que lleguen a conocimiento de la parte.

En función del tipo de arbitraje en el que nos encontremos, ya sea arbitraje *ad hoc*, arbitraje institucionalizado o arbitraje cuya ley aplicable es la ley nacional que será la ley del procedimiento, el emplazamiento se confeccionará de una manera diferente. No obstante, como punto de encuentro, todos ellos deben atender a la seguridad jurídica manteniendo las dos pautas establecidas anteriormente, y que son que la notificación se haga de modo legal y fehaciente, y que se establezca un plazo de contestación que salvaguarde el principio de contradicción.

La Ley de Arbitraje española establece una regla específica que asume lo mencionado anteriormente, al señalar que «las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes».

La infracción de los principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción llevarían a la anulación del laudo, al amparo del art. 41.1.b) de la Ley de Arbitraje, que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que «no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos».

Evidentemente, ello no quiere decir que todo procedimiento arbitral en que ha sido imposible emplazar a una de las partes, sea nulo, dado que puede ocurrir que el árbitro o la institución arbitral intenten enviar una comunicación o notificación, la parte no la reciba y ello no vulnere los derechos descritos, sobre todo cuando es imputable la no notificación o comunicación a una postura dolosa de una de las partes.

Efectivamente, los reglamentos y legislaciones más avanzados lo tienen así previsto.

Un ejemplo de ello es el art. 5 de la Ley de Arbitraje española, cuando dice que «en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, el domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, se considerará recibida —la notificación o comunicación— el día en que haya sido intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario».

Este artículo ya ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia y queda claro que al primar la voluntad de las partes, el domicilio para notificaciones será el que figure en el contrato, por lo tanto, si una de las partes cambia de domicilio, debe notificárselo a la otra, a los árbitros y a la institución arbitral. Si no lo hace, la institución arbitral y los árbitros intentarán notificar en aquéllos que consten en los registros públicos y, en caso de no descubrirse, bastará con intentar la entrega en el último domicilio designado.

Realmente no es frecuente, pero debe quedar claro que si una de las partes pretende contaminar el procedimiento arbitral, a fin de evitar que el arbitraje llegue a buen puerto, la ley y los reglamentos institucionales tienen prevista una salida airosa que no afecte a la eficacia del arbitraje.

Puede que ésta sea otra ventaja para optar por el arbitraje administrado y no por el arbitraje *ad hoc*, ya que existen pruebas que demuestran que los arbitrajes realizados bajo los auspicios de las instituciones arbitrales de referencia son vistos por las partes y por los tribunales con mayor respeto y confianza.

(Autor: Javier Íscar de Hoyos. Secretario General de Aeade).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de diciembre 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004. MERINO MERCHÁN, José F. *Curso de Derecho arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Notificación. Plazos.

ENMIENDAS A LA DEMANDA O A LA CONTESTACIÓN

1. Introducción

El procedimiento arbitral se inicia con la demanda de arbitraje que necesariamente ha de contener, aun de forma preliminar, entre otros extremos, las pretensiones que la parte demandante ejercita en el procedimiento. Con carácter adicional, el demandado establecerá en su contestación a la demanda no sólo su posición respecto de las pretensiones de la parte actora sino que podrá, a su vez, por medio de la demanda reconventional, formular sus propias pretensiones contra la parte demandante.

El arbitraje se configura como un sistema flexible, estrechamente vinculado a la voluntad de las partes. A los efectos aquí tratados, esta flexibilidad en sentido genérico se plasma en una determinación progresiva del objeto de la controversia, al disponer las partes no sólo la posibilidad de concretar a lo largo del procedimiento las pretensiones inicialmente formuladas, sino también de introducir modificaciones y nuevas demandas en un momento posterior del arbitraje.

A este respecto, la Exposición de Motivos de la Ley n.º 60/2003 recalca el carácter dinámico y progresivo característico del arbitraje, al indicar que «la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva».

Este principio queda reflejado en el art. 29.2 de la vigente Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003, que transcribe casi literalmente el art. 23.2 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (revisada en el año 2006):

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

En todo caso, la posibilidad de modificar la demanda o la contestación a lo largo del procedimiento y de introducir nuevas pretensiones, queda supeditada a lo convenido por las partes al respecto y, en ausencia de pacto expreso, a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje aplicable a la disputa.

Todos —o casi todos— los Reglamentos de Arbitraje de las principales instituciones arbitrales tanto nacionales como internacionales, se refieren con mayor o menor detalle a la posibilidad de modificar la demanda o contestación, existiendo únicamente ciertos límites encaminados a garantizar los principios de igualdad, audiencia y contradicción y el debido proceso (art. 27 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid (CAM), art. 22.3 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje (CEA), art. 21.5 de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), art. 23.4 del Reglamento de la CCI, art. 22.1(a) del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*, art. 20 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, art. 25 del Reglamento de *Stockholm Chamber of Commerce*, art. 4 del Reglamento de Arbitraje de *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), art. 22 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (revisado en 2010), etc.).

2. Regulación contenida en los distintos reglamentos de arbitraje

La regulación y requisitos exigidos por los reglamentos de las distintas cortes arbitrales son muy similares. En todos los textos prima la voluntad de las partes, concediéndoles una amplia libertad para modificar sus pretensiones. No obstante, con carácter general, se introduce un control último por parte de los árbitros, en cuanto a la procedencia de una determinada modificación o ampliación de las pretensiones de las partes, en función de las circunstancias concretas del caso y del momento del procedimiento en que se pretendan introducir.

A modo de ejemplo, el art. 27 del Reglamento de la CAM regula la formulación de nuevas reclamaciones en los siguientes términos:

La formulación de nuevas reclamaciones requerirá la autorización de los árbitros, quienes, al decidir al respecto, tendrán en cuenta la naturaleza de las nuevas reclamaciones, el estado en que se hallen las actuaciones y todas las demás circunstancias que fueran relevantes.

Esta redacción es adoptada de forma casi idéntica por el art. 22.3 del Reglamento del CEA («la formulación de nuevas reclamaciones precisará autorización de los árbitros, considerando la naturaleza de las mismas, el estado del proceso y demás circunstancias relevantes») y, en términos muy similares, por el art. 21.5 del Reglamento de CIMA («Salvo que las partes otra cosa acuerden, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho»).

Así pues, con carácter general, los reglamentos de las cortes de arbitraje españolas permiten a las partes modificar sus pretensiones a lo largo del procedimiento (salvo acuerdo en contrario); si bien se otorga a los árbitros la última palabra en relación con la admisión de tales modificaciones, atendiendo a diversas circunstancias.

Aunque no aparece referido de forma expresa en todos los reglamentos, existe un requisito adicional imprescindible para la admisión de cualquier pretensión adicional a lo largo del procedimiento: es indispensable que las nuevas reclamaciones entren dentro del alcance o campo de aplicación del convenio arbitral en cuestión. Este requisito se deriva de la propia naturaleza consensual del arbitraje y de los límites a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral.

Lo anterior queda recogido de forma expresa, por ejemplo, en el art. 20 del Reglamento Suizo de Arbitraje:

En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse

de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación del convenio de arbitraje separado.

Asimismo, en el art. 4 del Reglamento de Arbitraje del ICDR, se establece lo siguiente:

During the arbitral proceedings, any party may amend or supplement its claim, counterclaim or defense, unless the tribunal considers it inappropriate to allow such amendment or supplement because of the party's delay in making it, prejudice to the other parties or any other circumstances. A party may not amend or supplement a claim or counterclaim if the amendment or supplement would fall outside the scope of the agreement to arbitrate.

O en el art. 22 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (revisado en 2010):

En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda o una contestación, incluida una reconvencción o demanda a efectos de compensación, no podrán modificarse ni complementarse de manera tal que la demanda o la contestación modificadas o complementadas queden excluidas en el ámbito de competencia del tribunal arbitral.

Especial mención requiere la regulación contenida en el Reglamento de la CCI, por cuanto establece una limitación expresa en cuanto al momento del procedimiento en el que, en principio, ha de quedar definida la controversia y las pretensiones de las partes: la firma del acta de misión. Su art. 23.4 establece que:

Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral, el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

El citado precepto se refiere a un elemento característico del procedimiento arbitral bajo las reglas de la CCI: el acta de misión. El objetivo principal de esta acta es, precisamente, delimitar el encargo que las partes atribuyen al tribunal arbitral y definir los puntos controvertidos sobre los cuales el tribunal arbitral tendrá que pronunciarse. Al limitar la posibilidad de modificar las pretensiones de las partes hasta el momento de la firma del documento por el que se define el alcance del encargo a los árbitros, se pretende evitar que las partes compliquen y alarguen indebidamente el procedimiento arbitral, contribuyendo con ello a la eficiencia del mismo.

Una postura ligeramente distinta es la adoptada por el Reglamento de Arbitraje Comercial y Procedimientos de Mediación (*Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*) de la AAA. La Regla R-6 relativa a «modificaciones de la demanda» prevé la posibilidad de las partes de modificar, sin limitación alguna, sus pretensiones con anterioridad a la designación de los árbitros. Sin embargo, una vez designados, no se admitirá ninguna modificación o nueva pretensión, salvo que medie el consentimiento de los árbitros.

A la vista de lo anterior, la procedencia o improcedencia de admitir modificaciones a las pretensiones o nuevas demandas en un momento ulterior del procedimiento dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. A la hora de tomar una decisión, los árbitros deberán ponderar los beneficios que pueda conllevar su admisión, frente a la carga que pueda suponer para la parte que introduce la modificación o nueva demanda, el presentar un nuevo procedimiento, tratando en todo momento de evitar trastornos y de garantizar la eficacia procedimental.

En todo caso, en el supuesto de que los árbitros requieran más información para determinar el trastorno que la admisión de nueva pretensión o demanda pueda tener en el procedimiento, pueden optar por una admisión provisional de la misma. Ésta fue, precisamente, la opción adoptada por el tribunal arbitral en el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c/ la República de Ecuador* (caso de la CPA n.º 34877), sometido al Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (2006), al señalar en el Laudo Parcial dictado el 1 de diciembre de 2008 que: «the Tribunal provisionally admitted the alleged new claims under article 20 of the Uncitral Arbitration Rules, but reserved a final decision on the matter for a later date».

3. ¿Qué reclamaciones nuevas o modificadas resultan admisibles?

La cuestión que puede plantearse en los casos en los que se modifican o introducen nuevas pretensiones a lo largo del procedimiento, es ¿qué ha de considerarse como una nueva reclamación que requiera de la autorización de los árbitros?

El concepto de reclamación varía de una jurisdicción a otra, por lo que, dado el carácter internacional y transfronterizo del arbitraje, las partes de una misma disputa pueden tener entendimientos distintos al respecto. En algunos casos, cualquier variación de los argumentos de una parte puede ser considerada como una reclamación, mientras que en otros sólo la introducción de nuevas cuestiones en el suplico, serán consideradas como tales.

Bajo el Reglamento de la CCI, los tribunales arbitrales han tendido, en general, a no considerar un cambio en los argumentos de las partes, como una nueva reclamación. Normalmente, se considerará que una parte ha introducido una nueva reclamación cuando la tutela jurídica que se reclame se sustente sobre fundamentos fácticos y jurídicos completamente distintos. En un caso CCI administrado bajo el Reglamento de Arbitraje de 1998, el demandante modificó a lo largo del procedimiento su *causa petendi*, pasando de argumentar un caso de vicio o error en el consentimiento a un caso de error. El demandado objetó alegando que se trataba de una demanda completamente nueva. En el laudo final, el árbitro entendió que no se trataba de una nueva pretensión en la medida en que se basaba en los mismos hechos y el demandante no había introducido modificación alguna en su suplico. Así, el árbitro concluyó que el demandante únicamente había caracterizado una pretensión ya contenida en el acta de misión de forma diferente, por lo que no podía entenderse como una reclamación nueva.

En otro caso, CCI, administrado bajo el Reglamento de Arbitraje de 1998, en el momento anterior a la firma del acta de misión, se suscitó una discusión entre las partes en cuanto a la procedencia de admitir ciertas pretensiones de las demandantes que parecían derivar de un contrato relacionado con el acuerdo del que traía causa la controversia, pero que contenía su propio convenio arbitral, convenio que resultaba incompatible con el invocado en el arbitraje, por lo que las partes discutieron si dichas pretensiones entraban dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral invocada. Las demandantes declararon expresamente que no buscaban pretensión alguna derivada del contrato conexo. A pesar de dicha afirmación, las demandantes basaron algunas de sus pretensiones en el contrato conexo, modificando la base contractual de sus pretensiones a lo largo del procedimiento. Esto fue objetado por las demandadas al considerar que o bien quedaban fuera del convenio arbitral o bien, subsidiariamente, debían ser consideradas como nuevas demandas fuera del alcance del acta de misión.

El tribunal arbitral en el Laudo dictado en febrero de 2013, partió de la base de la redacción amplia incluida en el acta de misión y entendió que la modificación del fundamento jurídico de alguna de las pretensiones, no constituía una nueva demanda, señalando que, en todo caso, tal modificación no habría afectado a los derechos de igualdad, contradicción y debido proceso de las partes, por cuanto las demandadas habían tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Con base en lo anterior, el tribunal arbitral estimó, asimismo, otra de las pretensiones de las demandantes al entender que habían sido introducidas en un momento tardío del procedimiento (tras la celebración de la audiencia de práctica de prueba) y que se habían formulado sobre la base de un contrato que no había sido discutido a lo largo del procedimiento por las partes, por lo que su admisión vulneraría los principios de igualdad y debido proceso.

En el Laudo Final dictado en el arbitraje *ad hoc* entre *Himpurna California Energy Ltd. vs. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara*, bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976, el tribunal arbitral, al analizar la procedencia de admitir ciertas modificaciones a las pretensiones del demandante, señaló que:

Secondly, in evaluating the «circumstances» with regard to such amendments the Arbitral Tribunal takes account of (i) the fair and efficient administration of arbitral justice, a consideration which militates against any unduly static or formalistic rule that would require parties to recommence proceedings every time the adversarial evolution of argument and evidence suggests the need for a different legal articulation of claims; and, yet more importantly, (ii) the good principle that procedural rules should not be conceived and applied in such a fashion as to impel the parties to adopt maximalist and confrontational positions, such as demanding rescission at a time when there may still be a hope to save the contract.

A la vista de lo anterior, parece que, en la práctica, los tribunales arbitrales han optado, en general, por admitir las modificaciones de las pretensiones o la introducción de nuevas reclamaciones, siempre que

entren dentro del alcance del convenio arbitral, el retraso en su presentación no resulte injustificado y las pretensiones nuevas o modificadas no se aparten sustancialmente del objeto del debate en el procedimiento, garantizando la observancia en todo momento de los principios de contradicción y debido proceso de las partes involucradas.

(Autora: Ana Morales Ramos. *Legal Adviser en el Iran US Claims Tribunal*).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003. Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (revisada en el 2006). Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi de 1976 (revisado en 2010). Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid. Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Reglamento de la CCI. Reglamento de la *London Court of International Arbitration*. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. Reglamento de *Stockholm Chamber of Commerce*. Reglamento de Arbitraje de *Internacional Centre for Dispute Resolution*. Reglamento de Arbitraje Comercial y Procedimientos de Mediación (*Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*) de la AAA.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD E. y J. SAVAGE (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999, parte II. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. ARIAS LOZANO, D. (coord.). Navarra: Aranzadi, 2005. MERINO MERCHÁN, J.F. y J.M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, 3rd edition. FRY, J., S. GREENBERG y F. MAZZA. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. ICC Publication 729. París, 2012. RIVERA, J.C. *Arbitraje Comercial: Internacional y Doméstico*. Londres: LexisNexis, 2007. GUSY, M. F., J. M. HOSKING, F.T. and A. SCHWARZ. *Guide to the ICDR International Arbitration Rules*. Oxford: Oxford University Press. Nueva York, 2011. CROFT, C., C. KEE y J. WAINCYMER. *A Guide to the Uncitral Arbitration Rules*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Himpurna California Energy Ltd. c/ PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara*. Laudo Final de 4 de mayo de 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Demanda arbitral. Contestación de la demanda. Reconvención. Acta de misión. Corte de Arbitraje de Madrid. Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Corte Española de Arbitraje. Cámara de Comercio Internacional (CCI). *London Court of International Arbitration* (LCIA).

ESTÁNDAR MÍNIMO DE TRATO A LOS EXTRANJEROS (VER «TRATO JUSTO Y EQUITATIVO»)

ÉTICA ARBITRAL (VER «CÓDIGOS DE ÉTICA ARBITRAL»)

EXAMEN DE TESTIGOS

1. Concepto e introducción general

Examinar un testigo es una prueba consistente en tomar declaración oral o escrita de las personas que saben y conocen algún hecho o circunstancia objeto de controversia entre las partes procesales y cuya veracidad se pretende averiguar.

El vocablo «testigo» ya indicará por sí mismo la definición estricta de esta figura, que puede ser o no interviniente en el proceso arbitral, ya que su intervención, su designación, es a cargo de las partes y su posible limitación corresponderá al árbitro o tribunal arbitral.

La prueba testifical es un medio más de prueba, previsto en las legislaciones nacionales de cada país o en las legislaciones o normas arbitrales aplicables a nivel internacional.

Lo importante es, pues, delimitar que su intervención, su aportación al proceso, puede venir dada mediante su examen oral (preguntas y declaración oral) o mediante su examen escrito (preguntas y declaración escrita).

2. Normas aplicables de orden interno y derecho comparado

En España y desde un punto de vista estrictamente procesal, la norma de referencia es la Ley de Enjuiciamiento Civil [por uniformidad], que establece los plazos para la proposición, citación, práctica y tacha de los testigos, por entender que concurren las causas que pueden impedir su práctica.

En materia arbitral, la vigente Ley de Arbitraje española no establece en esta materia criterios especiales, por lo que operan iguales criterios de admisión y práctica que se aplican en la ley procesal general.

En el arbitraje internacional priman dos criterios básicos en cuanto a la valoración de la prueba testifical: el libre criterio de decisión del árbitro para admitirla, señalarla y practicarla, y el criterio de la flexibilidad de la normativa aplicable.

Es sabido que el criterio de flexibilidad impera en la mayor parte de la normativa internacional aplicable, en general, pero especialmente en aquello que se refiere a la admisión, práctica y valoración de la prueba. Por tanto, el examen del testigo no se escapa a esta tendencia.

El árbitro modulará esa flexibilidad para no dejar de «controlar» esa prueba solicitada por las partes y con la finalidad de que el examen de ese testigo contribuya a esclarecer la controversia creada respecto al objeto del arbitraje, pero la valoración de esa prueba testifical dependerá casi exclusivamente de ese criterio de valoración, prácticamente, ilimitado del árbitro.

En este régimen de máxima flexibilidad se sitúan la Ley Modelo Uncitral, que no establece un régimen de regulación específica para la prueba testifical, más allá del respeto a los principios de igualdad y libre contradicción.

El Reglamento de la Cnudmi/Uncitral de 15 de diciembre de 1976, sigue las previsiones de la Ley Modelo, si bien en su art. 25 regula más detalladamente la prueba testifical. En este caso, es destacable la posibilidad que establece el Reglamento, ya apuntada anteriormente, de que el tribunal arbitral será libre para decidir la forma en que ha de interrogarse un testigo y la posibilidad de que éste pueda contestar por escrito.

Igualmente, establecen las reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas de Arbitraje Comercial Internacional, que dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, cada parte identificará los testigos en cuyo testimonio se apoye y el objeto de dichos testimonios; además, el tribunal podrá establecer que las partes presenten, dentro de un plazo específico, una declaración por escrito de cada testigo, con un contenido mínimo.

En cuanto al libre criterio de admisibilidad y valoración de que dispone el árbitro respecto a la práctica de la prueba (ya sea testifical o cualquier otra solicitada), ya establece el Reglamento de Arbitraje de la OMPI que el tribunal está facultado para limitar o rechazar la comparecencia de cualquier testigo, sea éste un testigo presencial o un perito, si lo considera innecesario o no pertinente. El interrogatorio de las partes estará controlado por el tribunal, y éste podrá formular las preguntas que considere necesarias; igualmente, establece el Reglamento que, ya sea a petición de las partes o por decisión del propio tribunal, el testimonio podrá presentarse por escrito o mediante declaraciones firmadas o juradas.

En esta misma línea, el Reglamento acelerado de la OMPI establece que, ya sea por elección de las partes o por decisión del tribunal, la prueba testifical podrá realizarse en forma oral o escrita, y en este último caso, el tribunal podrá supeditar su admisibilidad a la disponibilidad de los testigos para presentar un testimonio oral.

Por último, apuntar que, como no podría ser de otra manera, en el contexto del examen al testigo, operará igualmente el régimen previsto, tanto en la Ley Modelo como en todas las normativas vigentes redactadas a su amparo, del mecanismo de la asistencia judicial para la práctica de las pruebas.

3. Comentarios y conclusiones

Para concluir, es importante hacer constar que en el examen de testigos (al igual que en el resto de medios de prueba de que disponen las partes) toda la normativa aplicable consultada coincide en la aplicación del criterio de la flexibilidad y del libre criterio de decisión del árbitro.

Es de suponer que ambos criterios se complementan, pues la flexibilidad siempre es de aconsejable aplicación, porque en ese punto aventaja el procedimiento arbitral al procedimiento judicial, se modula con los amplios criterios decisorios del árbitro, que deberá aplicar las máximas cautelas posibles respecto de su valor probatorio, sobre todo si se trata de testigos propuestos a «instancia de parte».

(Autora: Gemma Mayol. Abogada. Barcelona).

jetas y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Reglamento acelerado de la OMPI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch. GÓMEZ JENÉ, Miguel. *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*. Madrid: Colex.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Asistencia judicial para la práctica de pruebas. Audiencias. Buena fe. Defensa y contradicción. Flexibilidad. Igualdad de las partes. Indagación razonable. Indefensión. Mala fe. Prueba.

EXCEPCIONES PRELIMINARES

Pueden definirse como las excepciones efectuadas por una de las partes a resultados del contenido de la solicitud de arbitraje, con la finalidad de evitar que se dicte un laudo que resuelva, la cuestión objeto de controversia, en cuanto al fondo.

La expresión más típica de la excepción preliminar, la constituye el planteamiento de la correspondiente declinatoria, en virtud de la cual, y con carácter general, la parte demandada alegará la ausencia de convenio arbitral o la falta de competencia del árbitro, e intentará que la controversia se sustancie por otros trámites, por lo general, ante los juzgados y tribunales.

Estas excepciones preliminares, también pueden hacer referencia al planteamiento de la litispendencia arbitral entendida como la pendencia de otro procedimiento arbitral entre las mismas partes y con el mismo objeto, y con un carácter totalmente diferente a si nos encontramos ante la existencia de un procedimiento judicial ya iniciado, de forma que no cabría alegar esa declinatoria, toda vez que conforme a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París («CCI»), en el laudo arbitral dictado en el asunto n.º 5103/1988, no puede existir litispendencia entre un procedimiento arbitral y otro judicial.

Otra de las expresiones típicas de las excepciones preliminares, se centra en atacar la validez del convenio arbitral por entender que media causa de nulidad o caducidad en el mismo; o, por el contrario, también se pueden alegar las excepciones de prescripción y caducidad de la acción con el fin de que por parte del tribunal arbitral se dicte un laudo que ponga fin al procedimiento sin entrar a conocer la cuestión de fondo.

La resolución arbitral por la que se estime o se desestime la correspondiente excepción, dará lugar al dictado de un laudo parcial, en muchos casos inhibitorio, que podrá ser objeto de impugnación a través de la correspondiente acción de anulación que, en ningún caso, tendrá efecto suspensivo y permitirá a cualquiera de las partes reproducir las cuestiones en otro procedimiento.

(Autor: Vicente Roldán Martínez. Socio-Abogado Sigma Abogados).

VOCABLOS CONEXOS: Declinatoria. Litispendencia. Laudo inhibitorio.

EXEQUÁTUR

Procedimiento de reconocimiento de un título ejecutivo extranjero, dando lugar, si procede, a una declaración de ejecutividad del mismo.

El origen del término, comúnmente utilizado en el ámbito jurídico y recogido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua bajo la forma española «exequátur», se encuentra en la expresión homónima en latín, que, traducida, significa «ejecútese».

Mediante dicho procedimiento, los tribunales o autoridades de un Estado o territorio, a petición de parte interesada, proceden a reconocer una sentencia u otro título judicial o extrajudicial procedente de otro Estado y, cuando corresponda, a declararlo ejecutivo, permitiendo así su ejecución en el Estado requerido.

Con respecto a la regulación del procedimiento de exequátur, deben ser tenidas en cuenta las disposiciones contenidas en la normativa de la Unión Europea (UE), los convenios internacionales y la legislación nacional.

En el ámbito de la Unión Europea, en materia civil y mercantil, ha tenido lugar una clara evolución normativa destinada a la «supresión del exequátur» (es decir, a la ejecución directa del título ejecutivo extranjero como si de un título nacional se tratara), con el objetivo de extender la libre circulación, ya existente con respecto a las personas, bienes y servicios, también a los documentos. Así, bajo el Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, conocido como «Bruselas I», basado en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, regía un sistema que podría denominarse de «exequátur simplificado» (reconocimiento automático pero necesidad de declaración de ejecutividad). Posteriormente, mediante el Reglamento n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se creó un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, se pasó a un sistema de «supresión del exequátur» (reconocimiento automático y no necesidad de declaración de ejecutividad), si bien limitado a los títulos ejecutivos basados en créditos no impugnados. Y, finalmente, mediante el Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, conocido como «Bruselas I bis», la «supresión del exequátur» deja de estar limitada a los títulos basados en créditos no impugnados para extenderse a todos los títulos ejecutivos que forman parte del ámbito de aplicación de este último Reglamento.

También en los ámbitos de familia y sucesiones observamos una tendencia hacia la simplificación en materia de reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros, la cual empezó con el Reglamento n.º 1347/2000 (conocido como «Bruselas II») en materia matrimonial y de responsabilidad parental, posteriormente sustituido por el Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, conocido como «Bruselas II bis», siguió con el Reglamento n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, en materia de alimentos, y se consolidó con el Reglamento n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, en materia de sucesiones.

Las antes mencionadas disposiciones de la UE relativas al reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros en el ámbito civil y mercantil intra-UE, recaen no solamente sobre sentencias, autos y otras resoluciones judiciales, sino también sobre transacciones judiciales y determinados títulos ejecutivos extrajudiciales, estos últimos habitualmente consistentes en documentos públicos, tales como escrituras de reconocimiento de deuda, en el caso de Alemania a menudo garantizadas mediante hipoteca abstracta (*Grundschuld*) y cláusula de sumisión a la ejecución (*Vollstreckungsklausel*).

En cuanto al ámbito extra-UE, el procedimiento de exequátur se rige por el convenio internacional bilateral o multilateral que corresponda, habida cuenta de los elementos geográficos y temporales del supuesto de referencia; y, subsidiariamente, por la normativa nacional en vigor en materia de cooperación judicial internacional.

Cuando el título extranjero cuyo reconocimiento y, en su caso, ejecución se desee solicitar, consista en un laudo o sentencia arbitral (*arbitration award*), lo cual se halla expresamente excluido del ámbito de aplicación de la normativa anteriormente reseñada, la norma internacional de referencia es el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, vigente para España desde el 10 de agosto de 1977.

En virtud del citado convenio internacional, en vigor en un elevadísimo número de países de todo el mundo, los Estados contratantes deben reconocer los acuerdos escritos de sumisión a arbitraje alcanzados por las partes, así como reconocer y ejecutar los laudos dictados por árbitros o instituciones arbitrales en otro Estado contratante.

En caso de haberse presentado, tal como establece el convenio, los originales o copias auténticas del acuerdo de sumisión a arbitraje y del laudo extranjero, así como, en su caso, las correspondientes traducciones (oficiales, juradas, consulares o diplomáticas), el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero solamente pueden ser denegados si concurre alguna de las causas especificadas en el propio convenio, tales como la existencia de alguna incapacidad de las partes en el momento de acordar la sumisión a arbitraje; la invalidez de dicho acuerdo; la falta de notificación de la designación del árbitro o del procedimiento o la existencia de indefensión, en el procedimiento arbitral, de la parte contra la cual el laudo sea invocado; la extralimitación del laudo con respecto al ámbito cubierto por el acuerdo de sumisión —en cuyo caso procederá, eventualmente, un reconocimiento y ejecución parcial—; la falta de ajuste entre la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral y aquello acordado a tal efecto por las partes o establecido por la ley; la todavía no obligatoriedad, la anulación o la suspensión del laudo; la imposibilidad de sumisión a arbitraje, según la ley del Estado en el cual el laudo es invocado, del objeto del conflicto; o el carácter contrario al orden público de un eventual reconocimiento o ejecución de dicho laudo en el Estado requerido.

Numerosas leyes nacionales en materia arbitral, tales como, en el caso de España, la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, modificada en varias ocasiones, se remiten también al citado Convenio de Nueva York de 1958.

La cuestión del reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros ha generado numerosos convenios internacionales bilaterales y multilaterales, algunos de los cuales referidos tanto a los títulos judiciales como a los procedentes del ámbito arbitral, como en el caso del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.

Con respecto a los cauces y formalidades del procedimiento de exequátur y de la ejecución propiamente dicha, conviene tener en cuenta las cuestiones relativas al encaje jurídico-práctico de la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales en el sistema procesal o procedimental al que se halle sujeto el tribunal o la autoridad ante la que se solicite el reconocimiento y/o ejecución del título ejecutivo extranjero, resultando de especial relevancia en la práctica, la existencia o no en el sistema jurídico del Estado requerido, de figuras externas a los tribunales y al propio tiempo provistas de autoridad pública, tales como los *Huissiers de Justice* franceses, con un papel protagonista en las ejecuciones de títulos ejecutivos.

(Autora: Blanca Padrós Amat. Abogada, Traductora Intérprete Jurada y Profesora Asociada de Derecho internacional privado en la Universidad Pompeu Fabra. Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). Laudo arbitral. Ejecución de laudo. Orden público.

EXHIBICIÓN DE HECHOS

Es una etapa preliminar del procedimiento arbitral consistente en la obtención de información para la preparación de la vista. A través de la exhibición de los hechos (o *discovery*) se puede obtener tanto información escrita (*document production, interrogatories y depositions in written statements*) como información verbal (*depositions*).

La etapa de *discovery* es propia del procedimiento judicial en los Estados Unidos de América; y, por tanto, se aplica al procedimiento arbitral en los arbitrajes domésticos de ese país, pero también es posible y frecuente su aplicación en arbitrajes internacionales (no sólo si alguna de las partes o alguno de los árbitros es estadounidense).

A través del *discovery*, el tribunal arbitral tiene la potestad de determinar la admisibilidad, la materialización y el alcance de las pruebas. El tribunal arbitral puede ordenar la exhibición probatoria (bien de oficio o bien a instancia de parte) en cualquier momento del proceso. Las *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de la Prueba* reconocen la potestad del tribunal arbitral de ordenar la exhibición de documentos y, aunque estas reglas sólo se aplican en caso de que las partes las adopten, en la práctica constituyen las líneas básicas de actuación de los árbitros en arbitrajes internacionales.

El *discovery* es objeto de críticas por los enormes costes que genera a la parte que ha de realizar la exhibición probatoria exigida y por los importantes retrasos que se producen en el procedimiento arbitral. Por ello, los árbitros tienden a aplicar el *discovery* con carácter restrictivo. En todo caso, las partes tienen la posibilidad de definir y limitar su alcance mediante una apropiada redacción de la cláusula de arbitraje.

(Autor: Calvin Hamilton. Hamilton Abogado. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FORSTADT, Joseph L. «Discovery in Arbitration». *ADR & The Law*, 2006, 20.ª edición. GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. «Arbitraje Comercial Internacional: dos culturas en estado de noviazgo y posible matrimonio de conveniencia». *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2006, n.º 36, pp. 71-88. SACHS, Klaus y Torsten LÖRCHER. *Part II - Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter v-Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1047-Oral Hearings and Written Proceedings*. En BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz y Stefan Michael KRÖLL *et al.* (eds.). *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2007, pp. 318-328. TAO, Jingzhou. «Document Production in Chinese International Arbitration Proceedings». En VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series* Montreal, 2006, vol. 13. The Hague: Kluwer Law International, 2007, pp. 596-621. MOURRE, Alexis. «Arbitration in Space Contracts». *Arbitration International*, 2004, vol. 20, issue n.º 4, pp. 37-57.

EXPROPIACIÓN FORZOSA

Dentro del género de las potestades administrativas, la potestad expropiatoria es el resultado de la habilitación que el ordenamiento jurídico realiza en favor de algunas administraciones públicas para que, en determinadas circunstancias, puedan producir privaciones patrimoniales a los administrados.

La regulación de la expropiación forzosa, por tanto, lo es de la potestad y de los límites o condiciones dentro de los que debe actuar su titular para que su ejercicio sea legítimo.

La regulación expropiatoria moderna tiene sus raíces en el carácter inviolable y sagrado que el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 otorgó a la propiedad privada, de la que su titular sólo puede ser privado cuando exista una necesidad pública legalmente constatada que lo exija de manera evidente y le sea otorgada una justa y previa indemnización.

Sobre esta base conceptual, común en todos los Estados, se desarrolla la regulación de la potestad expropiatoria en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Elemento esencial para poder desarrollar la actividad desorbitante que la potestad expropiatoria conlleva, es la apreciación de una causa de utilidad pública o interés social que la justifique, recibiendo el nombre de *causa expropriandi*.

Como *causa expropriandi* se vienen a reconocer causas de utilidad pública o interés social. Se trata, en ambos casos, de conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción dependerá de las circunstancias concretas y particulares en las que se desenvuelva el ejercicio de la potestad expropiatoria.

La *causa expropriandi* constituye, como ha quedado señalado, un presupuesto esencial para el ejercicio de la potestad expropiatoria; pero no sólo tiene ese carácter de requisito previo sino que la afectación del bien expropiado a ese fin de utilidad pública o interés social que da soporte a la privación patrimonial *ope expropriatoris*, debe mantenerse con posterioridad, ya que, de no respetarse dicha vinculación al fin que ha justificado la expropiación, surgiría el derecho de reversión, esto es, la facultad reconocida a los sujetos expropiados de recuperar el bien objeto de la expropiación en caso de no haberse cumplido la finalidad inicial.

En cuanto a los titulares de la potestad que nos ocupa, expropiantes lo son las administraciones públicas, a las que el ordenamiento jurídico legitima, como garantes del interés general, para provocar la privación patrimonial en los administrados, sujetos expropiados.

El expropiante es el titular activo de la potestad expropiatoria, posibilidad de actuación que se reconoce exclusivamente a favor de algunas administraciones públicas, en concreto, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, a favor de las administraciones públicas territoriales.

Distinta de la posición jurídica del expropiante es la del beneficiario de la expropiación, figura no reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, y que se sintetiza en ser el destinatario de los derechos o bienes expropiados; es el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización puede instar de la administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y a quien corresponde pagar la indemnización preceptiva.

La otra vertiente subjetiva de la expropiación, esto es, la del expropiado, es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto del ataque expropiatorio y que tiene derecho a percibir la indemnización expropiatoria. Se trata de una titularidad *ob rem*, esto es, determinada por su relación con el objeto de la expropiación, quedando subrogado cualquier adquirente de este objeto ulterior a la iniciación del procedimiento expropiatorio.

Por lo que respecta al objeto de la expropiación, el derecho a la propiedad privada, en cuanto derecho real por antonomasia, así como los demás derechos o intereses patrimoniales legítimos, se erigen en el objeto de la potestad expropiatoria, quedando, no obstante, excluidos de dicha posibilidad, aquéllos de naturaleza no patrimonial como los derechos de la personalidad y familiares.

Una vez analizados los elementos subjetivos y objetivos de la potestad expropiatoria, debemos recalcar que el ejercicio de esta potestad está condicionado por su sometimiento a un procedimiento formal riguroso, que no tiene sólo el carácter de trámite para asegurar el interés público, sino que se constituye en auténtico derecho y garantía para los sujetos expropiados.

Como denominador común en todos los ordenamientos jurídicos, y dejando al margen los posibles particularismos de cada Estado, el procedimiento expropiatorio se puede sintetizar en cuatro momentos: *a)* autorización de la expropiación, *b)* su aplicación a un bien o derecho concreto, *c)* fijación de la indemnización, y *d)* la consumación por el pago y toma de posesión.

Junto al procedimiento general, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos suelen reconocer un procedimiento de urgencia, teniendo siempre carácter excepcional y debiendo ser justificado su carácter urgente por la perentoria necesidad de ocupación de los bienes expropiados, estando en presencia, nuevamente, ante un concepto jurídico indeterminado para cuya determinación deberemos acudir a la jurisprudencia aplicable en cada Estado.

Dentro del procedimiento expropiatorio, tiene especial relevancia la fijación del justiprecio, esto es, la fijación de la cantidad que constituye la indemnización a percibir por el sujeto expropiado.

Para la valoración y determinación del justiprecio se han venido a establecer dos posibilidades: 1º) El acuerdo amigable o mutuo acuerdo, que consiste en la posibilidad de que beneficiario y expropiado lleguen a un acuerdo en la fijación de la indemnización. 2º) El sistema de valoración objetivo, en el que, a falta de acuerdo, se realiza por expropiante y expropiado una valoración de los bienes objeto de la expropiación, encomendándose la decisión última de su determinación a un órgano ajeno a ambos, cuya resolución podrá impugnarse ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Por encima de la diversidad en los procedimientos expropiatorios, es importante enfatizar que la garantía indemnizatoria del particular frente a la potestad expropiatoria no se reduce, *a priori*, al reconocimiento sin más del derecho a una indemnización, sino que va mucho más allá: dicha garantía exige que la indemnización sea pagada con carácter previo a la ocupación efectiva del bien expropiado; es lo que se denomina principio o regla del previo pago. Ésta es la regla general, debiendo acudir a cada ordenamiento particular para determinar cuáles son las situaciones en que se permite su excepción.

En conclusión, la expropiación forzosa se constituye como una potestad administrativa, por tanto, un acto de Derecho público sometido a un riguroso procedimiento, que provoca una privación patrimonial en el administrado, justificada por la existencia de una *causa expropriandi* a la que queda vinculada, y debiendo ir acompañada, como elemento esencial, de la indemnización que compense la pérdida patrimonial sufrida.

(Autor: Álvaro González Marín. Abogado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SOSA WAGNER, F. *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas*. Pamplona: Aranzadi, 1998. NAVARRO PÉREZ, J.L. *Expropiación forzosa: comentarios, jurisprudencia, y textos positivos complementarios*. Granada: Comares, 1991. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, FRANCISCO. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. Madrid: La Ley, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Derechos humanos (en el arbitraje). Justiprecio. Medidas equivalentes a la expropiación.

EXPROPIACIONES ILÍCITAS

1. Consideraciones introductorias

El derecho del Estado a adoptar medidas de expropiación es una atribución incuestionable de su soberanía (*Southern Pacific Properties c/ Egipto* –Icsid Case n.º ARB/84/3–, pár. 158; *California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) c/ Gobierno de la República Árabe de Libia*, pár. 59). Tratándose, por tanto, de un derecho inherente al poder soberano de los Estados, reconocido por el Derecho internacional, debe considerarse, en condiciones normales, un acto legítimo y legal. Sin embargo, no está de más recordar que, en épocas pasadas, la doctrina clásica, llevando al extremo la idea de la inviolabilidad de la propiedad privada, llegó a defender que el Derecho internacional prohibía la expropiación de los bienes de los extranjeros.

El de expropiar, sin embargo, no es un derecho absoluto, lo que significa que la licitud de los actos de expropiación estará sometida al cumplimiento de ciertas condiciones. Estas condiciones podrán ser distintas según cual sea el Derecho que se aplique al acto de expropiación. En este sentido, es importante distinguir la licitud interna e internacional de estos actos (*vid. art. 3 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53.º período de sesiones –A/56/10–; *Tecmed c/ México* –Icsid Case n.º ARB (AF)/00/2– pár. 120; *Goetz and others c/ Burundi* –Icsid

Case n.º ARB/95/3— párr. 99). Por tanto, ante un acto o una medida de expropiación, por una parte, habrá que estar a lo dispuesto en el Derecho interno del Estado que ha llevado a cabo dicho acto o medida. Además, en los supuestos en los que los bienes expropiados sean de la titularidad de particulares extranjeros la expropiación deberá respetar las condiciones impuestas por el Derecho internacional (no será necesario acreditar la condición de extranjero si se está en el marco de las normas internacionales de derechos humanos que protegen la propiedad privada). Es esta segunda perspectiva, la del Derecho internacional, la que interesa especialmente en este momento, ya que es ésta la que suele estar presente en las controversias sometidas a arbitraje de inversión.

Cuando se habla de las condiciones de licitud que deben respetar las expropiaciones conforme al Derecho internacional, se ha de distinguir el régimen del Derecho internacional general de carácter consuetudinario de las regulaciones particulares contenidas en los tratados internacionales (de forma particular en los Appri y otros tratados de inversión multilaterales).

En el Derecho internacional general o consuetudinario, el debate en torno a las condiciones de licitud exigibles a las expropiaciones se ha enmarcado tradicionalmente en la discusión más general relativa a la aplicación del estándar mínimo internacional o del principio de trato nacional a los extranjeros y sus bienes. Los defensores de la tesis del trato nacional negaban que el Derecho internacional impusiera cualquier condición de licitud, sometiendo todas las cuestiones relativas a la expropiación al Derecho interno de los Estados. Por su parte, quienes defendían la existencia de un estándar mínimo internacional en el Derecho internacional respecto al tratamiento debido a los extranjeros y sus bienes, consideraban que la licitud de una expropiación estaba sujeta al cumplimiento de tres condiciones: que el acto se justificara por motivos de utilidad o interés público, que ésta no fuera discriminatoria y que la medida fuera acompañada del pago de una indemnización. Dentro de los que han venido defendiendo la existencia del estándar mínimo internacional, el debate más intenso se ha centrado en la cuantía de la indemnización debida.

En la actualidad los debates relativos al Derecho internacional consuetudinario han perdido la relevancia de otros tiempos, en gran parte, debido a la irrupción de un Derecho convencional conformado por una amplísima red de tratados internacionales de inversión, tanto bilaterales como multilaterales, que regulan las condiciones de licitud de las expropiaciones, nacionalizaciones y medidas de efecto equivalente a la expropiación. De este modo, el debate se ha trasladado de la identificación y prueba de la costumbre internacional a la interpretación de las previsiones convencionales.

Por ejemplo, los Appri celebrados por España incorporan un modelo de disposición sobre expropiación que se repite, salvo en algunos matices, en la mayoría de los casos. Estas disposiciones prevén cuatro condiciones de licitud exigibles a las expropiaciones. Además de las tres mencionadas anteriormente (la utilidad o interés público, la no discriminación y la compensación), los tratados bilaterales exigen que las expropiaciones se lleven a cabo «con arreglo a los debidos procedimientos legales».

En la misma línea, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte («Tlcán») y el Tratado sobre la Carta de la Energía también suman esta cuarta condición de licitud, la del respeto del debido procedimiento legal, a las tres que estaban presentes en el Derecho internacional consuetudinario, tal y como era entendida mayoritariamente en los Estados occidentales o industrializados. Por su parte, las Directrices del BIRD, cuya finalidad ha sido la de contribuir en el avance del proceso de configuración de normas internacionales de aceptación general, también consideran que las condiciones de licitud deberían ser cuatro: el respeto de los procedimientos legales, la concurrencia de una causa de utilidad pública, la no discriminación en razón de la nacionalidad del inversor y el pago de una indemnización apropiada.

2. Condiciones de licitud

2.1. Utilidad pública

La gran mayoría de los tratados internacionales de inversión —todos los Appri firmados por España— prevén la exigencia de razones de utilidad pública como condición de licitud de los actos de expropiación.

Por su parte, entre los que han venido defendiendo la existencia de un estándar mínimo internacional, esta condición ha sido continuamente tratada como parte de la costumbre internacional. Han sido varias las decisiones arbitrales que han puesto de relieve la existencia de esta condición en el Derecho internacional (*Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c/ República de Liberia*—Icsid Case n.º ARB/83/2—; *Southern Pacific Properties c/ Egipto*; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ Argentina*—Icsid Case

n.º ARB/97/3–). Sin embargo, no han faltado las voces que, considerando el elemento de la utilidad pública como de carácter genuinamente interno, han pretendido reducir drásticamente su relevancia como condición de licitud en el marco del Derecho internacional (por ejemplo, S. FRIEDMAN y I. FOIGHEL). Incluso, en la jurisprudencia ha habido pronunciamientos que han negado que sea un requisito necesario del Derecho internacional (*Libyan American Oil Company (Liamco) c/ Gobierno de la República Árabe de Libia*) o que han tratado de minimizar su relevancia (por ejemplo, *Marvin Feldman c/ México*—Icsid Case n.º ARB (AF)/99/1—).

Uno de los problemas más importantes que plantea la condición de la utilidad pública hace referencia a su control. En este sentido, en línea de principio, corresponde al Estado que adopta la medida de expropiación apreciar, en cada caso, si existe o no un interés público que justifica su adopción. Además, se ha dicho que los Estados son reacios a contradecir la apreciación hecha por otros Estados en cada caso concreto. Por último, es un factor difícilmente controlable por los tribunales internacionales, dada la indeterminación del concepto y las distintas concepciones que pueden existir entre los Estados respecto a lo que debe considerarse de interés público. Esta dificultad queda en evidencia si se atiende al hecho de que en la práctica internacional han sido escasos los casos en los que se ha entrado a valorar, menos aún de forma autónoma, esta condición como elemento determinante de la ilicitud de una expropiación.

A pesar de que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación y, por tanto, es una cuestión difícilmente controlable, en el marco del Derecho internacional no debe descartarse la posibilidad de ejercer dicho control en supuestos o situaciones manifestamente graves y desproporcionadas. Por ejemplo, ante expropiaciones que bajo el pretexto de la existencia de un interés público persiguen fines de persecución política, racial o religiosa, o cuando se esté en presencia de un error manifiesto de valoración o ante una desviación de poder (*Goetz and others c/ Burundi*). Ello es así, en parte, porque el principio de buena fe actúa como límite de carácter general respecto al requisito de la utilidad pública, tal y como ha quedado reflejado en el asunto *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c/ República de Liberia* (Icsid Case n.º ARB/83/2) o en las Directrices del BIRD.

2.2. No discriminación

La expropiación será lícita siempre y cuando no sea discriminatoria. Es una de las condiciones que constantemente está presente en los tratados internacionales de inversión.

En cuanto a si este requisito también forma parte del Derecho internacional general que regula la expropiación, la respuesta no resulta tan sencilla. La jurisprudencia relevante no parece albergar dudas al respecto; según la decisión en el asunto *Liamco c/ República Árabe de Libia*, «es claro e incontrovertido que la no discriminación es un requisito de validez de las nacionalizaciones lícitas. Es una regla bien establecida en la teoría legal y práctica internacional» (traducción libre); en el mismo sentido se han pronunciado los árbitros en los casos *Topco c/ República Árabe de Libia*, *Letco c/ Liberia* o *Aminoil c/ Kuwait*. No obstante, ésta no ha sido una opinión unánimemente compartida por la doctrina, menos aún con tal rotundidad; además, aunque fue uno de los requisitos que integraba el estándar mínimo internacional defendido por los Estados desarrollados, este requisito no fue incorporado ni tuvo reflejo en las Resoluciones de la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas relativas a la soberanía permanente de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales —ni siquiera en la Res. n.º 1803 (xvii)—.

¿Qué es lo que implica esta obligación de no discriminación? En el marco de los tratados de inversión parece claro que esta obligación no debe ser equiparada a los estándares de trato nacional y de trato de nación más favorecida. Es posible sostener que este requisito ha evolucionado de una obligación de no llevar a cabo expropiaciones fundadas, de forma particular, en razones de nacionalidad, raza u origen nacional de los inversores, a una obligación más genérica que prohíbe toda acción arbitraria que sin legitimación justificada trate de forma desigual a los inversores. No obstante, no todo trato desigual debería entenderse como discriminatorio; cabría un trato distinto cuando el inversor expropiado se encuentre en una situación de desigualdad de hecho respecto a los demás extranjeros o los propios nacionales. Tal y como se ha dicho en la decisión del tribunal arbitral en el asunto *Goetz and others c/ Burundi*, «una discriminación supone un tratamiento diferenciado aplicado a personas que se encuentra en situaciones similares» (traducción libre). En definitiva, la prohibición de la discriminación no se refiere tanto al carácter desigual o diferente del trato, sino a su carácter arbitrario.

2.3. Respeto de los procedimientos legales debidos

No está claro hasta qué punto este requisito forma parte del Derecho internacional consuetudinario defendido por los Estados occidentales y si integra o no uno de los elementos que configuran el estándar mínimo

internacional. Parece más razonable situar el origen de esta condición en la práctica convencional de los Estados y, más concretamente, en los tratados de inversión. En este sentido, cabe destacar que ninguna de las resoluciones de la AG de las Naciones Unidas sobre el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, recoge una mención clara de este requisito.

Los tratados de inversión suelen prever expresamente la obligación de respetar el debido proceso legal en los supuestos de expropiación. Mediante la misma se pretende que el Estado respete ciertas garantías legales, evitando así, que la medida sea adoptada de forma arbitraria. Muchos tratados de inversión incorporan una disposición que reconoce al inversor expropiado el derecho a una revisión pronta de su caso, especialmente, con el fin de que pueda ser revisada la cuestión de la indemnización. Este derecho a una revisión pronta de la expropiación debe entenderse como una de las manifestaciones del principio del debido proceso legal, tal y como se puso claramente de relieve, por ejemplo, en el Proyecto del Acuerdo Multilateral del Inversiones (AMI) de la OCDE. No obstante, la cuestión del contenido preciso de esta obligación de respetar los procedimientos legales sigue siendo una cuestión difícil de resolver. Por una parte, no está claro si la obligación del debido proceso legal se refiere exclusivamente al respeto de las garantías legales previstas en el Derecho interno del Estado expropiante o si también abarca las garantías previstas en el Derecho internacional. Por otra parte, tampoco está claro si esta obligación se refiere únicamente a los aspectos procesales o si cubre, también, los elementos sustanciales de esa normativa.

2.4. *Compensación*

La obligación de compensar es una condición esencial de toda expropiación. La licitud de los actos y medidas de expropiación depende de que el inversor sea compensado por las pérdidas sufridas. A pesar de que hubo algunos Estados que, en épocas pasadas, negaron la existencia de cualquier obligación internacional de compensar al inversor afectado por un acto de expropiación o nacionalización, lo cierto es que en la práctica internacional, incluso en los supuestos de nacionalizaciones generalizadas, la solución ha venido casi siempre mediante el pago de una compensación, bien sea una indemnización completa, parcial, un pago en especie o un acuerdo de compensación global o *lump-sum agreement*.

Las distintas Resoluciones de la AG de las Naciones Unidas, relativas a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, adoptaron textos poco coincidentes en lo que respecta a la cuestión de la compensación: Así, la Resolución n.º 1803 (xvii) dice que en caso de expropiación, se debe pagar una indemnización «con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho internacional»; la Resolución n.º 3281 (xxix), por su parte, reconoce la obligación de pagar una compensación apropiada «teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas la circunstancias que el Estado considere pertinentes»; es decir, sin hacer ninguna referencia al Derecho internacional; por último, la Resolución n.º 3171 (xxviii) sólo habla de una «posible compensación», dejando en manos del Derecho interno del Estado el alcance de esa compensación e, incluso, la existencia misma de la obligación de compensar.

En la actualidad, no cabe duda de que los actos de expropiación deben ir acompañados de una compensación. Los tratados de inversión prevén sin excepción la obligación de compensar en supuestos de expropiación, nacionalización y medidas de efecto equivalente. Por su parte, también los ordenamientos jurídicos estatales –incluido el español– prevén la obligación de compensar en los supuestos de expropiación. En este sentido, por ejemplo, es posible afirmar que, en la actualidad, la obligación de compensar forma parte del orden público internacional español.

El aspecto más problemático de esta condición de licitud de las expropiaciones se refiere a la cuantía de la compensación. Efectivamente, la determinación del alcance de la compensación debida en supuestos de expropiación ha sido uno de los puntos más controvertidos del Derecho internacional general, donde han chocado con virulencia la posición de los Estados industrializados y la de los países en vías de desarrollo. Los Estados industrializados, desde hace muchos años atrás, han venido insistentemente defendiendo la existencia de una obligación que impone el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva (fórmula *Hull*). La compensación basada en esta fórmula *Hull* ha sido constantemente denunciada y criticada por los demás Estados. Atendiendo a la práctica estatal (especialmente, la práctica de los acuerdos de compensación global), las distintas resoluciones de la AG de las Naciones Unidas sobre la materia y los pronunciamientos de los tribunales internacionales, es posible afirmar que, a pesar de la insistencia de los Estados desarrollados, la exigencia de una compensación pronta, adecuada y efectiva, nunca llegó a formar parte del Derecho internacional general en aquella época.

Uno de los efectos más importantes de la irrupción de los tratados de inversión en el Derecho internacional ha sido la extensión y consolidación de la fórmula *Hull* como estándar de compensación en los casos de expropiación. En este sentido, la gran mayoría de los Appri celebrados por España, incorporan la obligación de pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

Los Appri españoles exigen, por tanto, que la indemnización sea «pronta» (algunos Appri utilizan términos como «rápida» o «inmediata», o expresiones como «sin demora injustificada» o «sin retraso injustificado»). Ello significa que el pago deberá ser inmediato, realizado en el tiempo necesario para cumplir con las formalidades. Cuando se dice que la indemnización debe ser «efectiva», ello supone que la misma debe ser realizada de tal forma que sea útil para el inversor, es decir, que éste pueda obtener el beneficio de la compensación de forma inmediata. En este sentido, muchos Appri disponen que la indemnización debe realizarse en «moneda convertible» y debe ser «libremente transferible», asegurándose así, la efectividad de la indemnización. Por último, en cuanto a la cuantía o el monto de la indemnización, la fórmula del triple estándar se refiere a una indemnización «adecuada». Siendo éste el aspecto más conflictivo de la fórmula *Hull*, los tratados de inversión facilitan la tarea de concretar lo que debe entenderse por adecuada. Según éstos una indemnización será adecuada cuando responda al «valor de mercado» o al «justo valor de mercado» de la inversión expropiada.

3. Consecuencias derivadas de la ilicitud de la expropiación

Las expropiaciones, sean lícitas o ilícitas, deben ir acompañadas de una compensación por los daños causados al inversor extranjero. Ahora bien, cabe preguntarse si esta compensación debe ser igual en ambos supuestos. La lógica sugiere que la forma de reparar el daño, tanto en el alcance como en la forma, debería ser distinta en los supuestos lícitos e ilícitos. En este sentido, la necesidad de distinguir las expropiaciones lícitas de las ilícitas fue puesta de relieve por la CPJI en el asunto de la *fábrica Chorzow*.

En opinión de la Corte, si las expropiaciones lícitas debían ir acompañadas de una indemnización justa, en los supuestos internacionalmente ilícitos, la restitución en especie resultaba ser una forma de reparación adecuada. De este modo, para la Corte, la consecuencia lógica de una expropiación ilícita era la restitución en especie, y en los casos en los que no fuera posible la restitución, la reparación debería realizarse a través de la suma correspondiente al valor que tendría la restitución (en la misma línea la decisión arbitral en el asunto *Topco c/ República Árabe de Libia*). El objetivo de la restitución es, según éste, el restablecimiento de la situación que existiría si el acto ilegal no se hubiera cometido. El proyecto de artículos de la CDI *sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) confirma el principio general enunciado por la CPJI, en el caso de la *fábrica de Chorzow*, y reconoce en los supuestos ilícitos, en línea de principio, la primacía de la reparación a través de la *restitutio in integrum* respecto a la indemnización (arts. 36 y 37).

No obstante, la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales internacionales han puesto de relieve que la restitución no es un remedio apropiado en los supuestos de expropiación; el pago de indemnizaciones constituye la forma más corriente de reparación. Por tanto, la *restitutio in integrum* puede considerarse una forma de reparación válida en el Derecho internacional general, aunque de difícil ejecución y de una obligatoriedad dudosa en el ámbito más concreto de las expropiaciones de los bienes extranjeros (*vid. Mr. Franck Charles Arif c/ República de Moldavia*, caso Ciadi n.º ARB/11/23, laudo de 8 de abril de 2013).

La indemnización es, por tanto, la fórmula habitual para reparar el daño causado con ocasión de una expropiación, sea ésta lícita o no. Ahora bien, esta indemnización debería ser distinta en los dos supuestos. La indemnización de las expropiaciones ilícitas debería abarcar el *damnum emergens* y el *lucrum cessans* de la inversión. Por su parte, en los casos de expropiaciones lícitas, esta indemnización deberá ser «adecuada» (fórmula *Hull* y criterio habitual de los tratados de inversión, que se identifica con el valor de mercado de la inversión), «apropiada» (Resolución n.º 1803 (xvii) de la AG de las Naciones Unidas) o «justa» (CPJI en el asunto *fábrica Chorzow*), conceptos indeterminados cuyo alcance, no siendo cierto, debería ser distinto al exigido en los casos de expropiaciones ilícitas.

(Autor: Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga. Profesor agregado de Derecho internacional público en la Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ESPADA RAMOS, M.L. *Nacionalización y compensación en los contratos de Estado*. Madrid: La Ley, 1989. FOIGHÉL, I. *Nationalization and Compensation*. Londres: Stevens & Sons, 1964. FRIEDMAN, S. *Expropriation in International Law*. Londres: Stevens & Sons, 1953. FRIGO, M. *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*. Milán: Giuffrè, 2000. IURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. *Arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Barcelona: Bosch, 2010. REINISCH, A. «Legality of Expropriations». En *Standards of Investment Protection*. REINISCH, A. (ed.). Nueva

York: Oxford University Press, 2008, pp. 171-204. SORNARAJAH M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 2.^a ed. UNCTAD. «Taking of property». *Unctad Series on Issues in International Investment Agreements*. Naciones Unidas, 2000, en <http://www.unctad.org/>. UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Nueva York: Naciones Unidas, 1998. UNCTAD. «Expropriation». *Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II*. Nueva York: Naciones Unidas, 2012, en <http://www.unctad.org/>. VERWEY, W.D. y N.J. SCHRIJVER. «The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective». *NYIL*, vol. 15, 1984, pp. 3-93. WHITE, G. *Nationalisation of foreign property*. Londres: Stevens and Sons, 1961.

VOCABLOS CONEXOS: Expropiación (a la luz del Derecho internacional). Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones. Utilidad pública (en expropiación). *Lump-sum agreements*.

EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL A TERCEROS NO FIRMANTES

El convenio arbitral es una cláusula de naturaleza contractual, en cuya virtud las partes deciden que las controversias existentes o potenciales, dimanantes de una determinada relación jurídica, sean resueltas por uno o varios árbitros.

En tanto que obligación de naturaleza contractual, los efectos del convenio arbitral se restringen a las partes que han otorgado su consentimiento para quedar vinculados por el mismo, en virtud del principio de relatividad de los contratos. Además, la mayoría de convenios arbitrales están insertos, literalmente o por referencia, en contratos, y comparten partes con éste, con lo que las partes vinculadas por el contrato lo son, asimismo, por el convenio arbitral. El consentimiento para quedar sometido al arbitraje es, de este modo, consustancial a la institución del arbitraje y requisito indispensable.

No obstante, el principio de relatividad de los contratos en el ámbito del arbitraje no debe interpretarse, en todo caso, de forma estricta, pues ello representaría un límite insalvable a la eficacia del convenio arbitral y de la institución misma del arbitraje en el ámbito comercial contemporáneo, en el que, frecuentemente, intervienen terceros que no han suscrito expresamente la cláusula arbitral, ya sea del grupo empresarial de una de las partes de la relación jurídica; o terceros que suscribieron contratos conexos o accesorios; o que se subrogan en la posición del firmante, por poner algunos ejemplos habituales.

De este modo, para salvaguardar el arbitraje, los tribunales tienden a interpretar en ocasiones que terceros no firmantes del contrato que contiene el convenio, puedan quedar vinculados por el mismo, por derivar el consentimiento de hechos distintos a la firma. La decisión acerca de la extensión o no a terceros debe adoptarse de forma cuidadosa, ponderando, por un lado, el principio de relatividad de los contratos y, por el otro, el riesgo de dividir la continenencia de la causa y obtener sentencias y laudos potencialmente incompatibles en caso de entender que una parte queda vinculada y la otra no, cuando los hechos objeto de la litis son los mismos.

A continuación, describimos sucintamente supuestos frecuentes en el ámbito comercial en los que se plantea la extensión de la eficacia de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. Cabe destacar que los tribunales tienden a adoptar decisiones de forma casuística, sin que quepa establecer una solución unitaria.

1. Subrogación de un tercero en la posición del firmante del convenio

En virtud de la subrogación, un tercero pasa a ocupar la posición jurídica del subrogado en una relación jurídica, adquiriendo sus derechos y obligaciones. De haber suscrito el subrogado un contrato con convenio arbitral, cabe plantearse si el tercero queda vinculado por la cláusula.

En el ámbito de los seguros se suscita esta cuestión con frecuencia, cuando la parte que ha suscrito un contrato con cláusula arbitral ha tomado un seguro y sufre un daño en el marco del contrato cubierto por dicho seguro. Si una vez sufrido el daño, la compañía aseguradora sufraga la indemnización, en virtud de la póliza, y ejercita los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, los tribunales debieran aceptar la validez del convenio arbitral frente al subrogado.

En el marco de sucesión universal por fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos, en el que, por lo general, existe una transmisión global de todas las relaciones jurídicas de la entidad escindida o absorbida, la adquirente debería quedar subrogada en dichas relaciones jurídicas.

2. *Pluralidad de contratos y de partes*

En el ámbito comercial, frecuentemente, se suscita la cuestión de si una cláusula arbitral contenida en un contrato que afecta a un tercero que no es parte, pero sí que lo es de otro contrato vinculado en el que, además, asume obligaciones, vincula a dicho tercero. Por lo general, el tercero asume la posición de garante de las obligaciones de una de las partes del contrato que contiene la cláusula o, en contratos de compraventa de empresas, asume obligaciones como depositante del precio variable de la misma. En el contrato accesorio suelen constar como partes también las del contrato principal.

Las dudas aparecen cuando el contrato en el que se regulan las obligaciones relativas a la garantía o al depósito tiene una cláusula arbitral incompatible, no tiene cláusula arbitral o tiene una cláusula que somete las controversias a la jurisdicción ordinaria.

Conviene tener presente varias circunstancias a la hora de evaluar la extensión a terceros, entre las que destaca la compatibilidad de las cláusulas y la posición concreta y el interés que tiene el tercero no firmante en el pleito. Si el contrato accesorio carece de convenio arbitral, pero también de cláusula de sometimiento a tribunales, la solución más adecuada parecería la extensión, por la accesoriadad y vinculación de los contratos; si, por el contrario, el contrato accesorio contuviera cláusula de sometimiento a tribunales, habría que analizar en detalle el papel del tercero, y sólo en caso de que sus derechos y obligaciones no se vieran afectados de forma sustancial (por ejemplo, el tercero se allana a la demanda), se impondría la extensión.

3. *Grupo de empresas*

Se ha suscitado, asimismo, si el convenio arbitral contenido en un contrato suscrito por una empresa vinculada a las entidades del mismo grupo, con personalidad jurídica diferente, que no suscribieron el contrato ni la cláusula, pero que han tenido algún grado de participación en el contrato afectado por la cláusula, ya sea en la negociación o en la ejecución.

La solución pasa por analizar los hechos concretos del caso y, en concreto, si cabe deducir una aceptación tácita del arbitraje por el resto de empresas del grupo que permita aplicarles el convenio, como participación en la negociación o ejecución del contrato, o existan evidencias de que las firmantes la representaban de uno u otro modo.

El planteamiento a favor de la extensión debe ser restrictivo, pues en la negociación de contratos de esta naturaleza, las partes suelen estar asesoradas y escogen una determinada estructura conscientemente. La extensión de forma genérica comportaría ignorar la voluntad real de las partes.

4. *Convenio arbitral incluido en los estatutos sociales*

También suscita controversias el alcance de un convenio arbitral incluido en los estatutos sociales de una compañía, en cuya virtud las disputas entre sus socios o administradores, la impugnación de acuerdos sociales, inclusive, se someten a arbitraje.

La arbitrabilidad de la normativa societaria se ha aceptado, pues su carácter imperativo, en muchas jurisdicciones, no impide su carácter negocial. Conviene plantearse la eficacia del convenio arbitral contenido en los estatutos de una sociedad respecto de los socios que se incorporan al capital de la misma y la conclusión debe ser positiva, pues el consentimiento abarca el convenio.

No obstante, para el caso de que haya una modificación de los estatutos sociales en virtud de la que se incorpore un convenio arbitral, puede optarse por una posición maximalista consistente en que el convenio estatutario vincula a todos los socios, también los futuros; que sólo los socios que han dado su consentimiento se vean afectados; o se requiera la unanimidad para su inclusión. La opción más favorable al arbitraje sería la primera, modulando sus efectos otorgando un derecho de separación a los socios disidentes.

(Autor: Víctor Manuel Sánchez Álvarez.
Abogado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HANOTIAU y BERNARD. «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contract-Parties-Issues. An analysis». En *Journal of International Arbitration*, 2001, vol. 18, n.º 2. ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex, 1997. VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2009. PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*.

Navarra: Aranzadi, 2005. AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. A Coruña: Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. *Multiparty and multicontract arbitration*. Subrogación de las partes (en el procedimiento arbitral).

EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Como todo contrato, la cláusula arbitral puede perder su validez y sus efectos por sobrevenir una causa de extinción. Por dos razones principales esta hipótesis es de rara ocurrencia. En primer lugar, porque la eficacia de una cláusula arbitral no se agota por su mera activación y ejecución, es decir, por el inicio de un arbitraje y la eventual emisión de un laudo en virtud de la misma. En segundo término, porque es pacífico que la validez y la expiración de la cláusula arbitral es independiente a la terminación del contrato que la contiene o al que hace referencia. Esto último encuentra su fuente en el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, así como en la función inherente a toda cláusula arbitral de resolver controversias entre las partes del contrato, todavía cuando los derechos y obligaciones surgidos bajo el mismo, se hayan extinguido o consumado. En consecuencia, el convenio arbitral sólo se extingue por las causas que le son propias. A estas conclusiones mayoritarias han llegado los tribunales estatales y arbitrales, tanto del sistema continental como del *common law*.

De esta forma, si el contrato principal llega a término por realización de su objeto, novación, transacción o mutuo disenso, ello no va a afectar la cláusula arbitral, incluso en el caso de que las disputas surjan con posterioridad a la ocurrencia de alguna de las causas de extinción del contrato principal, a menos que las partes acuerden lo contrario; es decir, que la extinción del este último conlleve también el término de la cláusula arbitral. La nulidad del contrato principal tampoco mermará la eficacia de la cláusula arbitral, salvo si el vicio afectare directamente también a esta última, en cuyo caso, cabrá al o a los árbitros que conozcan de la controversia; y, en ejercicio del principio competencia-competencia, declarar también la nulidad de la cláusula arbitral.

Las causales de expiración que afectan directamente a la cláusula arbitral son la nulidad del convenio y la renuncia conjunta o mutuo disenso respecto al convenio arbitral, ya sea de forma expresa o tácita. Ejemplo recurrente de renuncia implícita, es la prórroga de competencia que confirma aquella parte de un convenio arbitral que, demandada por la otra ante la justicia ordinaria, no objeta la competencia de éste a favor del arbitraje, sino que responde sobre el fondo del asunto y, posteriormente, reconoce la eventual sentencia. Se discute si una demanda de fondo ante la justicia ordinaria, debe considerarse como renuncia del actor al beneficio de la cláusula arbitral. En algunas jurisdicciones, como la francesa, la respuesta es afirmativa. En otras, como la alemana o suiza, sólo se entiende que hay renuncia respecto del litigio planteado en la demanda. Sin embargo, no hay renuncia implícita al arbitraje, ni por el demandante ni por el demandado, si la acción tiene como único objeto obtener una medida provisional, o si la disputa versa sobre materias no amparadas por el convenio arbitral. No es cuestión pacífica la posibilidad de renuncia unilateral de una cláusula arbitral. En Derecho alemán se acepta en casos de «justo motivo», como la incapacidad material de una parte de soportar los costos de un arbitraje o frente al comportamiento dilatorio de la contraparte durante el proceso.

Por último, la abrumadora mayoría de la doctrina sostiene que la determinación de la validez, eficacia o existencia de la cláusula arbitral compete al tribunal arbitral, al abrigo del principio de competencia-competencia.

(Autor: John Adam. Latham & Watkins, París).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer International Law. 2009. GAILLARD, E. y J. SAVAGE, (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999. POUDRET, Jean François y Sébastien BESSON. *Droit compare de l'arbitrage international*. Bruylant: L.G.D.H., 2002.

EXTRALIMITACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. Definición

Nuestra Real Academia Española, define en su *Diccionario de la Lengua*, la «extralimitación» como la acción y el efecto de extralimitarse. Por su parte, «extralimitarse» viene definido por ese mismo diccionario como excederse en el uso de facultades o atribuciones.

Si lo aplicamos a un laudo arbitral, podemos considerar la extralimitación del mismo como la resolución, por parte del árbitro designado, de cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, excediéndose, por tanto, en el ejercicio de sus funciones.

Sentada la anterior definición, pasamos a continuación, a analizar someramente los supuestos de extralimitación del laudo existentes en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, para abordar seguidamente la novedad introducida sobre este particular con la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Solamente después pasaremos a comentar dicha novedad.

2. La extralimitación del laudo en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje

La extralimitación del laudo en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje se ha abordado —siempre y hasta la reciente reforma a que seguidamente nos referiremos— desde el art. 41, cuando la ley enuncia los diversos motivos que pueden dar lugar a una acción de anulación del laudo arbitral.

Así, bajo los apartados c) y d) del ordinal primero de dicho precepto, se permite a la parte interesada solicitar la anulación del laudo cuando alegue y pruebe:

- (i) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión;
- (ii) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Vaya por delante la circunstancia de que el contenido y alcance de lo anterior no se ha visto para nada modificado por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la administración del Estado.

Por ello, la existencia de estos dos motivos de ataque a una eventual extralimitación del laudo, continúan amparando en la actualidad el ejercicio de la acción de anulación, pretendiendo obtener —en caso de concurrir y siempre que se pueda alegar y probar como dice la ley— una nulidad del laudo.

Por su parte, doctrina y jurisprudencia han tenido ya ocasión de delimitar adecuada y profundamente estos dos motivos de anulación del laudo, en los términos que seguidamente tratamos.

Así, por un lado, el árbitro resuelve sobre *cuestiones no sometidas a su decisión* cuando se resuelve sobre una pretensión no formulada por el reclamante o solicitante de arbitraje, como manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de octubre de 2012 (RJ\2012\11173).

O formulado *a sensu contrario*, no concurre cuando el objeto del laudo se corresponde exactamente con la pretensión deducida y se limita escrupulosamente a ella, como afirma, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León y Burgos, de 9 de octubre de 2012 (AC\2012\1389).

Por otro lado, los árbitros se pueden extralimitar también cuando resuelven sobre *cuestiones no susceptibles de arbitraje*. Este motivo para pretender la anulación está íntimamente ligado con lo que sobre este particular recoge el art. 2, en su apartado primero, de la Ley de Arbitraje, cuando manifiesta que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, conforme a derecho.

Parece obvio, por tanto, que si un árbitro en uso de sus competencias entra a resolver y decidir en su laudo sobre materias que no son de libre disposición de las partes contendientes, estará sin duda incurriendo en un motivo de nulidad de tal entidad que puede ser denunciado por las partes mediante el ejercicio, en tiempo y forma, de la oportuna acción de anulación del laudo.

Como hemos anticipado, todo lo anterior ha sido ya profundamente tratado y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, razón por la que el análisis y estudio de esta voz no pretende entrar en profundidad sobre estos dos motivos de anulación del laudo, sino que la alusión a los mismos aparece como precedente de obligada referencia, por lo que a continuación se verá.

Y es que la reforma operada por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, sí ha introducido importantes novedades en relación con la extralimitación del laudo. Nos referimos al hecho de que ahora, con la adición del motivo d) al apartado primero del art. 39, se introduce la posibilidad de que las partes puedan

solicitar del árbitro, la rectificación de la extralimitación del laudo con carácter previo al ejercicio de la acción de anulación.

Por ello, solamente habiendo analizado lo anterior, podremos tratar de comprender qué motivos han llevado al legislador de 2011 a introducir como novedad, la posibilidad de rectificar la extralimitación del laudo por vía del art. 39; es decir, como una posibilidad más junto con la corrección, aclaración y complemento del laudo.

3. *La extralimitación del laudo tras la reforma operada en la Ley de Arbitraje por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración del Estado*

Como hemos anticipado, el legislador del 2011 ha introducido con esta reforma la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar del árbitro la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

En efecto, con esta adición, el art. 39 ha quedado ahora redactado de la siguiente forma:

Art. 39.- Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo

1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:
 - a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
 - b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
 - c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.
 - d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Con la redacción anterior, dicho artículo se agotaba en el apartado c); pues, solamente regulaba la posible solicitud al árbitro de la corrección, aclaración y complemento del laudo.

Conviene poner de relieve, llegados a este punto, que en el proyecto de ley la nueva regulación de la posible rectificación de la extralimitación del laudo, no coincidía ni en su redacción, ni en su posición sistemática con el redactado; sin embargo, finalmente ha quedado escrito dándole ese enfoque.

A nivel de redacción, el proyecto de ley recogía lo siguiente:

Quando la causa de la acción se encuentre en la extralimitación parcial del laudo, antes del ejercicio de la misma se solicitará al árbitro, en el plazo de diez días desde su notificación, que corrija el exceso. El árbitro remitirá a las demás partes la petición en el plazo de dos días, concediéndoles cinco días para que aleguen lo que consideren oportuno y decidirá lo que proceda en el plazo máximo de tres días.

Por lo que se refiere a su posición sistemática, el proyecto de ley contemplaba esa regulación introduciendo al art. 40, apartado 2, el contenido arriba transcrito. Esa posición inicial no era cuestión baladí, pues significaba que dicha regulación se introducía bajo el Título VII de la Ley de Arbitraje, que lleva por título «de la anulación y de la revisión del laudo».

Ello, no obstante y como hemos ya adelantado, dicha previsión acabó situándose finalmente como un nuevo apartado d) del art. 39, es decir, dentro del último artículo del Título VI titulado «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones».

La razón de ser de dicho cambio sistemático y de contenido, hay que buscarla en el trámite parlamentario, donde fue cuestionada su ubicación y contenido por las enmiendas n.º 27 (del Grupo Parlamentario Popular) y la n.º 60 (Grupo Parlamentario Socialista).

El resultado de dichas enmiendas fue que prosperó la n.º 60, razón por la que se acogió en el texto definitivo de la ley, como nuevo apartado d) del art. 39, dentro del último artículo del Título VI.

Por tanto, la introducción por el legislador del 2011, de la posibilidad de las partes de solicitar la rectificación de una posible extralimitación parcial del laudo, permite al árbitro, en su caso, percatarse de que po-

dría haber resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, y proceder, si así lo considera, a enmendarlo mediante la emisión de una rectificación.

Precisamente, por ese motivo, el preámbulo II del texto definitivo de la Ley n.º 11/2011, cuando se refiere a esta concreta reforma, habla del establecimiento de un «remedio específico» para poder rectificar la extralimitación parcial del laudo, o lo que es lo mismo, una forma de evitar un posible daño que antes solamente podía tratar de corregirse ejercitando una acción de anulación.

Con esta novedad se abre una nueva ventana a las partes para poder solicitar; y, en su caso, poder obtener la rectificación por parte del árbitro, liberándose así las partes de tener que recurrir necesariamente a una acción de anulación, con todo lo que ello implica.

4. Procedimiento para la rectificación de la extralimitación del laudo en sede arbitral

Dejamos de lado en este punto el procedimiento propio que, a tal fin, se configura por el art. 42 de la Ley de Arbitraje, en sede de acción de anulación del laudo arbitral del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, donde se hubiere dictado, para centrarnos en el procedimiento aplicable al nuevo apartado d) del art. 39 de la Ley de Arbitraje.

En este sentido, debemos manifestar que, para solicitar la rectificación de una posible extralimitación del laudo, hay que seguir el mismo procedimiento que a tal fin ya venía configurado en la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, para la solicitud de corrección, aclaración y complemento.

Es decir, según establece el art. 39, apartados 1 y 2, cualquiera de las partes, con notificación a las demás, podrá pedir del árbitro la rectificación por extralimitación dentro de los diez días siguientes a aquél en que le sea notificado el laudo.

Tras dicha solicitud, y previa audiencia de las demás partes, el árbitro resolverá sobre la rectificación de la extralimitación en el plazo de veinte días. Conviene aquí llamar la atención sobre el hecho de que, considerando, sin duda, el legislador, que dicha solicitud puede revestir mayor complejidad que la mera solicitud de la corrección de errores o que la solicitud de aclaración —a las que concede solamente un plazo de diez días para que el árbitro pueda resolver—, le ha otorgado a esta solicitud el mismo plazo de veinte días que el previsto para resolver la solicitud de complemento, concediendo, por tanto, un plazo más holgado.

Es así que vemos cómo se aprovecha el trámite procedimental que ya se había configurado con la Ley de Arbitraje del 2003 para la solicitud de corrección, aclaración y complemento, por lo que ninguna particularidad adicional debemos tener en cuenta.

5. Comentario

Cabe preguntarse, llegados a este punto, qué es lo que pretendía el legislador del 2011 con la introducción de este apartado relativo a poder obtener la rectificación de una posible extralimitación del laudo, con carácter previo al ejercicio de una acción de anulación.

Y la respuesta, consideramos que viene dada por dos palabras contenidas en la exposición de motivos, y a las cuales nos hemos referido en estas líneas, y son las siguientes: «remedio específico».

«Remedio específico» entendido como la introducción de una última oportunidad para que el árbitro pueda advertir; y, en su caso, corregir mediante un laudo de rectificación, una extralimitación por haber resuelto cuestiones no sometidas a su decisión o por haber resuelto sobre materias no susceptibles de arbitraje.

En consecuencia, se otorga a las partes que han intervenido en el arbitraje, siguiendo el procedimiento al que ya nos hemos referido, la posibilidad de someter a consideración del árbitro, la posible extralimitación por su parte en el laudo.

Lo anterior se configura, por lo tanto, como una suerte de recurso de reposición del que conoce el mismo órgano que ha emitido el laudo, y que permite rectificar, adelantando el control a un momento previo y evitando tener que recurrir necesariamente, en caso de existir extralimitación, al ejercicio de la acción de anulación.

Y en el caso de prosperar dicha solicitud, obligaría al árbitro a emitir un laudo de rectificación en que, corrigiendo aquello en que se ha sobrepasado —cuestiones no sometidas a su decisión o no arbitrables— se conservaría aquello en que el laudo sí se ajusta a lo pedido por las partes sobre materias disponibles.

A nuestro modo de ver, la novedad introducida se ajusta al espíritu de lo pretendido por las partes que han acudido a un arbitraje. Nos referimos a la posibilidad de acceder a un medio alternativo de resolución de conflictos sin necesidad de tener que acudir, finalmente, al orden jurisdiccional civil.

Así, si con el uso de este mecanismo el árbitro rectifica, y las partes lo consideran suficiente, se evitará el recurso a la acción de anulación del laudo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que sea, finalizando, por tanto, la contienda entre las partes, en el seno del órgano arbitral por el que han optado.

Y esto, hasta la reforma del año 2011 no era posible. Ante un laudo viciado de extralimitación, solamente se podía recurrir a la acción de anulación, razón por la cual consideramos de buena lógica el que se obtenga un pronunciamiento completo y que pueda satisfacer a las partes en sede arbitral, algo que hasta ahora no era posible, en caso de adolecer el laudo de la extralimitación a que nos venimos refiriendo.

Cabe preguntarnos, por último, si debemos entender esta nueva posibilidad como un requisito de procedibilidad. Es decir, si es imprescindible pasar por este trámite frente al árbitro como una suerte de *conditio sine qua non* para poder ejercitar posteriormente la acción de anulación por idénticos motivos.

Por nuestra parte, entendemos que sí, pues sin duda este trámite se configura para poder sanar el laudo por el propio árbitro, sin necesidad de acudir a la acción de anulación frente al Tribunal Superior de Justicia competente.

Ningún sentido creemos tendría no denunciar una infracción de semejante magnitud en sede arbitral y reservar su alegación para un momento posterior, ejercitando a tal fin una acción de anulación.

Nuevamente, tendrán que ser nuestros tribunales los que nos den la respuesta definitiva.

(Autor: Luis Carlos Cordón Procter. Abogado socio del área contenciosa Cases & Lacambra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARBERÍ LLOBREGAT, J. y otros. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*, de Arbitraje. Barcelona: Bosch. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro y otros. *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*. Madrid: La Ley. BARONA VILAR, Silvia y otros. *Comentarios a la Ley de Arbitraje, tras la reforma de la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011*. Madrid: Civitas.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo arbitral. Corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo. Acción de anulación.

ENCICLOPEDIA DEL ARBITRAJE
PRIMERA PARTE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ