

# **EL ARBITRAJE EN LAS DISTINTAS AREAS DEL DERECHO**



*Volumen 4*

Biblioteca  
de Arbitraje

## *Arbitraje*

# **El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho**

Segunda Parte

Director  
Jorge Luis Collantes González

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima, 2007

EL ARBITRAJE

EN LAS DISTINTAS ÁREAS DEL DERECHO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Noviembre 2007

Tiraje: 1000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, 2007

© Palestra Editoriales S.A.C., 2007

Diseño de Cubierta: Iván Larco

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

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

ISSN: 1996-8620

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO 13.</b><br><b>EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO MARÍTIMO.</b><br><b>Dra. Bárbara de la Vega Justribó</b><br><b>(Universidad Carlos III de Madrid).</b>                                                                                                                                          | <b>11</b>  |
| <b>CAPÍTULO 14.</b><br><b>ARBITRAJE Y DERECHO DE FAMILIA</b><br><b>Dra. Isabel Viola Demestre</b><br><b>(Universidad de Barcelona).</b>                                                                                                                                                             | <b>43</b>  |
| <b>CAPÍTULO 15.</b><br><b>ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES:</b><br><b>EL ARBITRAJE DE TESTAMENTOS</b><br><b>Dra. Fátima Yañez Vivero</b><br><b>(Universidad Nacional de Educación a Distancia).</b>                                                                                                | <b>75</b>  |
| <b>CAPÍTULO 16.</b><br><b>ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO</b><br><b>Dra. Aránzazu Roldán Martínez</b><br><b>(Universidad Europea de Madrid).</b>                                                                                                                                                      | <b>113</b> |
| <b>CAPÍTULO 17.</b><br><b>ARBITRAJE Y DERECHO LABORAL:</b><br><b>PUNTOS CONFLICTIVOS DEL ARBITRAJE EN MATERIA</b><br><b>ELECTORAL Y DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO</b><br><b>(DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA)</b><br><b>Dra. Marta Arroyo González</b><br><b>(Universidad Europea de Madrid).</b> | <b>151</b> |

## **CAPÍTULO 18.**

### **ARBITRAJE Y DERECHO INMOBILIARIO:**

LOS PROCESOS ARRENDATICIOS, EN CONCRETO,  
LOS RELATIVOS A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO,  
AL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO, Y LA SUMISIÓN  
A TRIBUNALES ARBITRALES

187

**Dra. Sol González Seoane**  
(Universidad San Pablo-CEU).

## **2. PARTE IV. EL ARBITRAJE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y EL ENTORNO JURÍDICO DE NUESTROS DÍAS**

## **CAPÍTULO 19.**

### **ARBITRAJE Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

223

**Lic. Jorge Luis Collantes González**  
(Universidad Internacional de Cataluña).

## **CAPÍTULO 20.**

### **ARBITRAJE Y DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL**

(A PROPÓSITO DE LOS PROBLEMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO) 245

**Dra. Lidia Moreno Blesa**  
(Universidad Europea de Madrid).

## **CAPÍTULO 21.**

### **ARBITRAJE Y DERECHO COMUNITARIO EUROPEO**

(A PROPÓSITO DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS  
EN EL MARCO DE ORDENAMIENTOS SUPRANACIONALES  
EN MERCADOS ÚNICOS)

287

**Dra. Cristina Hermida del Llano**  
(Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

## **CAPÍTULO 22.**

### **ARBITRAJE Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES**

323

**LLM. Nicolás Zambrana Tévar** (Universidad de Navarra).

|                                                                                                                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <p><b>CAPÍTULO 23.</b><br/> <b>EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES:</b><br/> <b>LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES</b><br/> <b>Dra. Carmen Parra</b><br/> <b>(Universidad Abat Oliba de Barcelona).</b></p> | 363 |
| <p><b>CAPÍTULO 24.</b><br/> <b>EL SISTEMA ARBITRAL DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO</b><br/> <b>DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)</b><br/> <b>LLM. Pedro Claros Alegría</b><br/> <b>(Cuatrecasas Abogados).</b></p>        | 409 |
| <p><b>CAPÍTULO 25.</b><br/> <b>EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL</b><br/> <b>DE COMERCIO</b><br/> <b>Dra. Esther López Barrero</b><br/> <b>(Universidad Politécnica de Madrid).</b></p>                                  | 473 |
| <p><b>Los autores</b></p>                                                                                                                                                                                                                  | 513 |





## CAPÍTULO 13

EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

Bárbara de la Vega Justribó



## Capítulo 13

### EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

Bárbara de la Vega Justribó

I. Introducción.— II. Materias objeto del arbitraje marítimo.— III. Fuentes del arbitraje marítimo.— IV. Las Reglas de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio Internacional y el Comité Marítimo Internacional.— V. Arbitraje marítimo internacional celebrado en Londres. VI. Interpretación jurisprudencial de los requisitos de validez de las cláusulas de arbitraje marítimo.— VII. Conclusión.

#### I. INTRODUCCIÓN

La presente obra colectiva pone de manifiesto que el arbitraje es el método de solución extrajudicial de controversias de carácter internacional de mayor utilización en el ámbito empresarial, dadas las notas características que lo diferencian del procedimiento de carácter judicial. Estas notas son: mayor rapidez y menor coste económico, simplicidad y escaso formalismo, posibilidad de seleccionar como árbitros a personas con formación específica en una determinada área de conocimiento y mayor privacidad y reserva para las partes.<sup>1</sup>

Superadas algunas reticencias históricas, en la actualidad los arbitrajes marítimos son universalmente aceptados en todos los ordenamientos jurídicos, por diversos que resulten sus sistemas. Lejos

<sup>1</sup> En relación al arbitraje en el ámbito empresarial, Verdura y Tuells, «Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial». En Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. X, 1994, pp. 137 y ss.

<sup>2</sup> Entre las escasas publicaciones que se refieren al arbitraje marítimo en España,

de ser una excepción en el desarrollo de la institución arbitral, desde antiguo la materia marítima requiere, quizá más que ninguna otra, de las soluciones arbitrales, sobre todo en la práctica internacional. A pesar de la importancia práctica de esta materia, la doctrina española le ha dedicado una escasa atención siendo pocos los estudios publicados al respecto.<sup>2</sup>

## II. MATERIAS OBJETO DEL ARBITRAJE MARÍTIMO

El recurso al arbitraje marítimo es común en la resolución de reclamaciones como las derivadas de asistencia y salvamento marítimo, de abordajes u otros accidentes de la navegación. En el ámbito internacional, la práctica a la hora de resolver las reclamaciones por asistencia derivadas de la prestación de salvamento marítimo ha sido tradicionalmente el recurso al arbitraje encomendado al Comité del Lloyd's en Londres. De tal modo que se afirma que el contrato tipo de salvamento más que un contrato sustantivo constituye en realidad un complejo «acuerdo arbitral preventivo».<sup>3</sup> El citado contrato tipo de salvamento fue redactado en 1908 y ha sufrido varias modificaciones siendo la última de 2000.

---

hay que citar, además de los manuales generales sobre Derecho marítimo, a González-Lebrero, *Procedimientos marítimos*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, n.º 19, Colex, Madrid, 1996, que en el último capítulo ofrece una exposición general de la materia. Entre los artículos publicados destacan, Álvarez Rubio, «Arbitraje marítimo y criterios de selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector del transporte». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, pp. 55-87; en relación a las medidas cautelares en el seno del procedimiento arbitral, Marina Martínez-Pardo, «El arbitraje marítimo en España. La función juzgadora de árbitro y el auxilio del órgano judicial». En *Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo*, n.º 3, 1984, pp. 53-64; Ruiz-Gálvez y López de Obregón, «El arbitraje de Derecho privado en el estado actual de la doctrina y de la práctica marítimas». En *Revista Española de Derecho Marítimo*, fasc. III, 1968, p. 133; Ramos Méndez, «Arbitraje marítimo internacional: Confirmación de la doctrina jurisprudencial». En *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. III, pp. 988-994.

<sup>3</sup> GABALDÓN GARCÍA Y RUIZ SOROA. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, 2006, p. 957.

<sup>4</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo Internacional, hecho en Hamburgo el 31 de marzo de 1978.

Interesa destacar la simbiosis constante entre las sucesivas versiones del contrato tipo de salvamento y la normativa uniforme que regula la materia, ya que ambas han marchado en un proceso de interacción constante, de forma que muchas de las innovaciones que incorpora la última versión del contrato tipo de salvamento de 2000, mediante la cláusula Convenio internacional de salvamento de 1989, estaban anticipadas en el contrato tipo de salvamento de 1980. En la actualidad, todo el citado Convenio de 1989 es de elección de ley aplicable al contrato (cláusula J), lo que supone una sustancial igualdad de la regulación contractual y la legal, salvo algunas excepciones.

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 al arbitraje marítimo 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, hay que tener en cuenta que el arbitraje no puede utilizarse como medio para escapar a la aplicación de normas imperativas en el sector de que se trate. Por este motivo habrá que respetar el contenido de determinados 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.

Un estudio global del arbitraje marítimo requeriría completar el planteamiento general del mismo, objeto de este trabajo, con la revisión de los concretos sectores del Derecho marítimo que se someten

a arbitraje y de las pólizas que los rigen (fletamentos y transportes, salvamento, etc.). Sin embargo, las consabidas razones de limitación de la extensión, obligan a abordar dicho estudio complementario en otra publicación. En este artículo nos limitaremos a plantear algunas cuestiones relevantes relativas al arbitraje marítimo.

### III. FUENTES DEL ARBITRAJE MARÍTIMO

Atendiendo al aspecto de la regulación, el arbitraje marítimo no presenta especialidad alguna, por lo que es preciso partir del estudio de las normas específicas sobre arbitraje en general. Esta ausencia de regulación específica del arbitraje marítimo se constata tanto en el plano interno como en el internacional, dada la falta de una regulación uniforme al respecto. Por recoger las únicas normas relativas al arbitraje en materia de transporte marítimo internacional, hay que citar las Reglas de Hamburgo de 1978,<sup>4</sup> reguladoras del transporte marítimo internacional que, si bien han influido en la reforma del Derecho de la navegación marítima interno<sup>5</sup> e internacional y contado con las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor, ofrecen una parca e incompleta regulación del arbitraje. El artículo 21 y el siguiente de las Reglas de Hamburgo regulan el arbitraje al referirse a las cláusulas insertas en las charter-parties que se han incorporado a un conocimiento de embarque.

Una particularidad del arbitraje marítimo radica en 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 New York o la Chambre Arbitral Maritime de Paris, entre otras. Todas ellas son instituciones que se caracterizan por

---

<sup>5</sup> La influencia de las Reglas de Hamburgo se ha sentido en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima.

<sup>6</sup> En relación al problema del forum shopping en el ámbito del arbitraje marítimo, Ros Sopranis, «Arbitraje extranjero y medidas cautelares en España: Forum Shopper's Paradise». En *Anuario de Derecho Marítimo*, 1987, pp. 209-234.

administrar los arbitrajes que se les encomienden conforme a unas reglas de procedimiento ágiles y operativas.

Existen también 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 todo caso, y con el fin de evitar la práctica del *forum shopping*<sup>6</sup> y sus efectos perjudiciales, el Comité Marítimo Internacional y UNCITRAL siguen trabajando en un texto que unifique, en el ámbito del transporte marítimo, unas reglas específicas de arbitraje marítimo.

En el ámbito interno español la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,<sup>7</sup> que sustituyó a la anterior Ley de Arbitraje de 1988, fomenta la resolución arbitral de la controversia, reforzando y agilizando especialmente el arbitraje institucional atendiendo las directrices de la Ley Modelo de 1985 de UNCITRAL y, lo que es más importante a los efectos del arbitraje marítimo, proclama la *lex mercatoria*. La Ley de Arbitraje ha introducido una serie de novedades de trascendencia particular en el arbitraje marítimo internacional y la interpretación de sus cláusulas compromisorias, al reconocer un principio favorable a la validez del acuerdo arbitral. Se trata del artículo 9.6 de la Ley que incorpora una flexibilidad, que no existía con anterioridad, en relación a la validez del convenio arbitral cuando el arbitraje es internacional. Dicho precepto remite la validez del acuerdo y la arbitrabilidad de la disputa a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o al Derecho español. No obstante, dicha norma no re-

---

<sup>7</sup> La Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2006), sustituye a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje (BOE n.º 293 de 7 de diciembre de 1988).

<sup>8</sup> ESPINOSA CALABUIG. «Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los «usos» del tráfico comercial internacional». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, p. 7.

suelve algunos aspectos como la forma del acuerdo arbitral, que será resuelta conforme al Convenio de Nueva York de 1958, o la capacidad de las partes, que habrá de seguir lo prescrito en el Código Civil.

La novedad fundamental de la Ley de Arbitraje reside en la admisión de la denominada *lex mercatoria* a través de la referencia a las «normas jurídicas». En el ámbito de la contratación marítima internacional, 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 *chater-parties* u otros documentos de transporte. La doctrina<sup>8</sup> que ha estudiado esta cuestión, señala que esta *lex mercatoria* parece conducir a la flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas de arbitraje y que, por el momento, seguirán planteando los mismos problemas de validez y eficacia según se invoquen frente a terceros o frente a los sujetos contratantes originarios. El artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje permite a las partes que se remitan voluntariamente a la *lex mercatoria* a fin de regular la validez del convenio arbitral, o, en caso de no hacerlo, que puedan ser los árbitros quienes la designen como Ley reguladora del fondo. En suma, todo ello contribuye al proceso flexibilizador en torno a la valoración y admisión de las cláusulas arbitrales marítimas, al menos dentro de la Unión Europea.

En el contexto de la reforma del Derecho marítimo español, la Memoria económica de 19 de julio de 2006 del Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima, prevé la creación de las Juntas Arbitrales Marítimas, como ya hizo la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992. Dichas Juntas Arbitrales Marítimas se crearán mediante norma reglamentaria, situándose dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Fomento. Previsiblemente su composición se ceñirá a los miembros de los órganos periféricos de la Dirección Ge-

---

<sup>9</sup> BOE n.º 164 de 11 de junio de 1977.

<sup>10</sup> Un comentario sobre dicho Convenio, referido al ámbito marítimo en España, es realizado por Leyva y Andía, «Convención sobre reconocimiento y la ejecución



neral de la Marina Mercante y su creación supondrá la desaparición de los juzgados marítimos permanentes existentes en la actualidad. Entre las finalidades de las mismas se encuentra el proporcionar seguridad jurídica, al asegurar un perfecto engarce con las normas españolas, europeas y Convenios internacionales hoy vigentes, tanto de Derecho Público como Privado. Esto facilitará la interpretación unívoca de esas normas por los tribunales.

En el plano internacional, siempre sin perjuicio de la prevalencia de los Tratados bilaterales existentes con algunos países, por ejemplo en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, el texto normativo fundamental es el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras,<sup>9</sup> gracias a cuya aplicación en España<sup>10</sup> se ha logrado la auténtica efectividad de los arbitrajes celebrados en el extranjero, sobre todo a partir de los Autos de 11 de febrero de 1981 y de 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.<sup>11</sup> Los convenios internacionales citados, que recogen normas relativas al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero y su procedimiento, 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.

Con independencia de las fuentes anteriormente citadas, en el arbitraje marítimo internacional es obligado realizar una referencia a los usos en general y en particular, en materia de Derecho marítimo. En relación a las cláusulas de arbitraje, la preponderancia de los usos y prácticas en el ámbito del Derecho marítimo ha propiciado la formación de la llamada *lex mercatoria*. En efecto, los interesados de

---

de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)». En *Revista Española de Derecho Marítimo*, 1963, p. 315.

<sup>11</sup> BOE n.º 238 de 4 de octubre de 1975.

<sup>12</sup> DOCE L 12, de 16 de enero de 2001, en vigor desde el 1 de marzo de 2002. Dicho Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil fue

la comunidad marítima internacional han aceptado y consolidado el recurso a las cláusulas de arbitraje en sus relaciones hasta el punto de conformar un auténtico uso que, como tal, es generalmente aceptado en dicho ámbito. Todos los sujetos involucrados en la aplicación de las cláusulas de arbitraje, como son las partes en los distintos contratos marítimos, incluidas 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.

En el ámbito del comercio internacional, hay que destacar el concepto de uso que elabora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las cláusulas del foro insertas en los conocimientos de embarque, que es aplicable también a las cláusulas de arbitraje, así como al cumplimiento de los requisitos del artículo 23 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil.<sup>12</sup>

Ejemplo de la generalización en el empleo de las cláusulas de arbitraje, e ilustrativo del estadio más reciente en su evolución, es el operado en la Unión Europea. En ella, la interpretación de las cláusulas incorporadas a los contratos, entre las que se hallan las arbitrales, ha terminado por adecuarse a la voluntad general de exigir de manera complaciente o atenuada de los requisitos de validez formales y sustanciales de las dichas cláusulas, como se expone más adelante en el epígrafe VI.

---

modificado por el Reglamento (CE) 1496/2002 (DOCE L 225, de 22 de agosto de 2002), Reglamento (CE) 1937/2004 (DOCE L 334, de 10 de noviembre de 2004), y Reglamento (CE) 2245/2004 (DOCE L 381, de 28 de diciembre de 2004). En defecto del Reglamento resultan aplicables los eventuales Convenios internacionales firmados por cada Estado miembro, así como la normativa nacional aplicable en la materia.

<sup>13</sup> Entre las escasas publicaciones españolas que recogen laudos arbitrales en materia de Derecho marítimo, destacan el Anuario de Derecho Marítimo, que además de publicar reseñas de jurisprudencia de tribunales españoles incluye en

La relación e influencia entre el arbitraje y los usos y prácticas marítimos, se constata también más allá de Europa. A principios del siglo XX, el arbitraje fue legislado por la Arbitration Law of New York, y en el caso *Read Cross Line vs. Atlantic Fruti Co.*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América tuvo que decidir si el Estado de Nueva York, con fundamento en dicha Ley, podría aceptar un compromiso de arbitraje contenido en un contrato de fletamento, dado que éste se hallaba sometido a la jurisdicción federal y la Ley mencionada era una ley local. En primera instancia se reconoció la validez de este pacto, pero en apelación se consideró lo contrario revocando la sentencia y, finalmente, el Tribunal Supremo sostuvo el criterio de la primera instancia. Al respecto, el Juez Bradeis manifestó que a pesar de que en su momento no existía legislación federal norteamericana sobre arbitraje, el recurso al arbitraje por las partes en los contratos marítimos era una práctica común y opinó favorablemente en el sentido de aceptar la celebración de compromisos arbitrales en estos casos, no en función de la ley local mencionada, sino en atención a los usos y prácticas marítimas.

Igualmente con independencia de las fuentes del arbitraje marítimo, por la relevancia que en algunos sistemas jurídicos tiene la jurisprudencia, y por la utilidad que representa para todos los involucrados en la práctica del arbitraje marítimo, hay que destacar la importancia de conocer el contenido de los laudos arbitrales. Sin embargo, el carácter confidencial inherente al arbitraje de cualquier clase representa un obstáculo para establecer las cifras concretas sobre los arbitrajes solicitados, los concluidos por transacción de las partes con anterioridad a la emisión del laudo, los que son objeto de desistimiento, o los resueltos por laudo, así como para conocer el contenido del laudo mismo, si bien es posible localizar algunos de ellos.<sup>13</sup>

En el caso del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional,

---

ocasiones algún laudo, y la Revista de la Corte Española de Arbitraje. Asimismo, merece ser destacada la nueva Revista Española de Arbitraje, que verá la luz por primera vez en febrero de 2008, dirigida por Verdera y Tuells y Fernández Rozas, que incluirá en relación al arbitraje, además de las tradicionales secciones

entre las virtudes propias de la institución arbitral, destaca una especial garantía de confidencialidad. Solo en el caso de que las partes sometidas al arbitraje autoricen expresamente a dicha institución a publicar el resumen del laudo arbitral en su boletín y en la Colección de Laudos Arbitrales de dicha Cámara, el laudo será cognoscible por terceros. Este conjunto de laudos contribuye a la creación de una jurisprudencia de carácter arbitral que constituye un instrumento importante facilitando a los árbitros y a los abogados el desempeño de sus funciones, a la vez que contribuye a la consecución de la seguridad jurídica de la comunidad marítima internacional.

## VI. LAS REGLAS DE ARBITRAJE MARÍTIMO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y EL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL

En relación a la industria marítima el número de controversias que surgen a nivel internacional aumenta de manera alarmante. Para responder a las necesidades del sector marítimo, de mecanismos alternativos y económicos de solución de controversias, la Cámara de Comercio Internacional y el Comité Marítimo Internacional han producido un conjunto de reglas específicas para el arbitraje marítimo.<sup>14</sup> Estas reglas preparadas por expertos de ambas instituciones fueron aprobadas en 1978. La administración de los casos decididos bajo las

---

relativas a doctrina, legislación y comentarios, una recopilación de sentencias y laudos españoles y extranjeros. En el extranjero, las referencias a laudos arbitrales pueden consultarse en la Colección de Laudos Arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional y American Maritime Cases, entre otras. En el ámbito del arbitraje en Londres, son de interés las siguientes páginas webs: [www.lmaa.org.uk](http://www.lmaa.org.uk), [www.lcia-arbitration.com](http://www.lcia-arbitration.com), [www.arbitrators.org](http://www.arbitrators.org), [www.lloyds.com](http://www.lloyds.com), [www.dca.gov.uk](http://www.dca.gov.uk), [www.hmcourts-service.gov.uk](http://www.hmcourts-service.gov.uk), [www.lawsociety.org.uk](http://www.lawsociety.org.uk), [www.judiciary.gov.org](http://www.judiciary.gov.org), [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>14</sup> En torno a dichas Reglas, Pineus, «The ICC/CMI Arbitration Rules». En *European Transport Law*, vol. XIV, n.º 197, 1979, pp. 189.

<sup>15</sup> En relación a esta aspiración en el caso de España, téngase en cuenta la conferencia pronunciada por Monfort Belenguer sobre el tema «En defensa del arbitraje nacional marítimo» en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, el 30 de marzo de 1954, en acto organizado por la Asociación Española de Derecho

Reglas de Arbitraje CCI/CMI está confiada a una organización común para las dos instituciones que es la Organización Marítima Internacional (IMAO). Vigentes desde 1978, estas Reglas están enfocadas a regular los procedimientos de solución de controversias marítimas por arbitraje, 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.

Este conjunto de Reglas crean un Comité Permanente al efecto y dejan a las partes una amplia libertad de acción que se traduce en flexibilidad acerca de la designación del número de árbitros, lugar de funcionamiento del tribunal, Ley aplicable e idioma en que se desarrolle el arbitraje. Únicamente, si no hay acuerdo de las partes sobre estos aspectos u otras cuestiones que puedan surgir durante el procedimiento el Comité permanente tendrá facultad decisoria.

Conforme a estas Reglas, se sugiere que la cláusula compromisoria que se incluya en los contratos marítimos sea del siguiente tenor: «Todas las disputas que emerjan del contrato será resueltas de acuerdo con las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio - Comité Marítimo Internacional, por uno o más árbitros designados de acuerdo a dichas Reglas».

El Comité Permanente está formado por doce miembros, designados mitad por la Cámara de Comercio Internacional y mitad por el Comité Marítimo Internacional (artículo 2). Cuando una parte desea recurrir a un procedimiento arbitral de este tipo, debe presentar su solicitud al Secretario del Comité con una copia para la parte demandada, quien dentro del término de veintiún días ha de pronunciarse sobre la solicitud. Si no hay acuerdo y el actor insiste en que el arbitraje es procedente, la cuestión debe ser resuelta por el Comité Permanente (artículo 3). Expresamente se prevé que el árbitro tendrá las funciones típicas de los «amigables componedores», si las partes así lo deciden

(artículo 10).

En la regulación del procedimiento arbitral se prevén soluciones para los casos de reconvencción, nulidad de las cláusulas contractuales y pago de las costas del procedimiento, y se dispone que el Comité está facultado para resolver todo aquello sobre lo que no exista acuerdo.

El laudo arbitral es definitivo (artículo 15), y para resolver todo lo que no esté expresamente previsto, el Comité y el árbitro deben actuar de acuerdo al espíritu de las Reglas siempre llevando a cabo todo lo necesario para asegurar que el laudo sea legalmente ejecutable (artículo 17). La responsabilidad por la aplicación, gestión y control de las Reglas reside en la Secretaría de la Cámara de Comercio Internacional.

Entre las características del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional hay que mencionar, por la relación que guarda con la interpretación jurisprudencial de los requisitos formales y sustanciales de la cláusula arbitraje que se abordará más adelante, la exigencia de que las partes se aseguren de adoptar dicha cláusula por escrito. En efecto, la validez de un acuerdo de arbitraje depende ante todo de la prueba de su existencia y por ello, en principio, debería ser un acuerdo escrito. La convención de Nueva York dispone en su artículo II que los países contratantes reconocerán los acuerdos de arbitraje «escritos». Asimismo, se requiere que la cláusula de arbitraje se redacte cuidadosamente dado que a menudo la Cámara de Comercio Internacional debe decidir sobre demandas de arbitraje fundadas en cláusulas ambiguas. Las disposiciones mal redactadas causan, como mínimo, retrasos y, en el peor de los casos, impedirán que el arbitraje tenga lugar.

## V. ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL CELEBRADO EN LONDRES

Resulta evidente que el arbitraje es la fórmula mejor para resolver las disputas y controversias derivadas de los negocios marítimos. Asimismo, es deseable la existencia de cuerpos de árbitros debidamente preparados en las principales ciudades del mundo que proporcionen

más opciones a quienes se ven envueltos en los negocios marítimos.<sup>15</sup> Sin embargo, la realidad es que los centros que absorben mayor número de arbitrajes marítimos siguen siendo Londres<sup>16</sup> y Nueva York.

En Londres, que es donde más se ha desarrollado el arbitraje marítimo, se dice que en este procedimiento se encuentran reunidas las tradicionales condiciones del arbitraje: calidad y economía. Calidad, por la posibilidad de acudir a las personas más competentes para actuar como árbitros. Y economía de tiempo y de gastos porque se eliminan las formalidades y se reducen los costes y el tiempo que importan los procedimientos judiciales. A los anteriores atributos se añade un cierto grado de certidumbre por la previsibilidad en las resoluciones gracias a la existencia de una jurisprudencia<sup>17</sup> al respecto y por la posibilidad del recurso judicial cuando se encuentra involucrado un asunto jurídico importante.

En atención a todo lo anterior, consideramos fundamental referirnos al concreto arbitraje marítimo celebrado en Londres,<sup>18</sup> sin dejar de señalar que existen algunas diferencias importantes entre el arbitraje

---

Marítimo, con motivo del Curso de Conferencias 1953-1954, Madrid, 1954, 27 p.

<sup>16</sup> A la luz de las estadísticas elaboradas por la London Maritime Arbitrators Association, puede afirmarse que Londres es la capital mundial en materia de arbitraje marítimo, véase [www.lmaa.org.uk](http://www.lmaa.org.uk)

<sup>17</sup> Si Londres es el centro de referencia del arbitraje marítimo internacional es debido a que cuenta con una legislación y unas instituciones que proporcionan un nivel de seguridad jurídica muy elevado hasta el punto de poder prever el resultado del arbitraje con bastante precisión estudiando asuntos similares ya resueltos.

<sup>18</sup> Un enfoque práctico del arbitraje marítimo celebrado en Londres, que es completado con una serie de formularios relativos a los aspectos más importantes de un procedimiento arbitral estándar, es realizado por Roca López y Caldin, *El arbitraje marítimo en Londres*, Colección Técnica Derecho Mercantil. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 81-101. Asimismo, CATO, *Arbitration Practice and Procedure*, LLP, 2002.

<sup>19</sup> Las diferencias más importantes entre el arbitraje marítimo celebrado en Londres y en Nueva York son reflejadas por Cohen, «El arbitraje marítimo. La experiencia norteamericana». En *Panorama del arbitraje comercial internacional*.

<sup>20</sup> La Ley procesal civil inglesa, o White Book, puede ser consultada en *The White*

marítimo celebrado en Londres y el celebrado en Nueva York.<sup>19</sup>

La predilección por el arbitraje en Londres encuentra su origen en parte en el hecho de que tradicionalmente las aseguradoras de Londres han controlado el mercado del seguro, y han insistido en que los contratos tipo de sus asegurados incluyan un acuerdo expreso que adopte el sistema de arbitraje establecido en Londres. Surgen entonces una serie de problemas derivados de la existencia de jurisdicciones distintas a las que sustenta su sistema en el Common Law.

El análisis del arbitraje marítimo en Londres obliga a referirse a la Arbitration Act de 1996 (en adelante Ley de Arbitraje de 1996), así como a una serie de reglas institucionales como las elaboradas por la London Maritime Arbitrators Association cuyo uso es habitual en la resolución de las controversias relativas al Derecho marítimo que tiene lugar en Londres. Por otro lado, la London Court of International Arbitration y la propia Cámara de Comercio Internacional aplican su Reglamento respectivo al arbitraje marítimo celebrado en Londres, al igual que otras instituciones específicas como la Lloyd's of London para el salvamento marítimo.

En el arbitraje no siempre es de aplicación directa el Derecho procesal civil, pero éste orienta al árbitro en el desarrollo del proceso arbitral y, si las reglas elegidas para regir el arbitraje o la propia ley de arbitraje guardan silencio sobre algún punto, el recurso al Derecho procesal facilita la solución. En todo caso, la Ley de arbitraje de 1996 prevé algunos supuestos en los que se requiere la intervención de los tribunales de justicia ordinarios.

Por su influencia en el arbitraje como se expone más adelante, merece ser destacado el overriding objective, principio consagrado en el artículo 1 de la Ley procesal civil inglesa, denominada White

---

Book Service 2006, Lord Justice Brooke et al., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2006.

<sup>21</sup> La regulación de las costas procesales en el Derecho inglés se encuentra en el



Book,<sup>20</sup> que rige el procedimiento judicial en el sentido de que toda interpretación de la normativa procesal o actuación llevada a cabo por el juez o las partes debe orientarse al cumplimiento del citado principio. En aplicación del mismo, las partes deben abstenerse de llevar a cabo actuaciones dilatorias, cuya única motivación de fondo sea dilatar el proceso en beneficio propio, o actuaciones que impliquen un coste económico desproporcionado. El incumplimiento de este principio conlleva una penalización en costas a la parte responsable, pudiendo incluso ser condenada a las mismas la parte que obtiene una resolución favorable.

Asimismo, conviene referirse, siquiera brevemente, a las costas procesales, por cuanto la condena a las mismas en un procedimiento ordinario puede ser aplicado por analogía al proceso arbitral. Las costas procesales<sup>21</sup> en el Derecho inglés se caracterizan por la absoluta discrecionalidad de que goza el juez para decidir qué parte va a hacerse cargo de las mismas, su importe y el momento de su satisfacción.<sup>22</sup> Entre las circunstancias que el juez debe considerar para pronunciarse sobre las costas interesa, por su importancia en el arbitraje, la conducta de las partes en el proceso. Con el fin de evitar una posible condena en costas, la correcta actitud en el proceso puede consistir, por ejemplo, en el acuerdo de las partes de ampliar un plazo si éste no es conveniente para alguna de ellas. En los procedimientos arbitrales, el supuesto anterior es más frecuente que en los procedimientos judiciales y las formalidades son simplificadas.

#### A) La Arbitration Act de 1996

artículo 44.3 del Civil Procedure Rules, que es el volumen primero del White Book.

<sup>22</sup> En materia de costas del arbitraje marítimo en Londres, es de destacar la regulación detallada que realiza la Ley de Arbitraje de 1996 (sec. 59 a 65), y que es analizada por ROCA LÓPEZ/ CALDIN, *El arbitraje marítimo ...*, pp. 48 a 50 y 74 a 80.

<sup>23</sup> HARRIS, et. al., *The Arbitration Act 1996*. Blackwell Publishing, 3ª ed.

<sup>24</sup> La posibilidad del árbitro de fijar el devengo de unos intereses simples u otros agravados, en función de que los mismos se produzcan desde la emisión del laudo arbitral o a partir de la notificación del mismo a las partes, representa una ventaja para el demandante que suele ser objeto de negociación entre las partes,

De manera similar a otras leyes reguladoras del arbitraje, la Ley de Arbitraje de 1996<sup>23</sup> encuentra su origen en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en adelante Ley Modelo. Su incorporación al sistema británico representó la oportunidad para ordenar la legislación inglesa en materia de arbitraje, dispersa en varias leyes, reglamentos y, sobre todo, sentencias.

La interpretación y aplicación de la Ley de Arbitraje de 1996 ha de inspirarse en sus objetivos fundamentales que son: promover la autonomía de las partes, de modo que la mayoría de sus preceptos sólo entren en juego en el caso de que las partes no lleguen a un determinado acuerdo sobre aspectos del proceso arbitral; respetar la decisión de las partes, siendo ejemplo de ello la propia elección del tribunal arbitral; lograr que el arbitraje resulte un método justo, rápido y económico de resolución de conflictos; limitar la intervención de los tribunales ordinarios a los momentos que la misma resulte imprescindible; y conseguir que el arbitraje sea un método sencillo de aplicación evitando los tecnicismos en la medida de lo posible.

No obstante, el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes es limitada por el establecimiento expreso del carácter imperativo de determinados preceptos. Ejemplo de ello es el supuesto de la gestión inadecuada del procedimiento arbitral por el árbitro con resultado de un perjuicio importante a la parte que solicita su recusación (section, en adelante sec., 24.1.d). En consecuencia, todo precepto de cumplimiento facultativo puede ser modificado por el acuerdo de las partes, como es la facultad del tribunal arbitral de determinar los intereses<sup>24</sup> que se van a devengar (sec. 49). En todo caso, las disposiciones de la ley son de aplicación supletoria a los supuestos que no han sido

---

dado que no se trata de una disposición de carácter imperativo. Es de destacar que la imposición de intereses de carácter agravado es una facultad del tribunal arbitral de la que no gozan los tribunales de justicia ordinarios.

<sup>25</sup> La Regla 10 LMAA Terms 2006 dispone «notwithstanding the terms of any appointment of an arbitrator, unless the parties otherwise agree the jurisdiction of

expresamente acordados por las partes, así como en el caso de que las partes, en ejercicio de su autonomía, decidan aplicar las reglas institucionales reguladoras de arbitraje que adolezcan de alguna laguna en su regulación.

La aplicación de la Ley de Arbitraje de 1996 no es automática, exigiéndose una mínima conexión con el sistema inglés, que se producirá siempre que la sede del arbitraje esté en Inglaterra, en el País de Gales o en Irlanda del Norte (sec. 2), lo que ha de interpretarse en sentido jurídico y no físico. La sede en cuestión vendrá determinada por la elección de las partes en la cláusula arbitral, por la institución o persona autorizada por las partes para dicha elección, o por el propio tribunal arbitral si las partes lo han autorizado y, en caso contrario, el juzgado de primera instancia habrá de señalar la sede del arbitraje. En consecuencia, las partes sometidas al arbitraje que no deseen Londres como sede del arbitraje o que rechacen la aplicación de las reglas institucionales allí existentes sobre arbitraje, habrán de expresarlo con claridad y con la mayor prontitud.

En cuanto a la cláusula arbitral, la Ley de Arbitraje de 1996 (sec. 5) requiere que sea acordada por las partes por escrito, por cualquier medio entre los que se incluye el electrónico. La particularidad frente a otras leyes de arbitraje nacionales estriba en que la validez de la cláusula arbitral no precisa de la firma expresa de las partes, siendo suficiente, por ejemplo, consignar “arbitraje en Londres” en un correo electrónico. Asimismo, la validez de la cláusula arbitral no resulta afectada por la declaración de nulidad del contrato al que hubiera sido incorporada (sec. 7). Esta disposición es esencial a fin de garantizar la eficacia del arbitraje acordado, por cuanto es frecuente que la cláusula arbitral se integre en otro acuerdo de las partes, como un contrato cuya propia validez es objeto de arbitraje. Asimismo, el tribunal arbitral puede

---

the tribunal shall extend to determining all disputes arising under or in connection with the transaction the subject of the reference, and each party shall have the right before the tribunal makes its award (or its last award, if more than one is made in a reference) to refer to the tribunal for determination any further dispute

decidir, siempre que las partes no hayan dispuesto de otra forma en su acuerdo o cláusula arbitral, sobre su propia competencia en cuanto a la validez o no de la cláusula arbitral, entre otras cuestiones.

La Ley de Arbitraje de 1996 (sec. 33) establece el principio del *overriding objective*, en la misma línea que la Ley procesal civil inglesa. En esta ocasión se impone a los árbitros la obligación de actuar de forma justa e imparcial entre las partes, dándoles a cada una de ellas la oportunidad de exponer su caso y defender el que se les presente. En consecuencia, los árbitros han de establecer un procedimiento adecuado a las circunstancias particulares de cada caso, evitando retrasos o costes innecesarios, para garantizar con ello los medios idóneos para la resolución de la controversia que se esté dirimiendo. En lo atinente a las partes, se impone la obligación de hacer todo lo necesario para el correcto y eficaz desarrollo del procedimiento arbitral.

A diferencia de la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje de 1996 (sec. 29) prevé expresamente una disposición de carácter tuitivo de los árbitros que establece una exoneración de responsabilidad personal, en el sentido de no tenerles por responsables por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones salvo que concurra dolo por su parte, en el sentido de mala fe (*bad faith*). Con acierto, esta exoneración se extiende a los sujetos que participan en el arbitraje, tanto a los dependientes como a los independientes, por ejemplo, expertos o asesores, en las mismas condiciones que resultara aplicable al árbitro.

Especial trascendencia reviste el hecho de que el laudo se dicte de forma motivada o no motivada, pues de ello deriva la posible renuncia de las partes a apelar el propio laudo arbitral. La motivación del laudo es uno de los aspectos que quedan a la voluntad de las partes, por lo que si éstas no acuerdan expresamente que el mismo sea motivado, la aplicación supletoria de la ley comportará la falta de motivación y con ello la pérdida automática del derecho a apelar el laudo, tanto en el caso de aplicar la Ley de Arbitraje como algunas de las reglas institucionales relativas a arbitraje.

En todo caso, la apelación (sec. 67 y ss.) del laudo arbitral se condi-

ciona a que la parte interesada haya agotado previamente las posibilidades de revisión previstas en el arbitraje, así como a las relativas a la corrección del laudo o a solicitar la emisión de otro laudo acerca de alguna cuestión planteada por las partes que haya quedado sin resolver. Si las partes no acordaron expresamente la posibilidad de apelar el laudo, la parte interesada habrá de solicitar al juzgado competente la autorización para apelar, que será reconocida siempre que el interesado pruebe una serie de circunstancias previstas en la ley (sec. 69.3). Con independencia de la posible apelación por falta de jurisdicción del tribunal y por grave irregularidad del tribunal, del procedimiento o del laudo, en general la apelación del laudo ha de fundamentarse en razones de derecho y no de hecho. La Ley y la jurisprudencia han ido definiendo lo que haya de considerarse razones de derecho. En todo caso, sobre una cuestión de derecho puede pronunciarse un tribunal ordinario, además de en apelación, con anterioridad al dictado del laudo.

#### B) Las Reglas de la London Maritime Arbitrators Association

En Londres, la mayoría de los arbitrajes que tienen por objeto controversias relacionadas con la industria marítima son resueltas conforme a las Reglas elaboradas por la London Maritime Arbitrators Association, en adelante LMAA, cuya última versión consultada data de 2006. Estas Reglas institucionales establecen un procedimiento específico para el ámbito de la industria marítima, a la vez que garantizan una aplicación de las mismas de manera clara, eficaz y ajustada a los intereses de esta particular industria. En todo caso, el arbitraje es sólo una de las posibles formas de resolución de las controversias que las Reglas LMAA establecen.

En primer lugar, es preciso aclarar que estas Reglas resultan aplicables siempre que las partes así lo hayan acordado, por ejemplo, a través de una referencia a las mismas en la propia cláusula de sumisión a arbitraje. La Regla 5 dispone que se entenderá que las partes han convenido su aplicación cuando el arbitraje se solicite a un miembro de pleno derecho de la LMAA, o cuando los dos árbitros cumplan dicha

categoría, salvo que las partes pacten otra cosa. Asimismo, las Reglas se aplicarán si los árbitros especifican la aplicación de las Reglas en la aceptación de su nombramiento. En el caso de que la aplicación de las Reglas no sea del interés de las partes, éstas pueden optar por excluir su utilización siempre que no la hubieran acordado.

Las propias Reglas LMAA (Regla 7.a) establecen su conexión con la Ley de Arbitraje de 1996, en el sentido de que la misma se aplica supletoriamente al proceso arbitral y a los derechos y obligaciones de las partes, salvo en aquellas disposiciones que resultan distintas, modificadas o complementadas por las Reglas institucionales. Por ejemplo, las Reglas pueden aplicarse solo al nombramiento del arbitro sin necesidad de que las mismas rijan el resto del procedimiento arbitral.

Las Reglas institucionales a las que nos referimos son de tres clases: las ordinarias (The LMAA Terms), las relativas al procedimiento de menor cuantía (The LMAA Small Claims Procedure), y las denominadas FALCA (The LMAA Fast and Low Cost Arbitration Terms) que no son comentadas dada su escasa aceptación. El empleo de unas u otras depende de lo que las partes acuerden, pudiendo modificar su elección si las circunstancias del objeto del arbitraje lo justifican. No obstante, en general se aplican las reglas ordinarias.

Las reglas ordinarias comparten los mismos objetivos en torno al arbitraje que la Ley de Arbitraje de 1996, y se considera que el acuerdo de aplicar las mismas conlleva, de un lado, la adopción de la ley inglesa como ley aplicable al procedimiento arbitral y, de otro, que la sede del arbitraje es Inglaterra. Conviene destacar que el objetivo de lograr una resolución justa sin dilaciones o gastos innecesarios puede frustrarse en el caso de no precisar correctamente, desde el inicio del arbitraje, la cuestión o cuestiones bien delimitadas, que son objeto del mismo. En efecto, la Regla 10 se refiere a la jurisdicción<sup>25</sup> del tribunal arbitral, en el sentido de que las partes pueden atribuirle una competencia

---

(s) arising subsequently to the commencement of the arbitral proceedings».

<sup>26</sup> ESPINOSA CALABUIG. «Las cláusulas arbitrales ...». En el ámbito del Derecho francés, MALAN, «Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de

bien restringida para conocer exclusivamente de un asunto concreto y delimitado, o bien amplia sometiendo a arbitraje, además, todas las cuestiones que puedan plantearse en relación con el asunto que se dirime. La elección de la segunda opción evitará inconvenientes en el desarrollo del procedimiento arbitral como el derivado de la presentación de una reconvención a la demanda arbitral, desde el momento que el objeto de dicha reconvención podrá considerarse incluido en el objeto del conocimiento del tribunal arbitral, configurado por las partes de manera amplia. La elección de atribuir un conocimiento limitado al tribunal arbitral puede ocasionar el efecto contrario, pues quedando el objeto de la reconvención fuera del que se ventila en el arbitraje, las partes habrán de iniciar un nuevo arbitraje, distinto del primero, relativo al objeto de la reconvención con los graves inconvenientes que ello representa para los intereses de las partes.

Otra cuestión que merece ser destacada son las facultades que las Reglas otorgan al tribunal arbitral, dado que algunas de ellas no se establecen en la Ley de Arbitraje de 1996. En particular, la Regla 14 regula las facultades del tribunal en torno a la acumulación de procedimientos y la limitación de la intervención de expertos en el arbitraje. Asimismo, el tribunal arbitral ha de decidir cuál va a ser el procedimiento conforme al cual el arbitraje va a discurrir y, si bien respetará en la medida de lo posible los acuerdos de las partes al respecto, generalmente se seguirá el proceso que las propias Reglas establecen en su anexo segundo.

En cuanto al laudo arbitral, a diferencia de las precedentes LMAA 2002, ha de ser motivado salvo que las partes acuerden lo contrario (Regla 22), teniendo como consecuencia la renuncia de las partes del derecho a apelar el laudo ante un tribunal de justicia ordinario. En este

---

jurisdiction dans les operations de transport maritime». *Droit Maritime Français*, 2006, pp. 3-15.

<sup>27</sup> En general, sobre los usos en el ámbito del Derecho marítimo, Arroyo, *Estudios de Derecho Marítimo*, Barcelona: Bosch, 1985, tomo I,. En particular, en relación con el arbitraje marítimo, Ramos Méndez, «Arbitraje marítimo internacional:

caso, el tribunal arbitral elabora un documento confidencial, que no forma parte del laudo y que no puede utilizarse en otro procedimiento, explicando los motivos de la resolución recogida en el laudo.

Por último, las costas del procedimiento son reguladas detalladamente en la Regla 11 que remite al anexo primero, siendo las partes responsables solidariamente de los honorarios del tribunal arbitral, que podrá exigir a las partes la aportación de garantías que aseguren su satisfacción en la forma que determine el tribunal, si bien suele consistir en la prestada por quien represente a las partes, por ejemplo, un Club de Protección e Indemnización.

Frente a las Reglas ordinarias, las especiales relativas al procedimiento de menor cuantía ofrecen un proceso más sencillo, rápido y económico orientado a la resolución de controversias de menor complejidad y cuantía, que no son apelables. Las mismas resultan aplicables cuando las partes así lo acuerden si bien el árbitro, que es unipersonal, puede advertirles acerca de la idoneidad de aplicar otras Reglas al asunto, como las ordinarias, y renunciar al arbitraje en caso de que las partes no lo acepten. En muchas ocasiones, la sumisión a estas Reglas obedece a la exclusiva razón de evitar unos honorarios elevados de los árbitros, propios de las Reglas ordinarias, o a la considerable limitación de las costas impuestas a la parte que obtiene una resolución favorable.

## VI. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE MARÍTIMO

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 determina-



dos interesados en el tráfico marítimo. El ejemplo paradigmático de dichas peculiaridades se encuentra en los documentos y/o contratos de transporte marítimo que incluyen cláusulas de arbitraje y la interpretación que de las mismas hacen los tribunales.<sup>26</sup>

La valoración e interpretación de la cláusula arbitral precisará de la aclaración previa de circunstancias como que la misma se encuentra inserta en el contrato original pero no en otro documento que sea expresión de tal contrato, o si la cláusula arbitral, entre otras, figura en otro documento cuyos términos y condiciones se establezcan en un documento distinto del original, etc. Asimismo, es fundamental revisar la forma en que se incorpora la cláusula arbitral, en el caso concreto de que la misma se produzca por referencia, en un documento o contrato distinto. En suma, la cláusula arbitral se puede recoger en un documento o en un contrato, de forma expresa o por referencia. Al igual que sucede en otros supuestos distintos del discutido de la cláusula arbitral, se presenta el problema de la oponibilidad frente a quien no es parte de la relación contractual originaria del transporte.

En el Derecho marítimo, la doctrina<sup>27</sup> ha 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.). Dicha fuerza es tal que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha recurrido al concepto de los usos y prácticas propias del

---

Confirmación de la doctrina jurisprudencial». En *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. III, pp. 988-994; Matilla, *Internacionalidad del Derecho Marítimo y jurisdicción internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto, Serie Derecho, vol. 71, 1999, pp. 127 y ss. (obra póstuma) y, recientemente, Espinosa Calabuig, «Las cláusulas arbitrales ...».

<sup>28</sup> Asunto MSG, 106/95, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de febrero de 1997, con comentario de Rodríguez Benot, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, tomo I, p. 212.

<sup>29</sup> Asunto C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali S.p.a. c. Hugo Trumpy S.p.a.*, Sentencia de 16 de marzo de 1999, con comentario de Espinosa Calabuig, «Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 de Convenio de Bruselas de 1968». En *La Ley*, Unión Europea, n.º 4851,

Derecho marítimo para fundamentar la flexibilidad que los mismos proyectan en la interpretación de las cláusulas del foro. Como muchos de los aspectos que se predicen de las cláusulas del foro se presentan también en las cláusulas de sumisión a arbitraje, a los efectos del arbitraje marítimo conviene tener presente la interpretación de los concretos usos marítimos realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que pone de manifiesto la evolución de la interpretación de los requisitos de validez de las cláusulas arbitrales.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de febrero de 1997,<sup>28</sup> se consideró que la existencia de un uso debe valorarse en relación con el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, concretamente cuando los operadores de dicho sector sigan un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. Dicho comportamiento se enjuiciará en relación con el tráfico comercial mundial en su conjunto, siendo irrelevante si los países implicados gozan o no de una posición preponderante en dicho sector o si dicho comportamiento está acreditado en determinados países, incluidos los comunitarios. El mismo Tribunal de Justicia en su Sentencia de 16 de marzo de 1999, en el asunto *Trasporti Castelleti*,<sup>29</sup> consideró que los requisitos de generalidad y regularidad en el comportamiento de los operadores del comercio marítimo internacional es fundamental para apreciar la formación de un uso en este sector concreto, sin que requiera de una publicidad específica como forma de ratificar dicho uso. Los requisitos de validez de las cláusulas arbitrales, formales y sustanciales, se entenderán satisfechos a condición de que su adopción se produzca en el marco de relaciones comerciales habituales entre

---

30 de julio de 1999, pp. 1-5

<sup>30</sup> ESPINOSA CALABUIG, «Las cláusulas arbitrales ...», p. 9.

las partes. En consecuencia, cabe afirmar que la repetición constante de las cláusulas arbitrales en los contratos y documentos afines y su empleo habitual por parte de los sujetos del tráfico comercial marítimo, contribuyen al proceso de formación de los usos en dicho ámbito, sin que sea necesario probar que los participantes en el mismo se adhieren tácitamente al comportamiento de las otras partes contratantes. No obstante, la anterior afirmación puede poner en peligro los intereses de los terceros ajenos a la relación comercial originaria que, en su condición de usuarios del tráfico marítimo, se vean constreñidos a aceptar este tipo de cláusulas por considerar que forman parte de un uso que deben conocer. La situación ideal, que resulta imposible en la práctica por la celeridad y los caracteres del tráfico comercial marítimo, requeriría que la defensa de los usos y de la *lex mercatoria* marítima se acompañara de alguna clase de conocimiento previo o aceptación expresa de la cláusula arbitral por los afectados.<sup>30</sup>

En todo caso, la eficacia de la cláusula arbitral depende de la interpretación que de la misma realice el tribunal en cuestión, como prueba 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.

La preponderancia de los usos y prácticas en el ámbito del Derecho marítimo ha propiciado la formación de la llamada *lex mercatoria*. En efecto, los interesados de la comunidad marítima internacional han aceptado y consolidado el recurso a las cláusulas de arbitraje en sus relaciones hasta el punto de conformar un auténtico uso que, como tal, es generalmente aceptado en dicho ámbito. Todos los sujetos

---

involucrados en la aplicación de las cláusulas de arbitraje, como son las partes en los distintos contratos marítimos, incluidas las entidades aseguradoras, y los propios tribunales jurisdiccionales o arbitrales, han contribuido, desde sus ámbitos respectivos, a la creación de una *lex mercatoria* que en materia de arbitraje goza de una gran flexibilidad.

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. En particular, la revisión de la jurisprudencia de los Estados de la Unión Europea acerca del rigor en la exigibilidad de los citados requisitos de la cláusula arbitral, permite confrontar la posible interpretación de los mismos, bien en un sentido amplio, bien en un sentido restringido. En dicha interpretación, los usos marítimos desempeñan una función fundamental, pues suponen un instrumento del que valerse con el fin de sostener la interpretación amplia o restringida de los requisitos de la cláusula arbitral. Al igual que sucede en otras situaciones, 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.

## VII. CONCLUSIÓN

Tradicionalmente, las controversias surgidas en torno a la industria marítima han sido dirimidas, además de por los procedimientos judiciales, por el método alternativo de resolución de disputas que es el arbitraje. Este recurso al arbitraje marítimo ha corrido parejo al significativo aumento de conflictos que se ha producido en el ámbito marítimo, por lo que cabe afirmar que en la actualidad esta clase de arbitraje goza de buena salud.

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 de marítimo o de no marítimo. Esto es así desde el momento en que las partes tienen la posibilidad de elegir someter la controver-

sia marítima a una ley de arbitraje general, a unas reglas de arbitraje válidas para ventilar cualquier materia, o unas reglas de arbitraje específicas para resolver conflictos marítimos.

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, por ejemplo, por la práctica arbitral en Londres, 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 aquellos 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. Ejemplo de ello es el perjuicio de los terceros poseedores de un contrato acreditativo del transporte que, sin ser parte en la relación contractual que dio origen al transporte, han de litigar en una jurisdicción no deseada en virtud de la cláusula arbitral.



## CAPÍTULO 14

### ARBITRAJE Y DERECHO DE FAMILIA

Isabel Viola Demestre





## Capítulo 14

### ARBITRAJE Y DERECHO DE FAMILIA

*Isabel Viola Demestre*

I. Introducción.— II. Derecho de familia y autonomía de la voluntad. Sus límites.— A. Normas imperativas.— B. Orden público familiar.— III. El objeto de arbitraje: las controversias sobre materias de libre disposición.— IV. Arbitrabilidad en las instituciones del Derecho de familia.— A. Matrimonio.— 1. Vínculo matrimonial.— 2. Régimen económico-matrimonial.— 3. Efectos derivados de la ruptura conyugal.— a) Liquidación del régimen económico-matrimonial.— b) Pensiones.— B. Filiación.— 1. Patria potestad.— C. Tutela.

#### I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objetivo analizar si el arbitraje puede ser utilizado por los sujetos para gestionar todas las controversias que surjan como consecuencia de sus relaciones jurídico-familiares. Para resolver esta cuestión, será preciso recordar los caracteres fundamentales de esta materia que, si bien se incardina dentro del marco del derecho privado, que es el civil, se encuentra afectado por la intervención de los poderes públicos, a diferencia de lo que ocurre con otras ramas del Derecho privado. Por consiguiente, deberemos detenernos, principalmente, en el análisis de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito del derecho de familia, como uno de los presupuestos básicos, necesario para admitir la posibilidad de acudir al arbitraje como medio de resolución de los conflictos derivados de las relaciones jurídicas familiares.<sup>1</sup> Y sus lími-

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988 de 23 de mayo de 1988, en la que se señala que el arbitraje es un medio para la solución de conflictos basado en la

tes: la relevancia que el ordenamiento jurídico otorga a la familia, manifestado desde los principios constitucionales que la amparan hasta los artículos concretos de las distintas leyes que la regulan, disminuyen el poder de decisión de los sujetos.

Una vez establecidas las premisas generales del Derecho de familia, en relación con la posibilidad de que el arbitraje pueda ser admitido como otro medio, alternativo al judicial, para resolver los conflictos que en el seno de ella, la familia, se planteen, consideramos conveniente estudiar en particular algunas de las principales instituciones propias de esta parte del Derecho civil, con la finalidad de determinar si, efectivamente, el arbitraje es o no admisible en ellas, ya que en el Derecho de familia se regulan relaciones jurídicas diferentes: no es lo mismo tratar de las relaciones entre los cónyuges que la relación entre los progenitores y sus hijos.

## II. DERECHO DE FAMILIA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. SUS LÍMITES

Sabido es que el Derecho de familia presenta unos caracteres particulares si se compara con el Derecho patrimonial o de la contratación, considerado como paradigma del derecho privado. En primer lugar,<sup>2</sup> su «contenido ético», esto es, la religión y la moral que pueden incidir en las normas del Derecho de familia como no sucede, en cambio, en cualquier otro campo jurídico; el «orden público familiar», en segundo lugar, que son las reglas básicas de organización familiar, directrices promulgadas por el Estado con la voluntad de preservar esta institución en un determinado sentido; en tercer y último lugar, el «carácter

---

autonomía de la voluntad de las partes. Siguen esta resolución, entre otras, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 174/1995 de 23 de noviembre de 1995 y la 352/2006 de 14 de diciembre de 2006.

Es necesario que esta forma de resolución de conflictos no esté vedada a las partes. PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*. Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur, 2005, p. 131.

<sup>2</sup> Seguimos las notas características que los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS exponen en su manual. Díez-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, octava edición, 2001, vol. IV, pp. 42 y ss.

instrumental» de los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares, en cuanto que se configuran como derechos-deberes (potestades) en función del lugar que su titular ocupa en el grupo familiar mientras que los poderes jurídicos de la persona en el ámbito patrimonial son de libre ejercicio (derechos subjetivos).

Por todo ello, la mayor parte de las normas del Derecho de familia tienen un carácter imperativo. Se trata de normas de *ius cogens*,<sup>3</sup> que se caracterizan porque el mandato normativo no admite que los particulares lo modifiquen en modo alguno. La voluntad de los particulares, contraria a la previsión legal, no puede derogarla ni tampoco sustituirla. Son pues, normas en las que la autonomía privada o no es admitida o si lo es, está limitada a supuestos concretos.

Según una determinada concepción, la familia es la organización que el Estado toma en consideración para su progreso y desarrollo,<sup>4</sup> por lo que es procedente incidir en su regulación de forma imperativa para favorecer su bienestar. Y es que la familia suele considerarse como la institución social básica y la primera célula de la sociedad. En nuestro ordenamiento jurídico, esta relevancia tiene su reflejo en lo que se ha venido denominando como constitucionalización del derecho de familia, esto es, derechos concretos relativos al ámbito del derecho familiar contemplados en la Carta Magna. Serán pues los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos,<sup>5</sup> los que suponen la justificación de la concreta regulación de la familia y los límites que se imponen a la autonomía privada. Los ar-

---

<sup>3</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, aludió a los elementos no dispositivos, sino de *ius cogens* de todo proceso matrimonial, «precisamente, por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familiar».

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 44.

<sup>5</sup> Acerca de esta cuestión, véase ROCA TRIAS, E. «Familia, familias y Derecho de familia». En *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 1056 y ss.

títulos 32<sup>6</sup> y 39<sup>7</sup> de la Constitución Española se dedican íntegramente a la familia; los artículos 18,<sup>8</sup> 27<sup>9</sup> y 50<sup>10</sup> contemplan fenómenos que de un modo u otro atañen a ella.

Sin embargo, desde otra perspectiva, más sociológica, la familia ha evolucionado, de un modelo jerarquizado y patriarcal a un modelo igualitario, en el que los miembros de la familia se encuentran en situación más de coordinación que de subordinación así como la menor incidencia de determinadas relaciones jurídicas en el estado civil de la persona, puesto que no modifican su capacidad de obrar (p.e., la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges), lo que permitiría que la autonomía de la voluntad tuviera una mayor incidencia en el ámbito jurídico-familiar, favoreciendo, pues, el establecimiento de acuerdos que regulen la relación familiar de que se trate. De ahí que junto al sentido proteccionista que el derecho ha conferido a la institución familiar, se reconoce la personalidad individual y la libertad de las personas que la conforman. Son ejemplo del propósito de protección de la familia y de sus finalidades la fijación de los deberes de los progenitores respecto de sus hijos y el *favor filii*; del respeto al principio de la autonomía de

---

<sup>6</sup> Artículo 32 CE: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

<sup>7</sup> Artículo 39 CE: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

<sup>8</sup> El artículo 18 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar junto con la intimidad personal.

<sup>9</sup> El artículo 27 CE reconoce el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

<sup>10</sup> El artículo 50 CE viene a consagrar la existencia de obligaciones familiares respecto de los ciudadanos durante la tercera edad.

la voluntad es buena muestra el mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico-matrimonial y en la aplicación, como supletorio, del régimen de gananciales, en Derecho común, y el de separación de bienes, por ejemplo, en el Derecho civil catalán.

De ahí se desprende la consideración de la existencia de un negocio jurídico familiar, expresión ésta que recoge la idea de que los actos jurídicos familiares son privados. Sin embargo, no podemos obviar que un gran número de los actos del derecho de familia están frecuentemente intervenidos por los órganos del Estado<sup>11</sup> con la finalidad anteriormente mencionada de conseguir que ésta alcance el desarrollo y bienestar que los principios constitucionales le reconocen, lo que a priori, parece dificultar la intervención de órganos privados en las instituciones familiares para la resolución de los conflictos que en ellas puedan surgir.

El Derecho incide en las relaciones familiares desde el plano organizativo, el plano de desarrollo y el plano de la extinción de las mismas. Las normas familiares son las que «delimitan o establecen las condiciones *sine quibus non* para hablar de familia y de las relaciones familiares»,<sup>12</sup> es decir, qué actos determinan la existencia de una determinada relación familiar (matrimonio, filiación...); son también las que tienen un papel relevante «como instrumento de justa paz familiar y justa satisfacción de las pretensiones que entre los miembros de la familia se pueden suscitar a partir de su inevitable coexistencia»<sup>13</sup> y, finalmente, se trata de normas que están presentes en el momento de la disolución, de un modo relevante, por cuanto que «sólo el Derecho puede poner fin a la relación familiar».<sup>14</sup>

El particular puede alcanzar la consecuencia jurídica prevista por la norma que resuelve un determinado conflicto, a través de distintas

---

<sup>11</sup> Díez-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 45; ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*, 2005, p. 176.

<sup>12</sup> Díez-PICAZO, L. *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984, p. 31.

<sup>13</sup> Díez-PICAZO, L. *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984, p. 33.

<sup>14</sup> Díez-PICAZO, L. *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984, p. 33.

5vías: mediante el acuerdo entre las propias partes (autocomposición de la controversia) o acudiendo a un tercero para que mediante su resolución ponga fin al conflicto (heterocomposición). Dentro de este ámbito, el particular puede acudir a la jurisdicción y al proceso, como sucede en un gran número de ocasiones, pero también tiene la posibilidad de acudir a un tercero privado, como es el árbitro, respecto de cuestiones concretas legalmente previstas. La autonomía de la voluntad en su máxima amplitud supone la posibilidad de recurrir al medio de resolución de conflictos más conveniente para cada persona. Sin embargo, no es posible pactar sobre cualquier materia, puesto que la autonomía privada tiene unos límites recogidos en el artículo 1.255 del Código civil: la ley (normas imperativas) y el orden público, bajo pena de nulidad del acuerdo celebrado.

#### A. Normas imperativas

La imperatividad de las normas en el Derecho de familia varía en función de la relación jurídico-familiar de que se trate. Analizando las dos relaciones familiares consideradas como básicas, esto es, la relación entre los cónyuges,<sup>15</sup> de un lado, o los miembros de una unión estable de pareja<sup>16</sup> entre sí y la relación entre los progenitores y su hijo,<sup>17</sup> de otro, se aprecia como en la primera relación jurídica básica el ámbito de la autonomía de las partes, esto es, los miembros de la pareja, sea o no matrimonial, es mayor que la que se puede admitir en la segunda.

---

<sup>15</sup> Roca Trías las califica como relaciones horizontales. ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*. Op. cit., p. 178.

<sup>16</sup> El Proyecto de Ley por el que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia incluye la regulación de las uniones estables de pareja en el capítulo IV, a continuación de las normas relativas al matrimonio, integradas en la parte relativa al Derecho de familia, corrigiendo, como se indica en su exposición de Motivos, el trato separado que hasta el momento se le había dispensado en la Ley 10/1998, de 15 de julio de 1988, de forma independiente y separada del Código de familia de 1998. (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña n.º 353, 15 de junio de 2006, p. 58).

<sup>17</sup> Éstas son calificadas como relaciones verticales. ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*. Op. cit., p. 177.

En efecto, la autonomía de la voluntad parece tener un mayor ámbito de actuación en la relación jurídica existente entre los cónyuges o, en su caso, entre los miembros de la unión estable de pareja, aunque no alcanza a todos los conflictos. Para empezar, si bien es cierto que los sujetos tienen la autonomía de la voluntad para decidir celebrar un matrimonio, en cambio, la forma para su constitución se encuentra determinada legalmente. El artículo 57 del Código civil es claro: «El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente [...]»,<sup>18</sup> se trata, pues, de funcionarios públicos por lo que no resulta en modo alguno admisible la posibilidad que la constitución del matrimonio pueda ser llevado a cabo por un organismo privado. Del mismo modo, las partes no pueden disponer de los efectos de este negocio jurídico, que se hallan predeterminados por la ley. No pueden excluir ni los efectos personales ni los efectos patrimoniales. La autonomía de la voluntad sí que tiene cabida en la determinación del régimen económico-matrimonial que las partes desean que rija el matrimonio. Los futuros contrayentes o, en su caso, ya cónyuges, pueden decidir o modificar el régimen económico-matrimonial, pero una vez acordado, el contenido será el que la ley dispone.

En términos similares podría decirse de las uniones estables de pareja, con causas tasadas para la consideración de su constitución y con reglas relativas a la convivencia, tanto personales como patrimoniales, para el caso de que los miembros de la misma no establezcan pacto alguno.<sup>19</sup>

Por otra parte, las normas que regulan la relación jurídica de los progenitores con su hijo son claramente imperativas. El interés de los menores constituye el fundamento primordial de las reglas que esta-

---

<sup>18</sup> En caso de celebración en forma religiosa, «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste», de conformidad con el artículo 59 del Código Civil.

<sup>19</sup> Artículo 3 y 22 de la Ley 10/1998, relativos a la unión estable de pareja heterosexual y homosexual, respectivamente.

blecen el contenido de dicha relación, a los efectos de proporcionar a aquellos la protección que corresponde en atención a su capacidad de obrar limitada. De ahí que, según reza el artículo 39. 3 CE:

Artículo 39. 3.- «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente corresponda».

La potestad parental es la institución a través de la cual los progenitores prestan la asistencia legalmente requerida y los poderes públicos<sup>20</sup> intervendrán en aquellos supuestos en que estos deberes no sean ejercidos o, también, cuando su ejercicio sea irregular.

En general, se trata de materias respecto de las cuales las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada, cuando no excluida plenamente, por lo que, a priori, cualquier acuerdo contrario a su contenido no sería admisible.<sup>21</sup>

## B. El orden público familiar

El orden público es un concepto aludido en el Código civil. Se trata de principios o directivas que en cada momento informan las institucio-

---

<sup>20</sup> Son de destacar algunos preceptos del Derecho civil catalán en los que se permite sustituir la actuación judicial por la intervención de determinados parientes, en los casos en que los progenitores así lo decidan y se ajuste a los términos establecidos por la propia norma. Es el artículo 138.2 del *Codi de família*, al que nos referiremos más adelante, cuando analicemos los relaciones jurídico-familiares en particular.

<sup>21</sup> El que una norma sea imperativa no debería interpretarse en el sentido de que el derecho que contenga sea indisponible. Al menos, así se desprendería de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 1998, relativa a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, en la que se señala que «la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismo». Así lo considera YÁÑEZ VELASCO, R., con la colaboración de ESCOLÀ BESORA, E. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje*, Op. cit., p. 164 y también PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Op. cit., p. 144.



nes jurídicas o, lo que es lo mismo, principios jurídicos, públicos o privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.<sup>22</sup>

Es, junto a la ley (mediante normas imperativas) y a la moral, otro de los límites de la autonomía privada de las partes. Los criterios relativos a la moral y al orden público inciden de forma residual para el caso de que las normas imperativas nada establezcan al respecto de un determinado supuesto de hecho.<sup>23</sup>

Es también la expresión que se le da a la función de los principios generales del Derecho en el ámbito de la autonomía privada, en el sentido de que consiste en limitar su desarrollo en aquello en lo que queden vulnerados, siendo parte integrante del orden público familiar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española en los artículos anteriormente citados, esto es, 18, 27, 32, 39 y 50.

Cuando un principio sea considerado como de orden público<sup>24</sup> familiar, la autonomía de la voluntad de los familiares de que se trate quedará excluida o, cuanto menos, limitada, según cual sea el alcance de dicho principio.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979.

<sup>23</sup> Díez-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, reimpresión, 1998, vol. I, p. 378.

<sup>24</sup> El límite negativo del orden público en cuanto a la renuncia de derechos refuerza la función que le asigna el artículo 1.255 del Código Civil, también como límite negativo al principio de la autonomía de la voluntad dentro del cual se inscribiría el compromiso o convenio arbitral. Así lo considera HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y S. HIERRO ANIBARRO, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 124.

<sup>25</sup> Tradicionalmente, si una materia es de orden público, se ha considerado que no es susceptible de arbitraje, posiblemente, por la aprehensión de los estados a que su orden público pueda ser violado por un procedimiento privado de resolución de conflictos. Sin embargo, las relaciones entre el orden público y el arbitraje han

Así por ejemplo, la extinción legal de la relación matrimonial debe ser decretada judicialmente, en cuanto que se trata de una cuestión que afecta al estado civil de la persona; por consiguiente, cuestión de orden público que se halla excluida de la autonomía privada de las partes y, por ende, de la intervención de un tercero no juez. Ciertamente es que los cónyuges pueden acordar las consecuencias de la situación de crisis matrimonial en el convenio regulador. Sin embargo, este convenio no es de libre disposición porque se requiere, en todo caso, la aprobación judicial (artículo 90 Código civil español; artículo 78,1 del Código de familia catalán y artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Y en sentido similar, respecto de la filiación.<sup>26</sup>

Además, la autonomía de la voluntad de las partes, como fundamento para la posibilidad de que una determinada controversia pueda ser sometida a arbitraje, «no tiene carácter absoluto pues únicamente cabe someter las controversias a arbitraje cuando versen «sobre materias de libre disposición conforme a derecho» (artículo 2.1 Ley de Arbitraje) y siempre con las garantías del artículo 24 Ley de Arbitraje».<sup>27</sup>

---

avanzado hasta el punto de considerar al primero, no como el peor enemigo del arbitraje, sino como una garantía, en el sentido de que los árbitros deben respetar el orden público del Estado.

En este sentido, véase PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. *Op. cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1069/1992, de 28 de noviembre (Ar. 1992/9449), en su Fundamento de Derecho Tercero «[...] sobre todo, es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (artículo 1814 del Código Civil), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley [...]».

<sup>27</sup> Esta afirmación se encuentra recogida en los Antecedentes del Auto del Pleno del Tribunal Constitucional n.º 301/2005, de 5 de julio, en concreto, n.º 5, D), planteados por el Fiscal General del Estado, quien hace hincapié en las diferencias que existen entre Laudos y Sentencias.

### III. EL OBJETO DE ARBITRAJE: LAS CONTROVERSIAS SOBRE MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN

«Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho». Así lo dispone literalmente, el artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Los estudios doctrinales que han analizado de forma exegética este precepto,<sup>28</sup> junto con los demás de la Ley de arbitraje, coinciden en afirmar que el Derecho de familia contiene normas que regulan materias que no son de libre disposición conforme a Derecho.<sup>29</sup> Cabe llevar a arbitraje pretensiones en las que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho e imputar al demandado la titularidad de la obligación.<sup>30</sup>

En general, se suele decir que no son susceptibles de arbitraje controversias relativas a la personalidad y aquellas que, en su mayoría, se encuadran dentro del ámbito del derecho de familia como son la filiación, la patria potestad y demás relativas a los estados civiles (filiación, matrimonio), como tampoco aquellas controversias en que interviene el Ministerio Fiscal.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> GÓMEZ JENÉ, M., en ARIAS LOZANO, D. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, p. 33. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje: doctrina, jurisprudencia, formularios, legislación*. Barcelona: Bosch, 2004.

<sup>29</sup> Yáñez Velasco señala que establecer que se excluye del arbitraje el derecho de familia sería erróneo, pues dentro de esta disciplina bien existen posibilidades de disposición arbitrable, por ejemplo, respecto de efectos vinculados a las crisis matrimoniales, bajo ciertas limitaciones (mayores y capaces). YÁÑEZ VELASCO, R., con la colaboración de ESCOLÀ BESORA, E. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 167.

<sup>30</sup> MONTERO AROCA, J. en BARONA VILAR, S. (Coord.). *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003)*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 117.

<sup>31</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur, 2004, p. 46. En este sentido, y recordando lo dispuesto en la Ley de arbitra-

También la jurisprudencia ha coincidido en afirmar que están excluidas del objeto del arbitraje estas mismas materias. Es de destacar al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, por referirse específicamente a esta cuestión, al señalar que:

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, las pautas de interpretación de la libre disponibilidad, sin intentar analizar otros supuestos concretos —arbitraje societario, ilícito concurrencial, ilícito penal, arbitraje arrendaticio— ni los supuestos en que la arbitrabilidad viene excluida por la imperatividad que impregna su disciplina material —determinadas materias derivadas de la Ley de Contrato de Agencia, etc.— son, que no es materia de libre disposición conforme a derecho las siguientes: relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, filiación, matrimonio, menores y todas aquellas en que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados o ausentes intervenga el Ministerio Fiscal y la relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos, de conformidad con el artículo 1.814 del Código Civil.<sup>32</sup>

---

je de 1988, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 352/2004 (Ar. 2004/2353).

La vigente Ley 60/2003, en cambio, suprimió del artículo relativo a las materias objeto de arbitraje la referencia a los procesos en que interviene el Ministerio Fiscal al considerar que no tiene relación con la disponibilidad o no de la materia. Así lo interpreta, MUNNÉ CATARINA, F. *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*. Barcelona: Ediciones experiencia, 2004, p. 43.

En el caso de que se mantuviera la propuesta de que también quedan excluidas del arbitraje aquellas materias que deben ser dilucidadas en procesos en que interviene el Ministerio Fiscal, esta debería ser matizada por la excepción que se produce en los procesos matrimoniales que se tramitan de mutuo acuerdo y en los que los cónyuges no tienen hijos, pues dicha intervención ya no será precisa. Véase al respecto, LORCA NAVARRETE, A.M. *Comentario a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. San Sebastián, 2004, p. 40.

<sup>32</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia n.º 373/2005, de 17 de mayo (Ar. 2005/1350), en su Fundamento de Derecho Segundo.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.814 del Código civil,<sup>33</sup> relativo al objeto de la transacción,<sup>34</sup> las cuestiones de Derecho de familia relacionadas con los aspectos personales de las partes quedarían excluidas del arbitraje, mientras que las cuestiones patrimoniales, cuanto menos, aquellas que pueden ser objeto de transacción, quedarían incluidas en el ámbito de las materias susceptibles de arbitraje.<sup>35</sup>

Esta interpretación de acuerdo con la legislación civil podría ponerse en relación con la interpretación que se deriva de las normas procesales contenidas en los artículos 19 y 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,<sup>36</sup> según la cual, partiendo de la base de la equiparación de la transacción y el arbitraje, se puede admitir que en aquellas materias de libre disponibilidad de las partes, una vez iniciado el proceso matrimonial, su resolución podría alcanzarse mediante un arbitraje.<sup>37</sup> No

---

<sup>33</sup> Este precepto señala que “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. Acerca del estado civil de las personas y de las cuestiones matrimoniales, ya hemos hecho alguna referencia y alguna más realizaremos. Respecto de la obligación de alimentos cabe decir que se puede disponer de las pensiones atrasadas, que ya han sido devengadas porque el tiempo de su pago ya llegó y no se realizó, puesto que el legislador interpreta ese retraso en el sentido de que no son ya vitales para el alimentista. Véase al respecto, DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, Op. cit.*, tomo IV, p. 49.

<sup>34</sup> El estudio de este particular contrato fue objeto de mi tesis doctoral, publicado por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores en el año 2003.

<sup>35</sup> Es favorable a la aplicación analógica del régimen de la transacción a la libre disponibilidad del arbitraje, HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y S. HIERRO ANIBARRO, en *Comentario a la Ley de Arbitraje. Op. cit.*, p. 131.

<sup>36</sup> Es de destacar el contenido literal del artículo 19, que intitulado «Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión», dispone en su punto 1 lo siguiente: «Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». Por su parte, el artículo 22, en correspondencia con el 19, establece las normas de terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto.

<sup>37</sup> ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa. Op. cit.*, p. 197.

obstante, la interpretación del artículo 751 de la LEC impediría la admisión del arbitraje puesto que, al referirse a la indisponibilidad del objeto en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el arbitraje no se menciona entre los supuestos de disponibilidad sobre el objeto, pues sólo cita la renuncia, el allanamiento, la transacción y el desistimiento.<sup>38</sup> Otra interpretación desde la vertiente procesalista es aquella que identifica la indisponibilidad de la materia a la necesidad de que ésta sea analizada en el procedimiento judicial, al considerar que con ello se establece un criterio seguro, puesto que la disponibilidad de la materia no siempre puede equivaler a la posibilidad de someter la cuestión a arbitraje, como sería en los delitos contra la libertad sexual el supuesto de la fijación de una pensión de alimentos como parte de la pretensión de resarcimiento, de dudosa arbitrabilidad<sup>39</sup>. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, establece que «la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto por las partes», que «en principio, son cuestiones arbitrales las cuestiones disponibles», aunque también reconoce que «es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles por las partes y respecto de las cuales se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable».

La intervención judicial en los procesos familiares no debe interpretarse en el sentido de que no puede existir autonomía privada en las relaciones familiares sino que la finalidad que pretende es la de evitar la arbitrariedad<sup>40</sup> y, por consiguiente, la desigualdad,<sup>41</sup> con la voluntad de otorgar la mayor protección a aquellos que son más dig-

---

<sup>38</sup> UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. «La mediación familiar». En *Revista Baylio*, edición electrónica, p. 18.

<sup>39</sup> NIEVA FENOLL, J. «Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición». En *Anuario de justicia alternativa*, n.º 3, 2002, pp. 25 y 27.

<sup>40</sup> Que no debe identificarse con arbitraje, pese a su similitud.

<sup>41</sup> ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*. *Op. cit.*, p. 179.

nos de una tutela preferente, como sería el supuesto de los menores de edad o de aquel miembro del matrimonio o de la pareja que se halle desfavorecido en los casos, principalmente, de crisis. De ahí que la autonomía de la voluntad, en el ámbito familiar, se circunscribe, principal y casi exclusivamente, a los mayores de edad, capaces, en sus relaciones patrimoniales, según lo dispuesto por las leyes en relación con los conflictos que se plantean en las distintas relaciones jurídicas familiares que existen y que a continuación analizaremos, sin ánimo de exhaustividad, al elegir las fundamentales por ser las más comunes.

Hasta el momento nos hemos ocupado de aquellas cuestiones generales que tienen incidencia acerca de la autonomía de la voluntad, las normas imperativas y el orden público como elementos que tradicionalmente se han tomado en consideración para determinar la admisibilidad o no del arbitraje en distintas materias. A continuación, queremos detenernos en aquellas relaciones básicas<sup>42</sup> de este ámbito civil familiar, esto es, cónyuges entre sí, de un lado, y padres e hijos, de otro, para resaltar aquellos aspectos jurídicos de las mismas respecto a los que el arbitraje puede ser uno de los medios utilizados por las partes para resolver controversias, en lugar del judicial. Para ello, tendremos en cuenta, de modo principal, las resoluciones dictadas por los Tribunales de Justicia sobre la cuestión que, bien sea de forma directa, como indirecta, sustentan o favorecen la idea de la admisibilidad o no del arbitraje en cada una de dichas instituciones.

#### IV. ARBITRABILIDAD EN INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

Comenzaremos nuestra andadura con las instituciones que se refieren a las relaciones entre los miembros de la pareja, para seguir con la relación entre los progenitores y sus hijos, incluyendo la patria potestad, o potestad parental y la filiación, dejando para el final aquellas insti-

---

<sup>42</sup> El estudio de todas las cuestiones familiares que podrían ser objeto de análisis en relación con su arbitrabilidad, uniones estables de pareja, pensión de alimentos atrasadas, etc. excedería con mucho la extensión de este trabajo por lo que hemos optado por centrarnos en las básicas.

tuciones previstas para la protección de la persona, como son la tutela o la curatela, para el supuesto de que los padres no ejerzan su potestad.

### a) Matrimonio

Los aspectos del matrimonio objeto de estudio, en relación con la admisión o no del arbitraje, ofrecen un resultado dispar, según que se trate de su constitución, extinción, o de las cuestiones patrimoniales constante y terminado el matrimonio.

#### 1. *Vínculo matrimonial*

Para empezar, el estado civil relativo al matrimonio no puede ser objeto del pacto de las partes, ni por lo que se refiere a su constitución<sup>43</sup> como tampoco a su finalización. No se puede crear una relación jurídica familiar que se denomine matrimonio si no reúne los requisitos de forma para su constitución señalados en la Ley,<sup>44</sup> del mismo modo que tampoco puede crearse un tipo de divorcio diferente de aquel legalmente previsto. Se trata de una cuestión que afecta al estado civil de la persona;<sup>45</sup> por consiguiente no cabe cláusula arbitral alguna sobre estas cuestiones.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> ROCA TRIAS, E. «Familia, familias y Derecho de familia» En *Anuario de Derecho Civil*, 1990, *cit.*, p. 1072 y ss.

<sup>44</sup> La relevancia que el Estado otorga a las formas del matrimonio queda patente en el hecho de que se trata de una de las materias respecto de las cuales el Estado tiene competencia exclusiva para legislar (artículo 149.1. 8ª CE).

<sup>45</sup> Son varias las sentencias que aluden a la unanimidad de la doctrina respecto de la inarbitrabilidad por indisponibilidad de las cuestiones matrimoniales relativas a la constitución del estado civil de las personas, así como de los derechos de la personalidad y del estado civil de las personas. Así por ejemplo, la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002, Fundamento de Derecho Segundo (Ar. 2003/22969) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 17 de noviembre de 2004, n.º 352/2004, Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 5º (Ar. 2004/2353).

<sup>46</sup> ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje», en *Anuario de justicia alternativa*, *cit.*, p. 182. En este sentido, Yáñez Velasco, R., con la colaboración de Escolà Besora, E. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*. *Op. cit.* p. 165.



## 2. Régimen económico-matrimonial

Los posibles pactos en el negocio jurídico matrimonial se circunscriben, principalmente, a las relaciones económicas,<sup>47</sup> aunque determinados aspectos patrimoniales no pueden ser objeto de acuerdo alguno en cuanto que se incluyen dentro del régimen primario, regulados por normas imperativas<sup>48</sup> y que afectan esencialmente a terceros, restando absolutamente al margen de la autonomía de la voluntad de las partes.

## 3. Efectos derivados de la ruptura conyugal

Como ya hemos señalado anteriormente, la ruptura matrimonial se regula por normas imperativas que impiden que otros medios de resolución de conflictos como el arbitraje pueda intervenir en el proceso que legalmente lo declara como finalizado. Se trata de una cuestión que afecta al estado civil y por tanto, excluido de la libre disposición de las partes, ex artículo 1.814 del Código civil.

Por otra parte, si consideramos que los pactos reguladores de la ruptura de los cónyuges,<sup>49</sup> sin haber sido sometidos a la aprobación judi-

---

<sup>47</sup> Aunque respecto de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, derogada por la de 2003, continua aplicable la consideración recogida en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bizkaia, Bilbo, de 2 de noviembre de 2005, Fundamento de Derecho Primero, párrafo 2º, según la cual están expresamente excluidas de someterse a arbitraje aquellas respecto de las que se pudiera disponer conforme a las leyes, las que se refieren a la personalidad, estado civil de las personas o las matrimoniales, que no tuvieran un estricto sentido económico. Por tanto, a sensu contrario, podrían someterse a arbitraje las cuestiones matrimoniales que tengan un contenido patrimonial.

<sup>48</sup> Son ejemplos en el Derecho civil catalán, la responsabilidad por deudas domésticas (artículo 8 del Código de familia catalán) o, también, la prohibición de pactar sobre la disposición de la vivienda familiar y la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular (artículo 9.1 del Código de familia de Cataluña). ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa. Op. cit., ibidem*.

<sup>49</sup> Los efectos económicos vinculados a las crisis matrimoniales son susceptibles de disposición y arbitrables, bajo ciertas limitaciones mayores y capaces<sup>9</sup>, como se-

cial, son un negocio jurídico de Derecho de familia, como así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1997,<sup>50</sup> podría tratarse de materia susceptible de ser resuelta mediante arbitraje.<sup>51</sup>

Sin embargo, en su mayor parte, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de pactar respecto de algunos, pocos, efectos que se derivan de la terminación del matrimonio, como son la liquidación del régimen económico matrimonial y respecto de la llamada pensión compensatoria, lo que supone, por tanto, que el arbitraje pueda ser el medio escogido por los cónyuges para proceder a la liquidación y fijación de la pensión, respectivamente.<sup>52</sup>

#### *a) Liquidación del régimen económico matrimonial*

En efecto, como excepción a la regla general en virtud de la cual no son arbitrables las cuestiones matrimoniales, debe considerarse susceptible de someterse a la decisión arbitral la liquidación de la sociedad<sup>53</sup>

---

ñala YAÑEZ VELASCO, R., con la colaboración de ESCOLÀ BESORA, E. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1997 (Ar. 1997/3251). En relación con el valor del convenio privado regulador de la separación no aprobado judicialmente o pendiente de aprobación judicial, esta Sentencia dispone que «no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. En suma salvados los derechos de los acreedores sobre bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario a favor de los adquirente terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites del principio de autonomía de la voluntad».

<sup>51</sup> ZARRALUQUI NAVARRO, L. «El arbitraje en Derecho de familia en General y en España, en particular, la problemática de los menores en los procesos arbitrales», 50 Congreso de la UIA, Comisión de Derecho de familia, p. 19 y 20. Hemos obtenido este trabajo en la siguiente dirección: [http://congres.uianet.org/fileadmin/user\\_upload/UIA/ZARRALUQUI NAVARRO Luis - ES 01.pdf](http://congres.uianet.org/fileadmin/user_upload/UIA/ZARRALUQUI_NAVARRO_Luis_-_ES_01.pdf)

<sup>52</sup> ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*. *Op. cit.*, p. 186.

conyugal. Y ello, por cuanto que se trata de una pretensión accesorio sobre la que las partes pueden disponer.<sup>54</sup>

### *b) Pensión compensatoria*

En particular, el Tribunal Supremo reconoció que la norma del artículo 97 del Código civil, relativa a la pensión por desequilibrio, no es imperativa, sino de derecho dispositivo, en su sentencia de 2 de diciembre de 1987.<sup>55</sup> Este carácter dispositivo podría ser el argumento para considerar la admisibilidad del arbitraje en la decisión de los elementos de dicha pensión. Sin embargo, hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 90 del Código civil o el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según los cuales el juez puede considerar que la renuncia de la pensión puede ser perjudicial para uno de los cónyuges, lo que conllevaría la no aprobación del convenio regulador.

---

<sup>53</sup> GÓMEZ JENÉ, M. *Comentario al artículo 2, en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, p. 33.

<sup>54</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 508/1999, de 8 de junio (Ar. 1999/4103), en su Fundamento de Derecho Cuarto admite la posibilidad de que la liquidación del régimen que disciplina las relaciones patrimoniales de los cónyuges se lleve a cabo, bien voluntariamente, bien habiéndose sometido al arbitraje de un tercero, dice la sentencia «permitido por el artículo 2.1 a) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje», la entonces vigente, pero de igual aplicación para la actual de 2003. Esta sentencia fue acogida como argumento por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, de 12 de diciembre de 2005, en su Fundamento de Derecho Cuarto.

Anteriormente, el Tribunal Supremo, ya había indicado que las consecuencias de la naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, puede ser objeto de transacción, puesto que «al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público». Sentencia, de 4 de diciembre de 1985 (Aranzadi, Ar. 1985/6202).

En esta misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, n.º 2387/2001, de 29 de marzo (Ar. 2001/233535) señala, en su Fundamento de Derecho Tercero, que «lo que es objeto de discordia encomendada al árbitro son las cuestiones privadas de contenido patrimonial entre los cónyuges, algo perfectamente disponible por ellos».

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (Ar., 1987/9174). En su Fundamento de Derecho Segundo, B) destaca que «si, pues, la ley no autoriza

## B) Filiación

La filiación, considerada como una cuestión relativa al estado civil de las personas, no es materia que pueda ser materia sometida al arbitraje<sup>56</sup> pues, como venimos indicando, no es materia disponible conforme a derecho, al poner en relación el arbitraje y la transacción, en concreto, por lo dispuesto en el artículo 1.814 del Código civil, según el cual no puede se puede transigir sobre el estado civil, por afectar al orden público.

---

al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil, es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente, por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere a la función tuitiva [...]. C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio». Esta sentencia es acogida por la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 4 de octubre de 2002 (Ar. 2002/6949).

<sup>56</sup> Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, anteriormente citada, 1069/1992, de 28 de noviembre (Ar. 1992/9449), en su Fundamento de Derecho Tercero, y que por su interés, reproducimos nuevamente «[...] sobre todo, es de resaltar que las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (artículo 1814 del Código Civil), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la Ley [...]». En este sentido, véase también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 383/2005, de 7 de diciembre (Ar. 2006/162056), en su Fundamento de Derecho Primero: «[...] En efecto, nos encontramos ante un proceso especial, sobre filiación, en el que concurren notables e importantes peculiaridades procesales no sólo por la naturaleza jurídico material de su objeto perteneciente al derecho de familia en cuanto afecta la acción al estado civil sino también por los principios jurídico-procesales que lo rigen, consecuencia del interés público afectado, que lo convierten en un proceso cuasi-inquisitivo, con intervención del Ministerio Fiscal, amplios poderes del órgano jurisdiccional sobre las pruebas y mitigación del

Por aplicación del artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cualquier proceso que tenga por objeto cuestiones que afecten a menores, en los que interviene el Ministerio Fiscal, el arbitraje no tendría cabida.<sup>57</sup>

Por lo que a la adopción se refiere, en cuanto que determinante de la filiación, junto con la natural o biológica, podría decirse que el arbitraje no tendría cabida en cuanto que el objeto de la misma no es controvertido, que no concurre verdadero litigio, en su sentido técnico-procesal de juicio jurídico de carácter contradictorio<sup>58</sup>. La ausencia de contradicción en este tipo de procedimientos aparta el arbitraje como medio de su constitución.

### *1. Patria potestad (potestad parental)*

Los pactos que afecten al interés de los hijos no son admisibles pues la potestad parental se ejerce siempre en beneficio de los descendientes, sin que tengan cabida renunciaciones, transacciones u otro tipo de negociación sin homologación judicial posterior. Además, en los procesos que puedan afectar a menores de edad y a incapacitados, el Ministerio Fiscal debe intervenir siempre (artículos 757.2 y 758.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los procesos sobre la capacidad de las personas y los artículos 771.2 y 775.1 LEC respecto del menor). Esta participación cualificada del Ministerio Fiscal en estos concretos procesos impide que para dichas cuestiones pueda recurrirse al sistema

---

principio dispositivo al no ser admisibles ni la transacción ni la renuncia de la acción, ni poder ser objeto de arbitraje y ser ineficaz el allanamiento [...].»

<sup>57</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 5/2002, de 29 de enero (Ar. 2002/134660), relativa a una acción de filiación, concretamente, acción de impugnación de maternidad, en su Fundamento de Derecho Tercero, se argumenta que «en toda rectificación tabular relativa a las relaciones paterno filiales, resulta inexcusable la interdependencia de que la presencia del Ministerio Fiscal vele por la incolumidad de intereses de tal suerte y de reglas como la inadmisibilidad del arbitraje y la conciliación [...]».

<sup>58</sup> MUNNÉ CATARINA, F. *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 44.

arbitral. Es el Juez, por consiguiente, el que tiene que decidir en «todas las cuestiones de derecho de familia».<sup>59</sup>

La imposibilidad de los pactos en las relaciones entre los progenitores y sus hijos aparece matizada en el Código de familia de Cataluña, al permitir que la actuación judicial sea sustituida<sup>60</sup> por la intervención de determinados parientes, siempre que los progenitores así lo decidan y dicha decisión sea ajustada a lo que la norma establece. El apartado 2 del artículo 138 del Código de familia prevé que en el caso de que los progenitores no estén de acuerdo en algún aspecto relativo al ejercicio de la potestad podrán sustituir la intervención de la autoridad judicial por el acuerdo de dos parientes designados siguiendo las reglas del artículo 149 del Código de sucesiones de Cataluña. Se trata de un supuesto recogido de forma similar en el artículo 25.1.b)<sup>61</sup> de la Ley 13/

---

<sup>59</sup> Así lo manifestó el Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 308/1994, de 7 de abril de 1994, (Ar. 1994/2728), en su Fundamento de Derecho Segundo, párrafo segundo: «[...] y lo primero que hay que afirmar es que todas las cuestiones de derecho de familia pertenecen al orden jurisdiccional civil», para añadir, respecto al objeto del recurso planteado, en el párrafo cuarto, «que no se diga que hubo transacción puesto que no tiene los caracteres de la transacción la decisión sobre materia que afecta a los hijos, que debe ser resuelta siempre pensando en el bien de los menores y con intervención del Ministerio Fiscal».

<sup>60</sup> Se trata de un negocio jurídico familiar que en ningún caso excluye definitivamente la intervención judicial ya que contiene una cláusula de cierre para el supuesto en que el acuerdo no se alcance, por lo que dicha intervención del juez se llevará cabo. Podría interpretarse que en estos pactos, la intervención judicial queda temporalmente aplazada, (en *stand-by*) mientras se persigue la resolución del conflicto de forma más eficiente a través de la vía prevista por el artículo 138.2 del Código de familia catalán. ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*, cit., p. 182.

<sup>61</sup> Artículo 25.- «Oposición de intereses.

1. Cuando entre el menor y quienes hayan de prestarle la asistencia exista oposición de intereses en algún asunto: a) Si es por parte de uno solo de los padres o tutores, la asistencia será prestada por el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso. b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores, la *asistencia será suplida por la Junta de Parientes* o un defensor judicial. [...]. La cursiva es nuestra».

2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (Boletín Oficial de Aragón, 30 de diciembre) y la Ley 63<sup>62</sup> de la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fureo Nuevo de Navarra (Boletín Oficial de Navarra, n.º 41 de 6 de abril).

Estos artículos pretenden agilizar la resolución de los conflictos mediante la intervención de parientes en lugar de la autoridad judicial, al tener presente el transtorno que un proceso contencioso puede suponer en el seno de la vida familiar.<sup>63</sup>

Esta tendencia desjudicializadora que los citados preceptos acogen en el ejercicio de la potestad<sup>64</sup> puede considerarse aplicable en los casos en los que los parientes, mediante la prestación de su consentimiento, favorecen la eficacia de decisiones fundamentalmente patrimoniales que los padres pretenden realizar y que, de no ser por la intervención de los parientes, se requeriría de autorización judi-

---

<sup>62</sup> Artículo 63.-

«[...]»

Ejercicio.- Las funciones inherentes a la patria potestad se ejercerán por el padre y la madre según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente. Serán sin embargo válidos los actos que cualquiera de ellos realice por sí solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares, y el uso del lugar, o en situaciones que exijan una urgente solución. En los casos de declaración de ausencia o de incapacitación de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro; en el de imposibilidad de uno de los padres, podrá el otro recabar del Juez la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad.

Si hubiera desacuerdo, *los Parientes Mayores, a solicitud conjunta de ambos padres*, y el Juez, a petición de cualquiera de éstos, resolverán su discrepancia, después de oír a los interesados e intentar la conciliación, atribuyendo sin ulterior recurso la facultad de decidir, en el caso concreto sometido a su conocimiento, al padre o a la madre».

<sup>63</sup> JOU MIRABENT, L. «Les relacions paterno-filials en el futur codi de família de Catalunya», a Materials de les Vuitenes Jornades de Dret català a Tossa 1994, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 124.

<sup>64</sup> Respecto del Derecho civil catalán, véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de família»». Barcelona: Bosch, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1999, pp. 257-264 y 269-300.

cial.<sup>65</sup> Se trata en suma de preceptos en los cuales se intenta asignar a los parientes una función arbitral,<sup>66</sup> por lo que «permiten especular sobre la oportunidad de extender técnicas de arbitraje a materias que habitualmente están excluidas».<sup>67</sup>

Desde una perspectiva teórica, puede parecer que esta forma de resolver conflictos tenga poca aplicación práctica. En efecto, puede resultar difícil pensar que ante un desacuerdo grave en el ejercicio de su potestad, los progenitores conseguirán ponerse de acuerdo para deferir formalmente la resolución del conflicto a parientes, y sobre todo si, como sucede en casos de desavenencias, los progenitores viven separados.<sup>68</sup>

Por su parte, en el derecho civil aragonés, la Junta de Parientes, que fue regulada por primera vez, de forma sistemática en la Compilación de 1967, ha tenido una excelente aceptación social desde entonces, por cuanto que se acude a ella en la mayor parte de los supuestos en los que los particulares pueden suscitar su intervención, evitando otros medios alternativos, en particular el judicial. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, el legislador ha ido añadiendo nuevos casos susceptibles de encauzarse a través de la Junta de Parientes, como en la Ley de Sucesiones de Aragón, de 1999 y en la Ley de Régimen económico-matri-

---

<sup>65</sup> FERRER RIBA, J. «Comentario al artículo 138 del Código de familia». En EGEA I FERNÁNDEZ, J. y J. FERRER I RIBA, (Dirs.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 664.

<sup>66</sup> ROCA TRIAS define la intervención de los parientes como «colegio arbitral». ROCA TRIAS, E. «Crisis matrimonial y arbitraje». En *Anuario de justicia alternativa*, cit., p. 178.

<sup>67</sup> FERRER RIBA, J. «Comentario al artículo 138 del Código de familia». En EGEA I FERNÁNDEZ, J. y J. FERRER I RIBA, (Dirs.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*, cit., p. 664.

<sup>68</sup> Así lo consideró FERRER RIBA, J. «Comentario al artículo 138 del Código de familia». En EGEA I FERNÁNDEZ, J. y J. FERRER I RIBA (Dirs.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*, cit., *ibidem*.



monial y viudedad de 2003.<sup>69</sup> Desde el punto de vista de su frecuencia práctica, las funciones principales de la Junta de Parientes son la autorización para disponer de bienes de menores de catorce años por sus representantes legales y la prestación de asistencia a los menores que han cumplido dicha edad, en los casos u formas que las leyes prevén. También puede dirimir divergencias entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar (artículo 71), así como divergencias sobre la titularidad de la autoridad familiar de personas distintas de los padres (artículo 76), si prefieren acudir a ella en lugar del juez, del mismo modo que las divergencias entre cónyuges sobre la determinación del domicilio familiar, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de régimen económico-matrimonial y viudedad. También tienen participación en la organización y funcionamiento de la tutela (artículos 92, 94, 99, 100, 126, 127 y 129 de la Ley de Derecho de la Persona) y en la guarda de hecho (artículo 145).

La naturaleza arbitral de la Junta de Parientes del Derecho aragonés podría encontrar su fundamento, de modo primordial, en la aclaración que se realiza respecto de la decisión de la Junta en el sentido de que, ya sea positiva o negativa, impide someter el mismo asunto a otro órgano de decisión, en particular, al Juez en funciones de jurisdicción voluntaria (artículo 164.2 de la Ley de Derecho de la Persona). Sin embargo, pese a que la resolución de la controversia haya podido producirse por la intervención de los parientes, terceros ajenos al conflicto, como en el arbitraje, el artículo 164.3 de dicha Ley dispone que la decisión de la Junta de Parientes, si no se ha pactado otra cosa, tendrá la fuerza de obligar de un contrato, lo que difiere de la asimilación a la sentencia que se predica del laudo arbitral.

Por otra parte, es de destacar también la institución de los Parientes Mayores del Derecho civil de Navarra, a la que hemos hecho alusión, cuya regulación (parientes a qué se refiere, suplencia, carácter

---

<sup>69</sup> Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (Boletín Oficial de Aragón, 30 de diciembre), p. 17053.

personalísimo, delegación, competencia, renuncia, recusación, intervención de una tercera persona en caso de que los Parientes Mayores no se pusieran de acuerdo para que la controversia se decida por mayoría, impugnación de los acuerdos y responsabilidad de los Parientes Mayores) se halla en las Leyes 137 y siguientes del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho civil foral de Navarra Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.<sup>70</sup>

Se trata de los dos más próximos parientes mayores de edad y residentes en Navarra, elegidos uno de la línea paterna y otro de la materna; si las personas entre quienes se suscite cuestión tuvieran distintos parientes, será elegido uno por cada parte. En todo caso, serán preferidos los parientes más próximos en grado; en igualdad de grado, los de vínculo doble sobre los de vínculo sencillo, y en las mismas condiciones los de más edad, de acuerdo con la Ley 138.

El papel que el legislador navarro otorga a los Parientes Mayores en la resolución de conflictos familiares no es baladí. Así pueden intervenir en cuestiones dispares como la asistencia al menor emancipado (Ley 66), la asistencia de los cónyuges menores de edad (Ley 86), en la apreciación de la existencia o no de convivencia en la sociedad familiar (Ley 97), decisión sobre la separación de personas y procurar que los «amos viejos» de la Casa permanezcan en ella en las comunidades familiares formalmente constituidas (Ley 128.2); decisión acerca de si procede el aseguramiento de la pensión, cuando se adjudique, mediante cláusula de estabilización u otra garantía (Ley 128, 2 in fine), interpretación, cumplimiento o incumplimiento de todas las cuestiones que se susciten de los derechos mencionados en la ley relativa al acogimiento de personas (Ley 132), fijación de la cuantía, plazo y forma de la entrega y las garantías que se estimen precisas de las dotaciones a cargo del heredero donatario o

---

<sup>70</sup> BOE n.º 57 a 63 de 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de marzo de 1973; correcc. errores BOE n.º 129 de 30 de mayo de 1974.

legatario de la Casa, en caso de no haberse determinado su cuantía o el modo de fijarla (Ley 134).<sup>71</sup>

En su mayoría, son actuaciones que los Parientes Mayores llevan a cabo para resolver conflictos dentro del ámbito del Derecho de familia,<sup>72</sup> en lugar de la intervención judicial. Por consiguiente, una vez abierta la posibilidad de que instituciones privadas, legalmente reconocidas, pueden dirimir este tipo de controversias, resulta más sencillo plantear la posibilidad de que se recurra al procedimiento arbitral como otro medio más para superar los conflictos familiares a que se refieren estas Leyes del Fuero, y siempre y cuando a éstas no las consideremos como normas imperativas, por tanto, de obligado cumplimiento, sin permitir, pues, el acceso de otras personas para solucionarlos, que no sean los Parientes Mayores.

De todo lo anterior se deriva que la disponibilidad o no de las materias, en general, y del derecho de familia, en particular, depende de la legislación y jurisprudencia imperante en un determinado momento histórico: el acuerdo sobre el régimen de custodia de un menor hubiera sido impensable hace años, mientras que actualmente ello es posible, previa comprobación judicial de que los derechos del menor no se ven perjudicados.<sup>73</sup>

### c) Tutela

Cuando la situación física o mental de una persona le impide gobernarse por sí misma, son de aplicación las normas de los artículos 199 y

---

<sup>71</sup> También en el ámbito sucesorio se contempla la intervención de los Parientes Mayores. Leyes 180, 281, 283, 285 y 288 del Fuero Nuevo de Navarra.

<sup>72</sup> La decisión de los Parientes Mayores se circunscribe principalmente en el ámbito patrimonial, aunque también se permite su intervención en algunas cuestiones de hecho, como la relativa a la existencia o no de convivencia de la sociedad familiar, recogido la Ley 97 del Fuero Nuevo de Navarra.

<sup>73</sup> NIEVA FENOLL, J. «Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición». En *Anuario de justicia alternativa*, n.º 3, 2002, p. 23.

siguientes del Código civil, y concordantes en la Ley de Enjuiciamiento civil, esto es, 756 y siguientes, relativos al proceso sobre la capacidad de las personas. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, n.º 261/2005, de 27 de abril, afirmó, en su Fundamento Jurídico segundo, que:

Al ser la incapacitación de una persona una cuestión que afecta directa e inmediatamente al ejercicio de los derechos y libertades consagradas en la Constitución, aún más, al núcleo esencial de los derechos que le son inherentes y que configuran su estado civil, se erige en cuestión que escapa del interés puramente privado para entrar de lleno en la esfera del orden público, de lo que se deriva la desvirtuación del principio dispositivo y su sustitución por el inquisitivo de modo que queda fuera del poder de las partes la iniciación del proceso, la facultad de delimitar el objeto de la contienda, la transacción, allanamiento o sumisión a arbitraje [...].<sup>74</sup>

En el ámbito de las normas reguladoras de las instituciones tutelares, encontramos una excepción a la rigidez de la imposibilidad de los pactos en las relaciones familiares en los artículos 226 y siguientes del Código de familia de Cataluña, en concreto, en el llamado «*consell de tutela*». Las competencias concretas que se asignan a este consejo de tutela ponen de relieve que su regulación legal responde a la voluntad de agilizar su funcionamiento, introduciendo un margen amplio de privatización; entre sus funciones, destaca la que se encuentra en el artículo 234.2 b): la competencia para resolver los desacuerdos entre tutores, si hay más de uno, o en su caso, entre el tutor y el administrador patrimonial, precepto este que debe complementarse con el artículo 201 del Código de familia de Cataluña, el cual ya anticipa que los desacuerdos entre los tutores con facultades atribuidas conjuntamente o entre el tutor i la persona responsable de la administración patrimonial, cuando tengan que actuar conjuntamente, son resueltos judicialmente o por el consejo de tutela.<sup>75</sup> Debemos resaltar también el

---

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005 (Ar. 2005/164251).

<sup>75</sup> Salvo la excepción del artículo 207.2 del Código de familia de Cataluña, según el cual, el administrador patrimonial debe facilitar al tutor los recursos correspon-

hecho que la decisión adoptada por el consejo de tutela tiene carácter definitivo puesto que el citado artículo 201 del Código de familia de Cataluña dispone que contra dicha decisión no se admite ulterior recurso.

De nuevo, la autonomía de la voluntad constituye la justificación de admitir la resolución de controversias a un órgano privado que no sea judicial. En efecto, el fundamento de la amplitud de las funciones que el Código de familia catalán asigna al consejo de familia radica en el llamado «sistema de tutela familiar», referido en el apartado III, párrafo 24 del Preámbulo de la Ley, que, a su vez, se asienta en la prevalencia de la autonomía privada.<sup>76</sup> Sin embargo, dicha amplitud de funciones no alcanza el límite de suprimir el control de la autoridad judicial en el desarrollo de la institución tutelar.

Nos hallamos frente a una institución, distinta de la autoridad judicial, a la que podemos considerar que se le reconoce la competencia para dirimir controversias en este ámbito, aunque no sea de modo absoluto, sobre la base del principio de autonomía privada.

En suma, el Derecho de familia es un ámbito del derecho privado en el que los poderes jurídicos que atribuyen a la persona que pertenece a un grupo familiar tienen un carácter instrumental, configurándose como derechos-deberes, cuyo ejercicio no es libre, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito patrimonial. Se trata de derechos-deberes fundados en unas directrices establecidas por los poderes públicos del Estado, partiendo de unas reglas básicas fijadas en la Constitución y reflejadas pues en las leyes civiles pertinentes. Ello se traduce, en correspondencia, en la voluntad del Estado de que sean los jueces los encar-

---

dientes para que pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones y en caso de desacuerdo, resuelve la autoridad judicial.

<sup>76</sup> A ello se refiere CASANOVAS MUSSONS, A. en su comentario al artículo 234, en la obra dirigida por EGEA I FERNÁNDEZ, J. y J. FERRER RIBA (Dirs.) *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*, cit., p. 969.

gados de dirimir los conflictos que puedan surgir en el ámbito familiar en particular, en aquellos que puedan afectar a determinadas relaciones jurídicas personales (matrimonio) y a los derechos de terceras personas (hijos), velando por la salvaguarda de los derechos que procedan.

En su configuración actual, la intervención del árbitro como método heterocompositivo de resolución de controversias en el ámbito familiar se circunscribiría, pues, a algunos de los aspectos patrimoniales de las instituciones familiares (liquidación del régimen económico-matrimonial, determinadas pensiones). En lo demás, el arbitraje queda, por tanto, excluido.

Sin embargo, si se considerara que nuestro sistema como individualista, en el cual el Estado tiene entre sus finalidades básicas que los ciudadanos desarrollen su personalidad, libremente, ello podría conducir, con las cautelas que corresponden a la materia que se trata, a una cierta privatización de los fenómenos familiares, a la reducción del ámbito del orden público con la correspondiente ampliación del campo de la autonomía privada, suponiendo con ello que la voluntad individual sea tomada en cuenta en la elección del medio de resolución de los conflictos que puedan derivarse de las relaciones familiares. Y ahí sí, el arbitraje podría ver ampliado su ámbito de aplicación en el Derecho de familia, considerando que con ello los derechos de las personas que precisan de una mayor protección (como los menores o uno de los cónyuges) no resultan perjudicados puesto que el laudo arbitral está sujeto a las normas imperativas y al orden público, bajo pena de nulidad en caso contrario.

## CAPÍTULO 15

ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES:

EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

M<sup>a</sup> Fátima Yáñez Vivero





## Capítulo 15

### ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES: EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

*M<sup>a</sup> Fátima Yáñez Vivero*

I. Introducción.— II. Antecedentes normativos y regulación vigente en España del llamado arbitraje testamentario.— III. El arbitraje testamentario como un supuesto atípico de arbitraje.— IV. El árbitro testamentario y otras figuras afines.— 1. Árbitro y Arbitrador.— 2. Árbitro y Albacea.— 3. Árbitro y Contador-Partidor.— V. Ámbito de aplicación del arbitraje testamentario.— 1. Ámbito subjetivo.— 1.1. ¿Quién puede ser árbitro testamentario?— 1.2. ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?— 2. Ámbito objetivo.— VI. El arbitraje testamentario en otros ordenamientos jurídicos.— VII. Un modelo concreto de cláusula testamentaria arbitral.— VIII. Justificación y utilidad del arbitraje testamentario: reflexiones críticas para un debate.

#### I. INTRODUCCIÓN

La escasa atención e importancia que el legislador concede al arbitraje sucesorio, unida a la también escasa proyección práctica, desencadenan una serie de interrogantes sobre el denominado «arbitraje testamentario» a los que no es fácil dar respuesta.

Tan solo un precepto de la vigente Ley española de arbitraje se ocupa de regular este tipo de arbitraje y ni una sola mención recibe esta modalidad en su Exposición de Motivos. El artículo 10, intitulado «Arbitraje testamentario», dentro del Título II (Del Convenio arbitral y sus efectos) dispone lo siguiente: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias en-

tre 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.

Disecionar el contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, con el objeto de apreciar sus ventajas e inconvenientes, constituye la modesta pretensión de este estudio.

## II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA DEL LLAMADO ARBITRAJE TESTAMENTARIO

La vigente regulación del arbitraje testamentario en España procede del artículo 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, y del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

El artículo 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 disponía lo siguiente:

Artículo 5.- «El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia».

Parece que el precedente normativo de este precepto hay que buscarlo en el ordenamiento jurídico alemán, concretamente en el párrafo 1048 de la Ordenanza Procesal Civil.<sup>1</sup>

Por su parte, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 establecía lo siguiente:

Artículo 7. - «Excepcionalmente, será válido, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Como puede observarse, la Ley de 1988 mantiene el espíritu de la Ley de 1953 en esta materia, añadiendo las palabras «legatarios» y «administración» de la herencia. Se amplía, así, tanto el ámbito personal como el material del precepto, extendiendo las funciones del árbitro testamentario no sólo a los conflictos surgidos entre herederos no forzosos, sino también entre éstos y los legatarios o entre éstos entre sí, sobre cuestiones relativas no sólo a la distribución de la herencia sino también a la administración de la misma.

En la tramitación parlamentaria de la norma de la Ley de 1988 se presentó una enmienda que proponía su supresión por considerarla inútil, habida cuenta de la existencia de los artículos 901 y siguientes del Código Civil.<sup>2</sup> La enmienda no prosperó finalmente.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Así lo refleja GARCÍA PÉREZ, «El arbitraje testamentario». Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 40.

<sup>2</sup> Vid ALBALADEJO GARCÍA. «El arbitraje testamentario». En *Actualidad Civil*, n.º 1, 1990, pp. 80 y ss. El citado autor destaca la opinión de aquellos diputados que, como Granados, defendía la existencia de este arbitraje. Tampoco para Albaladejo tiene sentido esa supresión, aunque sí propone la sustitución de la expresión «herederos no forzosos y legatarios» por «sucesores no forzosos» (*Op. cit.*, p. 80).

<sup>3</sup> Así lo subraya VERDERA TUELLS. «La Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación». En *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2005.

Según el primero de los preceptos civiles anteriormente invocados, «los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes». Parece claro, según este precepto, que existiendo un albacea al que el testador haya dotado de las funciones propias de un árbitro, carece de sentido la reduplicación de figuras y por tanto, la regulación del arbitraje en un ámbito en el que puede existir una institución que pudiera asumir esas funciones. Sin embargo, la decisión del albacea se puede impugnar si, por ejemplo, se considera que vulnera la voluntad del testador. ¿Sería impugnabile en ese mismo caso un laudo arbitral? Respuestas a preguntas como éstas conforman la clave de la necesidad o utilidad del arbitraje testamentario.

Ya hemos reproducido anteriormente el artículo 10 de la vigente Ley de arbitraje, de 2003, que sigue, casi fielmente, sus precedentes legislativos. En la Ley vigente se suprime el adverbio «*excepcionalmente*» y, por primera vez, se denomina esta clase de arbitraje como «arbitraje testamentario». La supresión del adverbio «excepcionalmente» suscitaría una primera interpretación en el sentido de conferir normalidad práctica a esta figura. La realidad, sin embargo, no parece dotar de normalidad al arbitraje testamentario.

Respecto al texto de la Ley de 1988, el nuevo artículo 10 sustituye la expresión «arbitraje instituido por la sola voluntad del testador» por «arbitraje instituido por disposición testamentaria». Con ello, queda fuera de toda duda que sólo podrá instituirse esta modalidad de arbitraje a través del testamento, cualquiera que sea su forma. Pero, en ningún caso, podrá el testador fuera de testamento (a través de escritura pública, por ejemplo) establecer este arbitraje. Esta interpretación gramatical es, sin embargo, rechazada por el Prof. Díez-Picazo, para quien la interpretación del precepto debe ser extensiva, de modo que aquellos actos de última voluntad que no sean estrictamente testamentarios deben ser vehículos hábiles para establecer el arbitraje. Así por ejemplo, la división *inter vivos* de la herencia realizada por el padre (artículo 1056 Código Civil), la realización de adjudicaciones como

mejoras que el cónyuge viudo puede realizar por actos *inter vivos* (artículo 831 Código Civil), o en Cataluña, el codicilo en el que, como complemento del testamento en el que se instituye heredero, se instituya este tipo de arbitraje.<sup>4</sup>

Mención especial merece la proyección del arbitraje testamentario en los derechos autonómicos que configuran el panorama jurídico normativo en España. Buen exponente de ello es el segundo apartado del artículo 58 de la Ley Catalana 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña. Establece este precepto lo siguiente: «La partición arbitral tendrá lugar cuando el arbitraje haya sido instituido por la voluntad del testador de acuerdo con la ley, o de común acuerdo entre todos los coherederos». En el Código de Sucesiones catalán el arbitraje testamentario está regulado exclusivamente en el ámbito de la partición de la herencia y parece que, en principio, se podrá aplicar, sin distinción, a todo tipo de sucesores. Aunque la norma es muy breve, entiendo que es suficientemente expresiva de la cuestión que, en la práctica, puede constituir el motor del arbitraje testamentario.

Observemos que el segundo apartado del artículo 58 del Código de Sucesiones de Cataluña hace alusión a dos clases de partición arbitral. Una, la del segundo inciso, es la partición arbitral acordada por los herederos que, como ya hemos dicho, no constituye un caso de arbitraje testamentario, aunque el laudo particional emitido por el árbitro tenga los efectos propios de todo laudo arbitral. La primera en cambio, sí es propiamente un caso de arbitraje testamentario y la duda que se plantea es si la voluntad del testador, a la hora de constituir el arbitraje, tiene como finalidad la de designar o encomendar la designación de un árbitro para realizar la partición o si, además de esto, su voluntad va dirigida hacia el nombramiento de un árbitro que actúe como un

---

<sup>4</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, GONZÁLEZ SORIA (Coordinador). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 110.

«juez» para dirimir las diferencias surgidas con ocasión de aquella partición. Sólo en este segundo caso estaríamos ante un verdadero arbitraje, porque la partición arbitral, sin más, no es arbitraje en la medida en que no se da el presupuesto del mismo: la controversia.

Por otro lado, tendríamos que plantearnos si los límites a la voluntad del testador que instituye el arbitraje son los límites subjetivos impuestos por la Ley nacional de Arbitraje (Ley 60/2003), es decir, el resultar sólo aplicable a las diferencias surgidas «entre herederos no forzosos o legatarios». Si fuese así, es decir, si «la ley», a la que se refiere la citada regla del artículo 58, es la Ley de Arbitraje, las diferencias entre la regulación catalana del arbitraje testamentario y la regulación nacional quedarían absolutamente diluidas.

La regulación catalana del arbitraje se realiza al amparo del artículo 149.1.8º de la Constitución Española, que permite conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles forales o especiales a determinadas Comunidades Autónomas en ámbitos como el sucesorio. Para algunos autores, sin embargo, la Ley Catalana no debería legislar sobre una institución cuya regulación corresponde al Estado, en virtud del artículo 149.1.6 de la Constitución, que reserva a la competencia estatal la legislación procesal; y el arbitraje es una institución procesal<sup>5</sup>. Podría, pues, plantearse alguna duda de inconstitucionalidad respecto a la Ley Catalana, porque conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «el establecimiento de un sistema general de arbitraje es una competencia típicamente estatal».<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 421. Distinta es la opinión de Verdera Server, para quien Cataluña está perfectamente legitimada, al amparo del artículo 149.1.8º C.E., para abordar la regulación del arbitraje en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. Vid el comentario de este autor al artículo 10 de la Ley, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR (Coordinadora). Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 417.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo, reflejada en su trabajo por Merino Merchán y Chillón Medina, *ibidem*.

En la figura del arbitraje testamentario, ¿qué pesa más la institución arbitral o la sucesión testamentaria? No es fácil responder a esta pregunta y, probablemente, en su respuesta se halla la clave para valorar aquellas legislaciones autonómicas que disciplinan el arbitraje testamentario. Parece que, ante todo, estamos ante una modalidad de arbitraje impuesta por el testador a un determinado tipo de herederos y a los legatarios. Éstos tienen libertad para decidir si quieren verse afectados por ese arbitraje, en la medida en que pueden aceptar o rechazar las atribuciones sucesorias. En mi opinión, una vez aceptadas las correspondientes atribuciones, el arbitraje testamentario estatuido por el testador es un arbitraje al que se le aplicará, en primer orden y en la medida de lo posible, la normativa establecida en la Ley de Arbitraje de 2003. Por ello, creo que prima el componente arbitral y en este sentido, cuando se trate de resolver verdaderas controversias, la legislación estatal tiene primacía.

Ahora bien, hemos anunciado la posibilidad de que el arbitraje testamentario regulado por el Código de Sucesiones de Cataluña no sea un auténtico arbitraje, sino una mera partición realizada por un árbitro que no se constituye, pues, como un verdadero dirimente de la controversia que no ha surgido o que no ha surgido todavía. En este caso, no existirá ninguna duda sobre la posible inconstitucionalidad de la ley autonómica en la medida en que no estamos hablando de un genuino arbitraje. En este caso, y tratándose de una mera partición, tampoco será necesario que se cumplan los requisitos subjetivos de la Ley de Arbitraje («entre herederos no forzosos y legatarios»).

### III. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO COMO UN SUPUESTO ATÍPICO DE ARBITRAJE

Lo normal no es que sea un testamento —negocio unilateral por excelencia— el que dé origen al arbitraje. El arbitraje nace, habitualmente,

---

<sup>7</sup> Quedan fuera del objeto de este estudio las consideraciones relativas a la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, por entender que desbordan la finalidad de un trabajo que, como éste, sólo pretende acercar al lector hacia un concreto modelo de arbitraje.

a través de un acuerdo de voluntades formalizado a través del denominado convenio arbitral.<sup>7</sup> Estamos, pues, ante un supuesto atípico de arbitraje, en el sentido —no de carencia de regulación del mismo— sino de irregularidad o excepcionalidad dentro de la institución del arbitraje. El arbitraje convencional supone una sumisión voluntaria al juicio (sea de derecho sea de equidad) emitido por el árbitro, mientras que el arbitraje testamentario supone una imposición por parte de un sujeto, que no formará parte de la controversia porque ya ha fallecido. Como ha señalado alguna autora, el arbitraje testamentario es el único caso en que se permite que, por una voluntad ajena a las partes, éstas sometan la resolución de sus controversias a la decisión vinculante de un tercero, con renuncia a la vía judicial ordinaria.<sup>8</sup>

Si sustituimos la concepción contractual del arbitraje por una visión negocial del mismo, podríamos llegar a la conclusión de que, en el caso del arbitraje testamentario, nos encontramos ante un negocio jurídico creador de una situación jurídica de carácter procesal.<sup>9</sup>

En todo caso, nos encontramos ante un supuesto de arbitraje voluntario extracontractual, en la medida en que la fuente de su creación reside en la voluntad unilateral del testador. Pero no por ello dejaría de ser arbitraje testamentario el instituido por el testador, aunque con el encargo de que un tercero o los propios herederos formalicen posteriormente, un convenio con el árbitro que vaya a dirimir el conflicto.

En la tramitación parlamentaria de la vigente Ley española de arbitraje se discutió, en relación al arbitraje testamentario, su ubicación dentro del conjunto normativo. El senador Galán Pérez, del Partido Socialista Obrero Español, consideraba oportuno regular esta modalidad de arbitraje dentro de los primeros preceptos de la Ley y no, como aparecía en el Proyecto, en el capítulo destinado a regular el convenio

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ CARRASCO. «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. GARBERÍ LLOBREGAT (Director). Barcelona: Bosch, 2004, p. 226.

<sup>9</sup> Así lo describe GARCÍA PÉREZ. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 28.



arbitral. Respondió a esta enmienda Gutiérrez González, senador del Partido Popular, que defendió la ubicación del precepto dentro del marco del convenio arbitral porque decía «el convenio arbitral en el arbitraje testamentario precisamente nace del testamento, es decir, surge de esa voluntad unilateral del premuerto, en consecuencia tampoco es anormal o irregular que el testamento o el arbitraje testamentario quede regulado en los postulados propios del convenio arbitral».<sup>10</sup>

En mi opinión, no tiene por qué haber, necesariamente, un convenio arbitral que nazca del testamento. Cuestión diferente es que el testador «comprometa» a determinados herederos y en determinados casos a que sustituyan la vía judicial por la arbitral y formalicen el correspondiente convenio arbitral, pero no será éste un «convenio» fruto de la voluntad de las partes en conflicto —genuino sentido del convenio arbitral— sino fruto de una imposición del testador. La fuente del arbitraje no es, pues, el convenio sino la voluntad unilateral del testador que puede dejar ya designado árbitro o encomendar esta designación para el futuro y para el caso en que se origine una controversia. Lo que sucederá, habitualmente, es que el testador encomiende la administración del arbitraje a determinada entidad (artículo 14 de la Ley 60/2003) que será la que se encargue de administrar el arbitraje en el marco permitido por el artículo 10 de la Ley.

#### IV. EL ÁRBITRO TESTAMENTARIO Y OTRAS FIGURAS AFINES

##### 1. Árbitro y Arbitrador

Existía cierta tendencia, sobre todo en el ámbito jurisprudencial, a denominar árbitro a aquel sujeto que tiene la función, encomendada por el testador, de integrar o complementar las declaraciones de voluntad

---

<sup>10</sup> Vid el debate parlamentario en torno a esta cuestión en el Boletín de las Cortes Generales (n.º 166). Publicaciones del Pleno del Senado, 10 de diciembre de 2003 ([www.senado.es](http://www.senado.es))

del testador.<sup>11</sup> Se trata de casos excepcionales habida cuenta de que el artículo 670 del Código Civil considera que el testamento es un acto personalísimo cuya formación no puede dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero. Sin embargo, pudiera encomendarse «al arbitrio de un tercero» la designación de porciones que correspondan a aquellos sucesores que no hayan sido instituidos con nombre y apellidos, ya que el segundo párrafo del citado artículo 670 dice que no podrá dejarse «al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Y también podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a determinados grupos o clases, como por ejemplo a los sobrinos o primos (artículo 671 Código Civil).

En aplicación de normas como las anteriores, los órganos jurisdiccionales aprecian la existencia del denominado arbitrio encomendado a un tercero, figura ésta diferente a la del árbitro testamentario. Por orden cronológico, las primeras resoluciones sobre esta materia son las siguientes: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1902, Resolución del mismo órgano consultivo de 25 de septiembre de 1903, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1918 y Sentencia del mismo Tribunal de 24 de junio de 1940. En las anteriores resoluciones y en otras similares se reconocen funciones arbitrales o facultades para dictar resoluciones de tipo arbitral a los albaceas o contadores-partidores designados por el testador, pero sin demasiadas precisiones técnicas en cuanto al término «arbitral».<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1918, 6 de octubre de 1932, ó 24 de junio de 1940. También se produce esta confusión de funciones en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1902, 25 de septiembre de 1903, 22 de octubre de 1935 ó 28 de marzo de 1944.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1908 el testador designaba albacea a un sujeto determinado, con la facultad de adjudicar bienes a las personas elegidas por éste (entre sucesores voluntarios), señalando en la propia disposición testamentaria que la decisión de este albacea se llevaría a efecto y se consideraría irrevocable, pues era constituido como un amigable componedor.

Sin embargo, a medida que pasa el tiempo, la jurisprudencia comienza a delimitar los conceptos de árbitro y arbitrador. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 28 de mayo de 1998 confirma el criterio de «a sentencia apelada rechazando que la partición y adjudicación de bienes fuera vinculante para los interesados, al haberla realizado un hombre bueno o arbitrador pero no un árbitro, siendo preciso, cuando de un arbitrador se trata, que la partición de los bienes sea aceptada por las personas que le designaron».<sup>13</sup>

La diferencia entre árbitro y arbitrador radica, fundamentalmente, en los efectos que desencadena una y otra figura. Mientras el laudo arbitral es un título que lleva aparejada ejecución (artículo 517.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y desencadena efectos de cosa juzgada, la decisión adoptada por el sujeto que no es árbitro en sentido técnico sólo tiene efectos contractuales, necesita el consentimiento o aprobación de las personas que lo designaron y, al no tener efectos de cosa juzgada, es susceptible de ser impugnada en la vía judicial.

## 2. Árbitro y Albacea

Dentro de la categoría general y poco definida de los arbitradores designados por el testador, el albacea representa un papel muy significativo en la medida en que es el sujeto encargado de ejecutar la voluntad testamentaria. Tiene, pues, una tarea eminentemente interpretativa de la voluntad del testador que lo ha designado. El albacea trata de evitar la controversia a través de una interpretación de las cláusulas testamentarias que refleje de modo fiel la voluntad del testador, aunque, a veces, como consecuencia de esa interpretación se generan diferencias importantes entre los sucesores.

La función del árbitro, por el contrario, es la de resolver la controversia que ya se ha suscitado. Se trata de funciones diversas para car-

---

<sup>13</sup> Sentencia reflejada por Verdera Server, en su estudio sobre el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, *Op. cit.*, nota 14, p. 419.

gos diversos, lo cual no impide que se puedan acumular en una misma persona.<sup>14</sup>

### 3. Árbitro y Contador-Partidor

Al igual que sucede en el caso del albacea, el contador-partidor tiene una función diversa de la del árbitro. Mientras el contador-partidor es el que tiene encomendada la tarea de realizar la división de la herencia a través de todas las operaciones que configuran el cuaderno particional, el árbitro tiene la función de dirimir las diferencias o conflictos que se originen. Su función no es la de partir sino la de resolver, con los efectos propios de una sentencia judicial, la controversia, sea la suscitada por la división de la herencia, sea la surgida por la administración de la misma. El Tribunal Supremo, en sentencias como la de 17 de septiembre de 1986 o la de 15 de febrero de 1996, establecen que «la referencia a árbitros o amigables componedores, en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no han de regirse por la Ley 36/1988, de Arbitraje, sino a voluntad de los interesados, pues el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia [...]». Queda claro en la jurisprudencia citada que en el ámbito de la división de los diversos tipos de comunidad, se tiende a utilizar el término «árbitro» en un sentido genérico, como sinónimo de «amigable componedor», y no en el sentido preciso y técnico contemplado en la Ley de Arbitraje.

Como ambas funciones no son incompatibles, no hay razones para excluir que redunden en la misma persona, esto es, que el sujeto designado contador partidor también sea árbitro, aunque no en todo caso esta duplicidad de funciones en una misma persona garantizará la imparcialidad necesaria en todo árbitro.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Volveremos sobre ello al tratar los elementos subjetivos del arbitraje testamentario (apartado V).

<sup>15</sup> *Vid* apartado V, sobre los elementos subjetivos del arbitraje testamentario.

El caso contemplado en la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1984, es un buen exponente de la compatibilidad de esas funciones. Entre las facultades del contador-partidor se encontraba la de ser árbitro y, aquí, árbitro no es un simple arbitrador, sino el sujeto que emite una resolución (laudo) con efectos similares a los de una sentencia judicial. Se trataba de un testamento en el que se nombra a un determinado sujeto, «árbitro de equidad y contador dirimente con amplias facultades». Entre las facultades del árbitro, «se incluyen las de resolver con criterio de equidad, respecto de la titularidad, reparto y distribución de los bienes enumerados en el exponente II de la presente escritura [...]». Al árbitro de esta sentencia del Supremo se le atribuyen no sólo funciones divisorias, sino también la facultad de decidir las divergencias o discrepancias existentes entre los cesionarios.

## V ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

### 1. Ámbito subjetivo

Bajo un epígrafe titulado «Ámbito subjetivo del arbitraje testamentario» habrá que tratar, al menos, dos cuestiones: una, la relativa a la legitimación activa para desempeñar la función de árbitro, y, otra, la correspondiente a los sujetos a los que puede afectar la decisión o laudo arbitral.

#### *¿Quién puede ser árbitro testamentario?*

Las personas designadas como árbitros deben reunir los requisitos generales establecidos en la Ley. Estos requisitos se hallan definidos en tres preceptos de la vigente Ley de Arbitraje (artículos 13, 15 y 17). Todos ellos conducen al nombramiento de árbitros que desempeñen el arbitraje de modo independiente e imparcial. «En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», dice el apartado segundo del artículo 17 de la Ley. Esta norma vincula al testador si en el testamento designa árbitro o árbitros, pero si enco-

mienda 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.<sup>16</sup>

Parece que no hay inconveniente en que un albacea o contador partidador pueda ser también árbitro, si así lo desea el testador o el tercero habilitado por éste.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

Los inconvenientes para que un albacea o contador-partidador puedan, también, ser designados árbitros dependen, en mi opinión, del tipo de controversia ante el que nos encontremos. Ello decidirá, en mi opinión, 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-partidador designado por el testador para realizar la

---

<sup>16</sup> El arbitraje institucional está regulado en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje y permite que se adjudique la administración del arbitraje y la designación de árbitros tanto a corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales (en especial, el Tribunal de Defensa de la Competencia), como a asociaciones o fundaciones, o a cualquier otra entidad que carezca de ánimo de lucro y prevea en sus estatutos funciones arbitrales.

<sup>17</sup> VERDERA SERVER. *Op. cit.*, p. 422. También MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 426.

<sup>18</sup> Así lo entiende GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, p. 69. Sigue este criterio, HIDALGO GARCÍA, «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ. Lex Nova, 2004, p. 208

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 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.

Sin embargo, creo que no habría inconveniente en que el testador designe árbitro testamentario a un albacea o partidor con el objeto de resolver una cuestión litigiosa referente a una materia en la que previamente no haya intervenido. Por ejemplo, entiendo válida una cláusula testamentaria en la que se nombra árbitro al contador-partidor que realizará la partición de la herencia, para resolver las diferencias suscitadas por la administración o gestión de la herencia.<sup>19</sup>

¿Podría ser designado árbitro el cónyuge viudo? Algunos autores entienden que no existe incompatibilidad para este nombramiento habida cuenta de que el cónyuge viudo no es estrictamente heredero sino usufructuario de la cuota viudal.<sup>20</sup> Si admitimos esta compatibilidad también habría de admitirse, quizá, la del legitimario para ser árbitro de las controversias que afecten a los herederos voluntarios o a los legatarios. Sin embargo, parece que tanto en el caso del cónyuge viudo del testador como en el de los legitimarios, sólo podrán ser designados árbitros cuando no medie ninguna relación personal o profesional con las partes de la contienda. Así lo exige como hemos visto, la imparcialidad e independencia a las que hace referencia el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje. En la práctica, será difícil la desvinculación personal en los casos anteriormente aludidos.

---

<sup>19</sup> Por todo ello, no comparto el criterio doctrinal según el cual «nada impide que efectuada la partición por un contador-partidor se encomiende a este mismo sujeto la función de resolver las diferencias que entre los sucesores puedan surgir con ocasión de esa distribución de la herencia». *Vid* SERVERA VERDER. *Op. cit.*, p. 423.

<sup>20</sup> Así, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 426.

¿Cabría que el testador no designase directamente árbitro pero encomendase el nombramiento a un tercero o entregase la administración del arbitraje testamentario?<sup>21</sup> No se ve el inconveniente para que así sea y de hecho, así se materializa en muchas cláusulas que diferentes órganos arbitrales recogen como cláusulas tipo.<sup>22</sup>

¿Puede el albacea designar árbitro o no existiría en este caso la imparcialidad y neutralidad necesaria en el árbitro designado por el albacea?<sup>23</sup> Se ha dicho que el testador puede facultar al albacea para la designación del árbitro o árbitros.<sup>24</sup> A mi juicio, esta designación pudiera adolecer de la imparcialidad e independencia, que deben presidir la actuación arbitral, cuando la controversia que el árbitro ha de dirimir está relacionada con alguna de las funciones asignadas al albacea. Si el albacea, en ejecución de una cláusula testamentaria un poco confusa, debe entregar una cierta cantidad de dinero en concepto de legado a varios sujetos beneficiarios y éstos (legatarios) no están de acuerdo con el reparto, se habrá generado una contienda que si quien debe resolverla es el árbitro designado por el albacea que ha decidido el reparto, pudiera adolecer de la independencia y neutralidad necesarias.

Se puede plantear también qué solución adoptar si el testador ha instituido el arbitraje en su testamento, pero no ha designado árbitro, ni ha encomendado su designación o administración a un tercero. En este caso, parece que habrá de procederse a la formalización judicial del arbitraje que debería ser solicitada por los sucesores interesados (artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje). Si no lo hicieren, entiendo que perderían sus derechos en la sucesión, al no estar habilitados ellos para designar directamente el árbitro o árbitros. La formalización judicial del arbitraje también procedería en el caso en que el árbitro designado por el testador no quiere o no puede aceptar el cargo.

---

<sup>21</sup> Se lo plantea el Profesor Albaladejo, *Op. cit.*, p. 86.

<sup>22</sup> *Vid.*, a estos efectos, la cláusula testamentaria que se recoge al final de este trabajo.

<sup>23</sup> Cuestión que se plantea GARCÍA PÉREZ, pp. 201 y ss.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*, p. 227.



### ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?

El artículo 10 de la Ley 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 artículo 2.1 de la precitada normativa:

Artículo 2.1.- «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».

El principal problema que plantea el precepto es el de la comprensión del término «herederos no forzosos». Como se sabe, no todo legitimario es heredero. El testador puede atribuir bienes y derechos a sus legitimarios por un título diferente al de heredero. Puede hacerse esta atribución a través de un legado o a través de una donación. En fechas no muy lejanas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de julio de 2002, manifestaba que:

No es acertada la calificación que el Código Civil hace del legitimario como heredero forzoso. Pues el causante puede cumplir con su obligación de respetar la legítima disponiendo de bienes y derechos a favor del legítimo hasta las cuotas legales, mediante la institución de heredero o de legado o incluso mediante una donación *intervivos* («por cualquier título» dice el artículo 815 del Código Civil).

Así pues, si aplicamos literalmente el artículo 10 de la Ley de Arbitraje serían susceptibles de arbitraje los conflictos de los legitimarios que reciban su «herencia» a través de un legado o de una donación. Parece obvio que no quería ser éste el espíritu del precepto sino el de la «protección» de los intereses de los legitimarios, independientemente del título por el cual reciban la atribución.

Ante esta situación, se ha propuesto la sustitución de «herederos no forzosos o legatarios» por «sucesores no forzosos», ya que de este modo quedaría también excluido del ámbito del arbitraje el cónyuge viudo que, al ser usufructuario y no heredero en sentido estricto, podría quedar incluido en una aplicación literal del artículo 10.<sup>25</sup>

Por otra parte, se incluye en el ámbito del arbitraje las cuestiones suscitadas por los legatarios, pero no debe olvidarse —como hemos señalado— el dato de que el legado puede ser una vía para el pago de las legítimas, de modo que en este caso y en una aplicación gramatical del citado precepto arbitral, el legatario quedaría incluido en el espectro de la norma. Quizá, en este sentido, hubiese sido oportuno sustituir la expresión «herederos no forzosos o legatarios» por «herederos o legatarios no forzosos».<sup>26</sup>

Con todo, la expresión «sucesores voluntarios o no legitimarios» eliminaría, muy probablemente, la mayor parte de los problemas a los que estamos aludiendo.

También se ha planteado si podrían ser sometidas a arbitraje las cuestiones de los herederos forzosos en aquella parte de la herencia en la que el testador tiene poder de disposición. Son varios los autores que responden afirmativamente a esta cuestión, entendiendo que lo que se excluye del ámbito del arbitraje es cualquier cuestión litigiosa que afecte a la legítima de los herederos forzosos, pero no aquella que afecte a los derechos e intereses más allá de la legítima.<sup>27</sup> Por ejemplo, las cuestiones referentes al tercio de libre disposición o al tercio de mejora adjudicados a un legitimario podrían ser objeto de un laudo arbitral. Respecto al tercio de libre disposición no parece haber dudas

---

<sup>25</sup> ALBALADEJO. *Op. cit.* pp. 82 y 88 y ss.

<sup>26</sup> La expresión «herederos o legatarios no forzosos» fue propuesta por una enmienda al Proyecto de Ley de Arbitraje de 1988, pero no prosperó finalmente. *Vid* el Boletín Oficial de las Cortes Generales, III Legislatura. Serie A, n.º 69-7, de 17 de junio de 1988.

<sup>27</sup> Así, GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 44. También Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Op.cit.*, p. 111.

en cuanto al carácter disponible del mismo y, por tanto, a su susceptibilidad para ser arbitrable. Más dudas surgen, en cambio, respecto al tercio de mejora, respecto al cual el causante ostenta una cierta libertad de disposición. Son varios los autores que asimilan esa atribución (a título de mejora) a la legítima, como un bloque o unidad inescindible y, por tanto, no arbitrable.<sup>28</sup> Aunque parece que la finalidad del precepto es la de mantener la unidad de la legítima,<sup>29</sup> lo cierto es que respecto al tercio de mejora, el testador tiene una libertad de disposición que, si bien limitada a algunos sujetos, le permite ejercer una cierta autonomía sucesoria. Cuestión diferente es que en la práctica no sea tan fácil deslindar la parte de la herencia sobre la que recae el tercio de mejora para someterla, en caso de conflicto, al procedimiento arbitral.

Pero aparte de los herederos o legatarios no forzosos, puede haber beneficiarios de la sucesión que no deberían quedar excluidos del ámbito del arbitraje testamentario en la medida en que su interés en la sucesión del causante forma parte de la libertad de disposición del testador y, por tanto, no debería haber óbice para incluirlos en el objeto de este arbitraje. Pensemos por ejemplo, en los beneficiarios de una disposición modal o en una empresa destinada a administrar una parte de la herencia del testador (aquella que queda fuera de la legítima) hasta que se produzca su división. Si aplicamos literalmente el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, los conflictos entre esa empresa administradora y los herederos no forzosos quedarían excluidos del arbitraje y no se entiende muy bien por qué.

La doctrina está dividida. Junto a aquellos autores que defienden la extensión del precepto a algunos sujetos que intervienen en la sucesión o tienen interés en la misma aunque no sean sucesores,<sup>30</sup> se en-

---

<sup>28</sup> Así, CAPILLA RONCERO, «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley 36/1988, de Arbitraje*, Coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 1999, p. 89.

<sup>29</sup> Díez-PICAZO. *Op. cit.*, p. 112. Para GONZÁLEZ CARRASCO la legítima ha de considerarse de modo unitario respecto de la posibilidad de someterla a arbitraje. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>30</sup> Díez-PICAZO. *Op. cit.*, p. 111.

cuentra la opinión de otros que consideran que dado que el arbitraje testamentario se basa en las facultades dispositivas *mortis causa*, el causante carece de ellas respecto a terceros como acreedores, albaceas o contadores-partidores.<sup>31</sup> En mi opinión, la exclusión de los terceros con interés en la sucesión no está justificada cuando el conflicto se origina entre alguno de esos terceros y alguno de los sujetos (herederos no forzosos o legatarios) a los que se refiere el artículo 10 de la Ley de Arbitraje. La expresión utilizada por ese precepto «para solucionar diferencias «entre» herederos no forzosos o legatarios» no debe entenderse, a mi juicio, limitada exclusivamente a los conflictos surgidos entre sujetos pertenecientes a cada uno de esos grupos, sino ampliable a los conflictos en los que, al menos, haya un sujeto perteneciente a una de esas categorías.

## 2. Ámbito objetivo

Se critica lo estrecho y reducido 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».<sup>32</sup> Con esta denominación más amplia, quedarían incluidas todas las formas de disposición *mortis causa*, tanto a través de negocios unilaterales (testamento) como a través de contratos o pactos sucesorios, no reconocidos en el Código Civil pero de larga tradición y con proyección legislativa en algunas comunidades del territorio español.

El artículo 10 somete a arbitraje las:

Artículo 10.- «[...] diferencias por cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia».

---

<sup>31</sup> GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, pp. 354 y ss. Para VERDERA SERVER. (*Op. cit.*, p. 433) la exclusión es clara respecto a los acreedores, pero dudosa respecto a los albaceas o contadores-partidores.

<sup>32</sup> Así lo defiende HERNÁNDEZ BURRIEL. «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, dirigidos por HINOJOSA SEGOVIA. Grupo Difusión, 2004, pp. 67 y ss.

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.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

¿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 artículo 1058 del Código Civil, al establecer lo siguiente:

Artículo 1058.- «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».<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Distribuir equivale, pues, al conjunto de ope-

---

<sup>33</sup> Albadejo, *Op. cit.*, p. 87.

<sup>34</sup> Lo que, desde luego, no puede incluirse bajo la palabra «distribución» es la determinación de quién o quiénes han de suceder al causante cuando procede abrir la sucesión intestada (y ello aun habiendo testamento), ya que estaríamos ante una cuestión de orden público y, por tanto, no disponible para el testador. Así lo estima Gonzáles Carrasco, *Op. cit.*, p.p. 233 y 234.

<sup>35</sup> La negrita es nuestra.

<sup>36</sup> «La intención del legislador no creemos que fuese la de restringir el concepto distribución a los señalado en el artículo 1058, sino que se debe entender que el término distribución es utilizado como sinónimo de partición». Así lo expresa GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 309».

raciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante) detalladas en el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, se ha entendido, que el término «distribución» engloba aquellas cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador.<sup>37</sup>

Ya sabemos, por tanto, que distribuir es partir pero ¿cuál es el papel del árbitro instituido por el testador en relación a la partición hereditaria? Son varios los autores que subrayan la idea de que la función del árbitro testamentario no es la de partir la herencia.<sup>38</sup> Por ello, no se puede confundir la denominada comúnmente «partición arbitral» con el arbitraje testamentario.

Aunque en la práctica es escasamente frecuente, cabe realizar la partición recurriendo al procedimiento arbitral, conforme a lo establecido en la Ley 60/2003, de Arbitraje, cuando todos los interesados celebren el correspondiente convenio arbitral.<sup>39</sup> En este caso, parece obvio que aparte de realizar la partición, el árbitro tiene funciones dirimientes de las cuestiones litigiosas que se susciten con ocasión de la partición por él realizada. Pero la denominada «partición arbitral» queda fuera del ámbito del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, del arbitraje testamentario. El árbitro testamentario no tiene la función de partir y, si la tiene, la tiene eclipsada por la función principal que es la de dirimir las controversias que aquélla suscite.

---

<sup>37</sup> ALBALADEJO. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>38</sup> GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, p. 325, ó VERDERA SERVER, *Op. cit.*, p. 425.

<sup>39</sup> Como se sabe, son varias las posibilidades de realizar la partición de la herencia. La partición puede ser efectuada directamente por el testador (artículo 1056.1 Código Civil) o por un contador-partidor designado por éste en testamento (1057.1. C.C). También los propios coherederos, de común acuerdo, podrán realizar directamente la partición (artículo 1058 C.C). Si no existiese unanimidad entre los coherederos y legatarios, aquéllos que representen al menos el 50 por ciento del haber hereditario podrán solicitar del juez el nombramiento de un contador-partidor dativo (artículo 1057.2 C.C). Ahora bien, a falta de acuerdo entre los coherederos mayores de edad sobre la forma de hacer la partición, podrán acudir al Juez para que sea él el que realice la partición (artículo 1059 C.C). Ello se efectuará de acuerdo con lo establecido en el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (procedimiento judicial para la división de la herencia).

Es muy importante trazar las diferencias, diferencias que no parecen estar muy claras en el Código de Sucesiones de Cataluña, al que ya hemos hecho referencia anteriormente. El artículo 58.2 de este texto legislativo parece estar contemplando, solamente, la partición arbitral y no el arbitraje testamentario en sentido puro.

La simple función particional no requiere, en mi opinión, el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, no es necesario que la partición arbitral se realice entre aquéllos sujetos a los que se refiere el precepto (herederos no forzosos o legatarios). Por el contrario, resolver controversias o conflictos, sí requiere el cumplimiento de las condiciones del artículo 10, porque sólo en este caso estamos ante un verdadero arbitraje.

Visto ya que partición arbitral y arbitraje testamentarios son cuestiones diversas, entiendo que no es adecuado, como norma general, designar a un árbitro que, además de resolver controversias deba realizar, previamente, la partición de la herencia. No creo que la acumulación de ambas funciones en el sujeto que luego tiene que emitir un laudo arbitral sobre una contienda originada en su propia partición sea garantía de la imparcialidad e independencia que, como se sabe, deben presidir toda actuación arbitral.

Otra cuestión que pudiera suscitarse en el ámbito de las controversias arbitrales es la de si podría someterse a arbitraje lo relativo a la validez del testamento y a su hipotética impugnación, sustrayendo estas materias de la acción judicial.<sup>40</sup> En estos casos el arbitraje sólo alcanzaría a los casos en que la propia Ley de Arbitraje no lo excluya.

---

<sup>40</sup> El Prof. Albaladejo García se limita a plantear una cuestión que en la práctica podría tener cierta trascendencia. *Vid* «El arbitraje testamentario». En *Actualidad Civil*, *cit.* pp. 79-80. El Prof. Díez-Picazo, por su parte, entiende que el testador no puede remitir a arbitraje de un tercero la validez o nulidad de su testamento, cuestión que, sin embargo, sí podrían hacer los destinatarios del testamento. *Vid Op. cit.* p. 112.

La exclusión se produce cuando se lesiona la legítima o afecta al testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (artículo 675.2 C.C.). Tampoco hay razones para excluir del arbitraje las cuestiones relativas a la interpretación del testamento,<sup>41</sup> pero en este caso será necesario, en mi opinión, que den lugar a una controversia porque si se trata sólo de aclarar el significado de una cláusula testamentaria, no estaremos ante una función genuinamente arbitral.

Se aprecia, entre nuestros autores, la necesidad de ampliar el ámbito objetivo del precepto a todas aquellas materias que sean disponibles para el testador.<sup>42</sup> El problema de esta ampliación reside en que podría constituir un motivo de anulación del laudo (... los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje) (artículo 41.1 e), en el caso de que los tribunales partan de una interpretación rígida del artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

## VI. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En Europa, los legisladores no han prestado especial atención al arbitraje testamentario.<sup>43</sup> Francia e Italia no contemplan esta figura en sus respectivos ordenamientos. En el derecho francés sólo se permite un compromiso para un conflicto actual pero no una cláusula compromisoria para resolver una eventual contienda futura, como sería el caso del denominado arbitraje testamentario (artículo 1447 del Código de Procedimiento y artículo 2061 del *Code Civil*).<sup>44</sup>

En Italia, a pesar del silencio legislativo al respecto, existe una corriente doctrinal que considera válida y eficaz una cláusula testamentaria que instituya esta modalidad de arbitraje. Se trata de aquella co-

---

<sup>41</sup> VERDERA SERVER. *Op. cit.*, p. 439.

<sup>42</sup> Vid DÍEZ-PICAZO. *Op. cit.*, pp. 112-113. También MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 423.

<sup>43</sup> Con la excepción de países como Alemania que, como hemos apuntado sucintamente, constituiría el precedente de la regulación española del arbitraje testamentario.

<sup>44</sup> Vid un mayor desarrollo del derecho francés en este aspecto en GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 46.



riente que sostiene una concepción jurisdiccional del arbitraje. Frente a la concepción jurisdiccional, existe otra contractual que no admite un arbitraje procedente de una fuente diversa del contrato y en el que los sujetos que estipulan la cláusula compromisoria (testador) no coinciden con las partes de la controversia (sucesores).<sup>45</sup> Cuestión interesante es el debate de la doctrina italiana sobre la aplicación de una cláusula arbitral testamentaria a los legitimarios, cuestión que en nuestro Derecho se resuelve —como se sabe— en sentido negativo. Son varios los autores partidarios de la extensión del arbitraje a estos sucesores por considerar que el laudo que vulnere la legítima es impugnabile y, por tanto, quedarían protegidos sus derechos de forma similar a la de un proceso judicial.<sup>46</sup> Los partidarios de la cláusula arbitral testamentaria son favorables, incluso, a la inclusión de una cláusula penal que refuerce la imposición del vínculo arbitral.<sup>47</sup>

Así como en los ordenamientos europeos el arbitraje en el ámbito sucesorio no goza de especial acogida, en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica, el arbitraje testamentario se ha hecho un hueco en las correspondientes legislaciones sobre arbitraje. Es el caso, por ejemplo, de Perú, Bolivia y Honduras. En el ordenamiento jurídico peruano, el arbitraje testamentario tiene un espectro mucho más amplio que el del derecho español. El artículo 13 de la Ley General de Arbitraje establece que:

Artículo 13.— «Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas».

---

<sup>45</sup> Las posiciones en contra y a favor de la cláusula arbitral testamentaria son puestas de manifiesto por FESTI, en «Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori». En *Revista di Diritto Processuale Civile*, 2002, pp. 809 y ss.

<sup>46</sup> Vid las opiniones recogidas en FESTI. *Op. cit.*, p. 817.

<sup>47</sup> Así TRIMARCHI. *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 154. En contra de la licitud de la cláusula penal, puede verse MARINI. *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 92.

En mi opinión, el texto peruano mejora la regulación del arbitraje testamentario respecto a la del ordenamiento español. Aunque la denominación de «herederos no forzosos y legatarios» adolece de los problemas que ya hemos comentado para el derecho español, se añade, acertadamente, al objeto del arbitraje aquella parte de la herencia que, aun perteneciendo a un sucesor forzoso, no forma parte de la legítima. Por otro lado, es loable la sustitución del término distribución por el de partición y la adición de las controversias entre los sucesores antedichos y los albaceas, conflicto éste que no aparece reflejado en el derecho español y que, sin embargo, puede ser fuente de muchos contratiempos en este ámbito. Habría que añadir, en mi opinión, al lado de los albaceas, los contadores-partidores.

En el caso de Bolivia, a través de su Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley n.º 1770 de 10 de marzo de 1997), se desarrolla extensamente este arbitraje (también denominado «testamentario») en el artículo 5, que transcribimos a continuación:

Artículo 5.-

- «I.- Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a las siguientes materias: 1. Interpretación de la última voluntad del testador.  
2. Partición de los bienes de la herencia.  
3. Institución de sucesores y condiciones de participación.  
4. Distribución y administración de la herencia.
- II.- Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del tribunal arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del tribunal arbitral con auxilio jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto por la presente ley.
- III.- A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de arbitraje las disposiciones contenidas en la presente ley».

La ley boliviana hace una remisión genérica al orden público sucesorio como límite impuesto a las controversias que pueden resolver los árbitros. El ámbito objetivo de la controversia es, como puede ob-

servarse, más amplio que el del ordenamiento español y además, se hace una distinción entre los términos partición y distribución de la herencia que carece, quizá, de sentido práctico.

Por su parte, Honduras, en su Ley de Conciliación y Arbitraje del año 2000 (Decreto n° 161-2000) regula esta modalidad de arbitraje. Transcribimos literalmente el contenido del artículo 32 de la citada Ley:

Artículo 32.- «Salvo las limitaciones establecidas por el orden público, el testador podrá, por su sola voluntad, instituir el arbitraje a efecto de resolver las controversias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos y legatarios, sea respecto de la porción de la herencia no sujeta a asignación forzosa, de las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los ejecutores testamentarios».

El texto hondureño regulador del arbitraje testamentario tiene un contenido idéntico al de Perú y, por ello, me remito a los comentarios arriba realizados.

## VII. UN MODELO CONCRETO DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA ARBITRAL

La Cámara de Comercio de Valencia, en España, ha difundido, a través de su página web, a modo de ejemplo para los testadores que opten por el arbitraje como fuente de resolución de conflictos, la siguiente cláusula tipo:<sup>48</sup>

Cláusula Testamentaria (a incluir en cualquier forma testamentaria)  
Acogiéndose a la facultad que le reconocen los artículos 10 y 14 de la vigente Ley de Arbitraje, impone lo siguiente:

1º Que todas las desavenencias o cuestiones litigiosas que puedan surgir entre los herederos o legatarios sean no forzosos, o forzosos en la parte que exceda de la legítima estricta, relativas a la administración o distribución

---

<sup>48</sup> Vid <http://www.camaravalencia.com/servicios/>

de la herencia, se resolverán definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de Valencia, a la cual encomienda la administración del arbitraje y la designación de los Árbitros, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos.

- 2º Que si alguno de los herederos forzosos no aceptase este arbitraje, quedará reducido a legítima estricta, acreciendo a los que lo acepten la parte no forzosa atribuida con cargo a los tercios de libre disposición o de mejora.

¿Se puede considerar válida esta cláusula testamentaria? El arbitraje institucional que se instituye en esta cláusula es plenamente válido, al amparo del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. La extensión del arbitraje a las controversias surgidas entre los sucesores forzosos «*en la parte que exceda de la legítima estricta*» pudiera plantear, *prima facie*, alguna duda de validez. La duda, al amparo de todo lo dicho anteriormente, radica en si pueden considerarse arbitrables las controversias surgidas en torno al tercio de mejora o legítima larga. He apuntado la idea de que en este tercio de mejora la libertad de disposición del testador está limitada, pero existe y en esa medida, y en la medida en que puedan deslindarse en la práctica un tercio de otro, no hay razones para excluirla del objeto del arbitraje testamentario. Por ello, entiendo que estamos ante una cláusula válida.

¿Si no existiese la cláusula penal del ordinal 2º, el incumplimiento del deber de sometimiento a arbitraje tendría alguna sanción? En otros términos, ¿es necesaria la cláusula penal o el deber de sometimiento a arbitraje tiene fuerza obligatoria sin necesidad de aquélla? En principio, el arbitraje testamentario es una imposición del testador, sea a través de una disposición modal,<sup>49</sup> sea a través de una condición resolutoria<sup>50</sup> y, como tal, desencadena efectos obligatorios. La cláusula penal reforzaría esos efectos obligatorios.

¿Cabría la posibilidad de que los sucesores, por acuerdo unánime, decidiesen apartarse de la voluntad del causante y no sometiesen sus

---

<sup>49</sup> Así lo sostiene GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 123 y p. 141.

<sup>50</sup> *Vid*, en la doctrina italiana, FESTI. *Op. cit.*, p. 816.

<sup>51</sup> VERDERA SERVER. *Op. cit.*, pp. 442 y ss.

posibles conflictos a la decisión de un árbitro? ¿Tendría, en este caso, los mismos efectos la cláusula penal o, por el contrario, sería irrelevante? La citada cláusula sólo alude a los efectos de la renuncia por parte de alguno de los sucesores, pero no contempla la eventualidad de que sean todos los que renuncien. Para los autores, la renuncia unánime tiene efecto liberatorio del vínculo arbitral.<sup>51</sup> Entienden que la renuncia, que no sea unilateral o parcial, es válida siempre que no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros.<sup>52</sup> Se aduce, como apoyo del efecto liberatorio de la renuncia unánime de los implicados, aquellos pronunciamientos judiciales sobre partición de herencia en los que se permite que los herederos, por acuerdo unánime, prescindan de la intervención del contador-partidor y efectúen por sí solos la partición en el modo que tengan por conveniente.<sup>53</sup> Creo que no se puede establecer una identidad de razón, que desencadene la integración analógica, entre los supuestos de partición de la herencia en los que los herederos pueden prescindir, si están todos de acuerdo, de la figura del contador-partidor y el arbitraje impuesto por el testador para determinados supuestos, porque ello implicaría confundir figuras y funciones. La decisión del contador-partidor requiere la aprobación de todos los herederos para ser válida. En caso contrario, se podrá prescindir de ella. Si basta la negativa de uno sólo de los herederos para prescindir de la partición realizada por el contador-partidor, con mayor razón podrán prescindir de la intervención de este sujeto todos los sucesores de forma unánime.

Por el contrario, en el caso del árbitro, las cosas discurren por otros derroteros. El árbitro tiene funciones similares a las jurisdiccionales. Su misión es la de sustituir al juez cuando así se ha pactado o cuando el testador lo ha ordenado en sus disposiciones de última voluntad. Consiguientemente, prescindir de él —aunque se haga con el acuerdo unánime de todas las partes en conflicto— no puede ser inicuo cuando el testador se ha preocupado de incluir una cláusula penal que sanciona la no sumisión al arbitraje. Si se omitiese esa cláusula y todos los

---

<sup>52</sup> MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 427.

<sup>53</sup> *Vid.*, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992.

sucesores decidiesen renunciar al arbitraje, la renuncia sería válida siempre que no sea contraria al orden público o no perjudique a terceros. Por el contrario, si el que renuncia es uno o varios de los sucesores, pero otro u otros solicitan la sumisión a arbitraje de la parte que no quiere someterse, no sería necesaria, en mi opinión, la existencia de cláusula penal alguna en la institución del arbitraje testamentario porque éste cobraría toda su fuerza.

#### VIII. JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO: REFLEXIONES CRÍTICAS PARA UN DEBATE

Hoy parece superada la polémica sobre la validez jurídica de la institución arbitral dimanante de la voluntad unilateral del testador. Si, como se ha dicho, cualquier cláusula testamentaria contraria a la tutela jurisdiccional (reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución) ha de considerarse no puesta, aquella disposición del testamento que restrinja el derecho reconocido en el artículo 24, imponiendo el arbitraje, sería inconstitucional.<sup>54</sup> A ello se añadía el argumento esgrimido en varias ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional, según el cual, cualquier restricción a la tutela jurisdiccional ha de establecerse sólo a través de ley formal.<sup>55</sup>

Se ha dicho también, que era muy dudosa la legitimidad del testador para imponer una solución a una posible controversia de la que él no es parte, sino los herederos o legatarios que son los que realmente pueden disponer de los derechos hereditarios<sup>56</sup>. No obstante, no debemos obviar que, ante todo, el arbitraje establecido en la correspondiente disposición testamentaria concede a los herederos no forzosos y a los legatarios la libertad de decidir si quieren o no verse afectados por ese arbitraje, en la medida en que pueden aceptar o rechazar las

---

<sup>54</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho hereditario*, 1990, p. 249.

<sup>55</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ. *Ibidem*.

<sup>56</sup> Vid SERRANO ALONSO. «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988». En *Actualidad Civil*, 1989, n.º 8, pp. 515 y ss.

atribuciones sucesorias. El rechazo de esas atribuciones conllevaría la exclusión del arbitraje como mecanismo de resolución de sus controversias.

Lo cierto es que 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.<sup>57</sup> 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 doctrina, en líneas generales, no se muestra partidaria de este tipo de arbitraje. Son varios los autores que alaban el sentido común de los testadores que prescinden de una figura que está llamada a plantear más problemas que los que resuelve.<sup>58</sup> Otros destacan la estrechez del ámbito de aplicación que hace poco útil la figura.<sup>59</sup>

No todos los autores se muestran disconformes con el arbitraje testamentario. El Prof. Díez-Picazo entiende que el arbitraje testameta-

---

<sup>57</sup> Especialmente legislaciones hispanoamericanas (Perú, Bolivia, Honduras ...).

<sup>58</sup> Así lo considera VERDERA SERVER. «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por BARONA VILLAR. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, pp. 444 y ss, criterio que parece compartir ROGEL VIDE. «El convenio arbitral y el arbitraje testamentario». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, 2006, p. 484.

<sup>59</sup> Este es el parecer del Prof. Albaladejo, para quien estamos ante una figura de escasa utilidad práctica, entre otras razones, porque contempla cuestiones muy poco frecuentes en la práctica (administración de la herencia) y deja, sin embargo, fuera del campo del arbitraje los casos más frecuentes de sucesión (legitimarios), *Op. cit.*, pp. 90 y ss. Por su parte, Hidalgo García señala que se sigue dejando de lado, para arbitrar, a las sucesiones con legitimarios, lo cual hace que no sea una vía de resolución de los problemas que más frecuentemente se dan en esta materia, *Op. cit.*, p. 210

rio es una parte de la *lex successionis* establecida por el causante dentro del ámbito de autonomía y libertad que le confiere la ley.<sup>60</sup> E incluso para aquellos autores que no son muy partidarios del arbitraje testamentario, el ejemplo del Derecho catalán es muestra de que:

La proyección del arbitraje al fenómeno sucesorio tiene unas posibilidades de desarrollo que el Legislador estatal ha preferido marginar [...] En abstracto, el arbitraje puede ser un instrumento muy útil para evitar los complejos pleitos sucesorios; pero, en concreto, el artículo 10 LA representa una nueva renuncia a aprovechar esas posibilidades.<sup>61</sup>

En mi opinión, no debe atribuirse la nula utilidad práctica de la figura a la regulación que la vigente Ley de Arbitraje hace del arbitraje testamentario. Es claro que el arbitraje testamentario es hoy, una figura muy poco conocida, pero ello no se debe, en mi opinión, a la sucinta y deficiente regulación de la misma, sino a otros motivos como la mayor confianza en los jueces, la falta de suficientes árbitros especializados, o la desconfianza en las garantías del procedimiento arbitral en el ámbito sucesorio.

A modo de conclusiones, expresamos, a continuación, una serie de reflexiones personales sobre el arbitraje testamentario, de las que puede colegirse la necesidad de reactivar una figura poco conocida y poco utilizada pero que puede ofrecer importantes ventajas prácticas:

1) Se trata, en mi opinión, de un mecanismo de resolución de conflictos de gran utilidad en el ámbito de la partición de la herencia, especialmente en aquellos casos en los que los coherederos no se ponen de acuerdo sobre el modo de hacer la partición, quedando «a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (artículo 1059 Código Civil). En estos supuestos

---

<sup>60</sup> «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coordinados por GONZÁLEZ SORIA. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 99 y ss.

<sup>61</sup> VERDERA SERVER, *Op. cit.*, p. 444.



habrá de acudir al denominado procedimiento para la división de la herencia, regulado en los artículos 782 y siguientes de la LEC.<sup>62</sup> En estos casos, habrá de darse traslado a las partes de las operaciones divisorias para que formulen, si fuese el caso, oposición. Si no hay oposición, la división de la herencia se habrá convertido en un mero trámite de rápida resolución. Pero si se formula oposición, se celebrará una comparecencia, en la que si no hay conformidad, el tribunal deberá oír a las partes, admitir las pruebas que se propongan, continuando la sustanciación del juicio con arreglo a las normas reguladoras del juicio verbal. Ahora bien, la sentencia que se dicte no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que los interesados podrán hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (artículo 787.5 LEC).

Entiendo necesaria la exposición de las vicisitudes del procedimiento de división de la herencia para poder entender que si el testador hubiese instituido el arbitraje, como modo de resolución de las controversias originadas por la partición de su herencia, habría evitado los inconvenientes de una partición judicial que se puede presentar larga y costosa (en dinero y emociones) y que además, no tiene efectos de cosa juzgada. Por tanto, quien no esté de acuerdo con esa partición judicial, aun sin razón, puede dilatar la resolución del problema acudiendo a un procedimiento judicial ordinario que, de nuevo, puede ser largo y costoso. El arbitraje sería en este caso, un mecanismo alternativo mucho más rápido y eficiente.

2) No tiene fundamento, a mi juicio, la creencia de que el procedimiento arbitral carece de garantías frente a los procedimientos judiciales o a las decisiones de los ejecutores testamentarios que pueden ser impugnadas en la vía judicial, quedando salvaguardada, así la tutela judicial efectiva. El laudo arbitral es susceptible de ser anulado ante los tribunales por un motivo que protege los derechos de las partes en

---

<sup>62</sup> Son los casos en los que no existe contador-partidor, ni nombrado por el testador, ni designado por el Juez, ni elegido por los propios coherederos.

el ámbito sucesorio. Este motivo de anulación del laudo es el «orden público» que, en este campo, hay que interpretarlo como orden público sucesorio (artículo 41.1.f de la Ley de Arbitraje).

3) No pueden confundirse las cláusulas testamentarias en las que se prohíbe la intervención judicial en la herencia (artículo 782 LEC) y se nombra, a la vez, un albacea o un contador partidor, con las cláusulas en las que se instituye el arbitraje testamentario. El albacea ejecuta la voluntad del testador. El contador-partidor realiza la partición de la herencia. Pero ninguno de ellos tiene como función la de resolver, con efectos de cosa juzgada, las contiendas que surjan entre los sucesores. Por tanto, el arbitraje testamentario representa, en nuestro sistema jurídico, un papel insustituible.

4) Tampoco debe confundirse la llamada partición arbitral con el arbitraje testamentario. La partición arbitral no es, propiamente, un caso de arbitraje. La simple función particional no requiere, en mi opinión, el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, no es necesario que la partición arbitral se realice entre aquéllos sujetos a los que se refiere el precepto (herederos no forzosos o legatarios). Por el contrario, resolver controversias o conflictos, sí requiere el cumplimiento de las condiciones del artículo 10, porque sólo en este caso estamos ante un verdadero arbitraje. Los supuestos del artículo 58.2 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña constituyen casos de partición arbitral pero no de verdadero arbitraje testamentario.

5) Partiendo de que la partición arbitral y el arbitraje testamentarios son cuestiones diversas, entiendo que no es adecuado, como norma general, designar a un árbitro que, además de resolver controversias deba realizar, previamente, la partición de la herencia o, viceversa, un contador-partidor que, a su vez, deba ser árbitro. No creo que la acumulación de ambas funciones en el sujeto que luego tiene que emitir un laudo sobre una contienda originada por su propia partición sea garantía de la imparcialidad e independencia que, como se sabe, deben presidir toda actuación arbitral.

6) Sería deseable la extensión objetiva del precepto a las controversias entre los sucesores voluntarios y los albaceas o entre aquéllos y los contadores-partidores. En este sentido, entiendo que la preposición «entre» que delimita, como partes de la controversia, a los herederos no forzosos o a los legatarios, debe ampliarse también a cualquier controversia en la que haya, al menos, uno esos sujetos, pero no debería quedar circunscrita exclusivamente a los mismos.

7) También sería deseable poder extender el ámbito del arbitraje testamentario a los sujetos legitimarios, aunque si en este caso se incluyese una cláusula penal de pérdida de sus derechos legitimarios, ésta se tendría, naturalmente, por no puesta.

8) Si todos los sucesores obligados a someterse al arbitraje testamentario renunciasen al mismo, siempre que esa renuncia no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros, podrían liberarse del arbitraje testamentario y quedaría abierta la vía judicial. Sin embargo, cuando el testador haya incluido en su testamento una cláusula penal, entiendo que la renuncia, aun siendo unánime, no tendrá efectos liberatorios del arbitraje, salvo que renuncien a las atribuciones hereditarias.

9) 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.



## CAPÍTULO 16

### ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO

Aránzazu Roldán Martínez



# Capítulo 16

## ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO

*Aránzazu Roldán Martínez*

I. Introducción.— II. Ventajas que ofrecen las fórmulas de solución extrajudicial de conflictos en el deporte. Especial referencia al arbitraje.— III. Fórmulas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito internacional.— 1. El Tribunal de Arbitraje del Deporte (T.A.D.).— 2. Las federaciones internacionales.— III. Fórmulas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito español.— 1. Marco legal.— 1.1. La ley de arbitraje.— 1.2. Legislación deportiva: Ley estatal del deporte y leyes autonómicas.— a. La ley estatal del deporte.— b. Leyes autonómicas del deporte.— 1.3. Reglamentos federativos nacionales.— 2. Regulación del arbitraje contenida en la ley estatal del deporte.— 2.1. Objeto y materias de arbitraje.— 2.2. Procedimiento.— a. El convenio arbitral.— b. Los árbitros. Especial referencia al arbitraje institucional.— c. Tramitación del procedimiento.

### I. INTRODUCCIÓN

El Derecho deportivo es una rama del ordenamiento jurídico de reciente aparición, «producto de la reconducción hacia la «regularidad» ordinamental de un movimiento, cual es el deportivo, que tradicionalmente se ha organizado de forma autónoma a través de estructuras asociativas que han asumido amplias tareas de autogestión, en el más amplio sentido y alcance del término».<sup>1</sup> En efecto, históricamente, la práctica deportiva se autoorganizó de forma espontánea a través de las

---

<sup>1</sup> TEJEDOR BIELSA, J.C. *Público y Privado en el Deporte*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 19.

federaciones deportivas y de los clubes a ellas asociados, desenvolviéndose su regulación en un ámbito estrictamente privado, a través de sus Estatutos y Reglamentos.

La extensión generalizada del deporte atrajo posteriormente la atención de los poderes públicos hacia esta realidad, provocando una intensa intervención legislativa que ha dado lugar a una confluencia entre lo privado y lo público. Puede afirmarse que en España, como consecuencia de la intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas<sup>2</sup> —en adelante CC.AA.—, el deporte se encuentra intensamente «publicado». Es decir, se ha declarado que el deporte es de interés público y que, por ello, es competencia de la Administración pública su regulación. Y ello sin perjuicio de ceder a determinadas entidades, las Federaciones Deportivas, parte de esas competencias que previamente ha asumido (son las denominadas «funciones públicas delegadas» sobre las que volveremos más adelante).<sup>3</sup>

Hoy en día, como indica Tejedor Bielsa,<sup>4</sup> la actuación pública en materia deportiva se manifiesta principalmente en los siguientes sectores: la organización de una Administración deportiva; la previsión, distribución y control de recursos financieros públicos; la regulación de la organización deportiva privada y de sus relaciones con la Administración pública deportiva; el establecimiento de medidas de preven-

---

<sup>2</sup> La división política y administrativa de España tiene la forma de diecisiete comunidades autónomas, además de Ceuta y Melilla, cuyos estatutos de autonomía les otorgan el rango de ciudades autónomas. Una Comunidad Autónoma es una entidad territorial que, dentro del ordenamiento constitucional del Reino de España, está dotada de autonomía legislativa y competencias ejecutivas, así como de la facultad de administrarse mediante sus propios representantes. El texto de la Constitución establece los poderes que pueden ser asumidos por las Comunidades Autónomas y aquellos que sólo se le pueden atribuir al Estado.

<sup>3</sup> SEOANE, J.J. «El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo», comunicación presentada en el Congreso de Deporte Federado, <http://www.bizkaia.net/kirolak/kongresua/pdf/comunicaciones2.pdf> (última consulta 13 de julio 2007).

<sup>4</sup> TEJEDOR BIELSA, J.C. *Público y Privado en el Deporte*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 20.



ción y represión de la violencia, así como de las que garantizan la salud y seguridad de los deportistas previniendo y reprimiendo el dopaje; la extensión social del deporte y la inmersión en el mismo de diferentes políticas sectoriales; la formación de profesionales del deporte; la regulación de los espectáculos deportivos y de su difusión a través de los medios de comunicación; o la prevención de prácticas monopolísticas injustificadas e incompatibles con el derecho de la competencia.

Ahora bien, la publicación no se ha extendido a todo cuanto sucede o puede suceder en este mundo del deporte. Por un lado, las relaciones jurídicas que se suscitan en el seno de las estructuras deportivas (federaciones, clubes, etc.) continúan siendo de Derecho privado, de carácter convencional estatutario.<sup>5</sup> Por otro lado, el Estado no ha sido el único que ha mostrado su interés por la práctica deportiva, sino que, sobre todo en el deporte-espectáculo, asistimos a un extraordinario florecimiento de actividades de naturaleza mercantil que han generado relaciones que se desenvuelven en el ámbito civil y mercantil: patrocinio deportivo, derechos de imagen, retransmisiones deportivas, etc.

Quizá sea en la figura de las Federaciones Deportivas donde mejor se observa esa intersección entre lo público y lo privado. Conforme al Artículo 30 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre de 1990, del Deporte —en adelante LD— son:

Artículo 30.- «Entidades privadas con personalidad jurídica propia». El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas —en adelante RFD— por su parte las define como «entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de sus asociados».

Las funciones que asumen, como podría derivarse de la naturaleza jurídica que les otorga el legislador, no son exclusivamente privadas,

---

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ MERINO, A. «Los conflictos deportivos y sus formas de solución. Especial referencia al sistema disciplinario deportivo». En AA.VV. *Introducción al Derecho del Deporte*, ESPARTERO Casado, J. (Coord.). Madrid: Dykinson, 2004, p. 233.

sino que de acuerdo con el artículo 30 LD «además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública». Tales funciones además de en otros artículos de la ley —58, 64 etc.— se recogen en el Artículo 33.1 LD y son las siguientes:

- a. Calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal.
- b. Actuar en coordinación con las Federaciones de ámbito autonómico para la promoción general de su modalidad deportiva en todo el territorio nacional.
- c. Diseñar, elaborar y ejecutar, en colaboración, en su caso, con las Federaciones de ámbito autonómico, los planes de preparación de los deportistas de alto nivel en su respectiva modalidad deportiva.
- d. Colaborar con la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en la formación de técnicos deportivos, y en la prevención, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios en el deporte.
- e. Organizar o tutelar las competiciones oficiales de carácter internacional que se celebren en el territorio del Estado.
- f. Ejercer la potestad disciplinaria en los términos establecidos en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo.
- g. Ejercer el control de las subvenciones que asignen a las asociaciones y entidades deportivas en la forma que reglamentariamente se determine.

Esa dualidad constante entre lo público y lo privado, que caracteriza a la regulación de las actividades que giran en torno al deporte, tiene su manifestación en la forma de resolver los conflictos entre los sujetos intervinientes.

En poco menos de medio siglo la resolución de controversias deportivas ha experimentado una rápida evolución que ha venido pareja

a la consolidación de un Derecho deportivo, sometido a sistemas jurídicos tanto internos como internacionales. En un primer momento, tanto las asociaciones internacionales como las federaciones nacionales que lo tutelan, trataron de mantener el mundo del deporte al margen de la intervención de los Tribunales ordinarios. La tendencia a la autorregulación tiene, pues, su reflejo en la tendencia a la autocomposición de las disputas. Las Federaciones deportivas recogieron en su Estatutos órganos propios de solución de conflictos (Comités o Jueces propios e internos) que aplicaban las normas, también propias, de estas entidades y que, en una o dos instancias, solucionaban definitiva y ejecutivamente las controversias.

Era también usual que esa regulación interna prohibiese a los asociados o miembros federativos acudir a instancias ajenas (públicas o privadas) para dirimir y solucionar esos conflictos. Debe precisarse, no obstante, que la fórmula del arbitraje no fue tan rechazada como el recurso a la jurisdicción pública (fuere la ordinaria o alguna extraordinaria).<sup>6</sup> Como se verá a continuación, en la mayoría de los países democráticos estas cláusulas son ilegales en la medida que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los asociados.

En España a partir de la Ley del Deporte de 1990 a la vez que convertía a las federaciones deportivas en agentes colaboradores de la Administración, se atribuyó a los Tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de las impugnaciones de los actos federativos dictados en el ejercicio de estas funciones.

El reconocimiento de la competencia de los tribunales ordinarios para entender de las controversias jurídicas surgidas con ocasión de la práctica del deporte, no ha supuesto la desaparición de las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos, sino que, por el contrario, éstas experimentan en la actualidad un gran desarrollo, presentándose al mundo deportivo, no como una imposición, sino como una alternativa para obtener una solución más rápida y eficaz de los litigios.

---

<sup>6</sup> SEOANE, J.J. «El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo». *Op. cit.*

En la actualidad, en función de la naturaleza de la materia objeto de controversia, se acudirá necesariamente a la denominada «vía administrativa» si tienen carácter público, y a fórmulas de arbitraje privado o a la jurisdicción ordinaria, si tienen naturaleza privada. Pero incluso dentro de la vía administrativa, en atención precisamente a las razones que se expondrán en el epígrafe siguiente, se han creado mecanismos de arbitraje que sustituyen al recurso administrativo.<sup>7</sup>

En este artículo, analizaremos las diversas fórmulas de resolución extrajudicial de conflictos, centrándonos principalmente en la figura del arbitraje.

## II. VENTAJAS QUE OFRECEN LAS FÓRMULAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL DEPORTE. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE

Camps Povill<sup>8</sup> ha identificado diversas razones por las que se justifica la necesidad de establecer medios extrajudiciales de solución de con-

---

<sup>7</sup> La recientemente aprobada Ley Orgánica 7/2006 de 21 de noviembre de 2006, de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte, establece que la revisión de las sanciones se hará mediante arbitraje ante una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva (CEDD) en un plazo de un mes y las resoluciones de éste agotan la vía administrativa. En la exposición de motivos se indica que se trata de «un régimen novedoso de revisión de las sanciones en la materia, que trata de dar satisfacción al conjunto de intereses que conviven en el ámbito deportivo, de forma que, sin merma alguna del derecho de defensa ni del derecho a la tutela efectiva, se busquen formas jurídicas diferentes a las del régimen revisor común, a efectos de conseguir que la revisión no suponga una mayor demora, que acabe perjudicando, gravemente, un valor de importancia decisiva: la equidad de las reglas y de las condiciones de participación en la competición deportiva». Este específico sistema de revisión tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la condición de mecanismo sustitutivo del recurso administrativo (artículo 29.3 de la LO 7/2006). No se trata indudablemente de un arbitraje privado.

<sup>8</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte en España». En *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*. Unisport, Deporte y Documentación, n.º 19, 1992, p. 221.

flictos en este sector. Por un lado, la dinámica deportiva, necesita que los conflictos se resuelvan de una forma rápida y eficaz. Junto a estas dos razones genéricas encontramos otras que tienen un carácter más específico, ligadas a las peculiaridades que presenta la actividad deportiva: por un lado, la complejidad de la reglamentación aplicable a las prácticas deportivas; por otro lado, las dificultades que engendra la combinación de normas dictadas por las comunidades deportivas y las reglas estatales y la imperiosa necesidad de mejorar el reglamento jurisdiccional de los litigios.

Se constata, además, que los problemas que se plantean con la aplicación del Derecho al mundo del deporte se están volviendo cada vez más complejos, como consecuencia del profundo cambio que en los últimos años está alcanzando la realidad deportiva. A la vista de cualquier observador, el deporte se muestra como una realidad que influye en áreas cada vez más amplias de nuestra sociedad a través de su comercialización, el impacto de los medios de comunicación y su internacionalización. Esta evolución ha provocado un aumento considerable del número de disputas que surgen relacionadas con la actividad deportiva.

Entre las diversas fórmulas de solución de conflictos, mediación, conciliación, arbitraje, esta última es sin duda alguna la más extendida tanto en el ámbito internacional como nacional, y ello porque ofrece las siguientes ventajas:<sup>9</sup>

1. Es eficaz porque da una solución definitiva al conflicto. La proliferación de distintas instancias internas (Comités internos de las Federaciones) y externas (toda la estructura jurisdiccional) y la necesidad de que actúen imperiosamente una tras de otra, hacen que se den un gran número de soluciones (en muchas ocasiones contradictorias entre ellas) que no reúnen la condición de definitiva. Sólo la última y después de un largo período de tiempo adquirirá esta condición.

---

<sup>9</sup> Seguimos nuevamente a CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, pp. 221-223.

2. Es eficaz porque el árbitro puede ir más allá de la simple decisión que sería válida para hoy, ya que puede hacer una programación de futuro de las relaciones entre los litigantes, circunstancia que difícilmente podrá realizar el juez, o al menos, con una programación larga en el tiempo.
3. Es una solución eficaz porque puede resolverse con mayor celeridad.<sup>10</sup> Conviene insistir en que por las peculiaridades que rodean las competiciones deportivas, dicha nota es especialmente importante. No es que sea «mejor» que la solución se alcance con rapidez, sino que es absolutamente necesario llegar a un acuerdo pacífico y en un espacio breve de tiempo. Así lo exigen: la continuidad en las competiciones (la competición deportiva no puede quedar paralizada a la espera de la resolución de los conflictos planteados, como por ejemplo saber si un jugador pertenece a un equipo o a otro), la proximidad en el tiempo de las relaciones objeto de conflicto (los encuentros se celebran normalmente cada semana) y la más o menos necesaria actuación de todos los implicados (no puede decirse que un equipo no participa en la competición durante un mes a la espera de la resolución).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> ALONSO MARTÍNEZ, R. [«Tutela judicial en materia deportiva», *Revista Digital*, Buenos Aires, n.º 60, año 9, mayo de 2003 (última consulta 16 de julio de 2007)] nos pone dos ejemplos muy significativos del desfase temporal entre la resolución definitiva del pleito y el momento durante el que la decisión judicial aún resulta realmente efectiva. Son, entre otras, las Sentencias de 1 de junio de 2000 y de 18 de marzo de 2002 de las Salas III y I, respectivamente, del Tribunal Supremo. En la primera de ellas, el recurrente «Hockey Club Liceo» pretendía la fijación de nueva fecha para la disputa de la final de la Copa del Rey de hockey sobre patines de la temporada 1987/1988, pretensión que le había sido inicialmente reconocida por la Audiencia Nacional en Sentencia de 18 de noviembre de 1992, aunque el Tribunal Supremo acabó revocando dicho pronunciamiento. En la segunda, el órgano judicial, confirmando otra anterior Sentencia de 14 de septiembre de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, da al «Club Obradoiro de baloncesto» como ganador del *play-off* de 1990 de ascenso a la liga ACB. En ambos ejemplos la resolución definitiva al asunto ha llegado doce años después de sucedidos los hechos que originaron el litigio. En la mayoría de las ocasiones será realmente dificultoso poder reponer la situación a su debido estado, por lo que el interesado favorecido por la resolución será indemnizado por los perjuicios causados, los cuales serán también muy difíciles de determinar por hipotéticos.

<sup>11</sup> Indica Terol Gómez, que la necesidad de dar una rápida respuesta a las controversias planteadas es, si cabe, mayor cuando se trata del deporte profesional, «ya que

4. Es eficaz porque al haber nacido de una voluntad común, también será mucho más fácil que llegue a cumplirse voluntariamente.
5. Es discreta. Quizás una de las cosas más difíciles de conseguir en el deporte sea precisamente la discreción. La cantidad de programas de televisión (sólo en los telediarios españoles el deporte ocupa el 50% del espacio), radio o páginas en los diarios que existen es impresionante, y el público, en general, está ávido de información relacionada con el deporte, sea cual sea su naturaleza (aunque puede decirse, que al menos en España y en los países hispanoamericanos el deporte que suscita más pasiones es el fútbol). Un conflicto jurídico entre un jugador y un club, o entre un club y la Federación, los traspasos de jugadores, la contratación de entrenadores, las sanciones disciplinarias[...], tienen tanta o más trascendencia pública que los grandes juicios, desde el punto de vista social, que se producen en un país. El arbitraje permite esta discreción puesto que, a diferencia de las vías judiciales ordinarias, sólo las partes tienen derecho a estar en el proceso.
6. La especialización de los árbitros. Los árbitros son elegidos por las partes, y esto permite que los mismos puedan ser escogidos no sólo por su reputación profesional, sino, también, por un conocimiento profundo del «medio» deportivo.
7. Los costes más baratos, en términos absolutos. Si bien el arbitraje, normalmente debe pagarse, y la justicia es gratuita, una dilación en el tiempo de la resolución judicial puede resultar más costosa que una solución rápida pagando.

---

los señalados conflictos tienen una trascendencia indudable para el negocio que es hoy este tipo de deporte [...] una excesiva judicialización de los conflictos, precisamente por la ya contrastada tardanza de los tribunales para resolver los problemas que se le planteen, puede ser incompatible con el funcionamiento de la actividad mercantil que hoy constituye el deporte profesional». *Vid*, TEROL GÓMEZ, R. «El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000/2001, pp. 41 y 42.

8. La introducción del arbitraje en el ámbito deportivo permite, por regla general, una mayor libertad para tomar en consideración las particularidades de la organización y del funcionamiento de las actividades deportivas. El árbitro, al contrario del juez, no estará sujeto a una aplicación estricta, en muchas ocasiones inadaptada o inadecuada, de las reglas del Derecho estatales, podrán referirse, también, con mayor facilidad a las normas de las asociaciones deportivas y aplicará de manera armónica las reglas de Derecho del Estado y las «reglas deportivas» para una mayor satisfacción de los deportistas, dirigentes, entrenadores, etc.

### III. FÓRMULAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

#### 1. El Tribunal de Arbitraje del Deporte (T.A.D.)

En el contexto internacional se creó en el año 1983 por el C.O.I, a instancias del español Samaranch, el Tribunal de Arbitraje del Deporte (T.A.D.)<sup>12</sup> que tiene su sede en Lausana. Es una institución independiente de cualquier organización deportiva. En la actualidad se encuentra bajo la autoridad administrativa y financiera del Consejo Internacional de Arbitraje para el Deporte (C.I.A.D.). Cuenta con cerca de 300 árbitros, elegidos por sus conocimientos de arbitraje y de Derecho del deporte. Proviene de 87 países diferentes.

Este Tribunal se constituyó para resolver conflictos que de mutuo acuerdo le presenten las personas físicas o jurídicas con capacidad y

---

<sup>12</sup> También conocido por el acrónimo francés T.A.S (Tribunal Arbitral du Sport) o inglés C.A.S. (Court of Arbitration for Sport). *Vid*, página oficial <http://www.tas-cas.org/fr/present/frmpres.htm>. Sobre el TAD *vid*, CARRETERO LESTÓN, J.L., A. CAMPS POVILL. «El Tribunal Arbitral del Deporte». En *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*. Unisport, Deporte y Documentación, n.º 19, 1992, pp. 259-268. LARUMBE BEAIN, K. «El procedimiento ante el Tribunal Arbitral del deporte (TAS). Marco teórico. El procedimiento ordinario». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 18, pp. 487-497.



poder de litigar, incluidas las personas jurídicas de Derecho público, siempre que el litigio tenga carácter privado, y sea como consecuencia de la práctica o del desarrollo del deporte y, en general, de cualquier actividad relativa al deporte. Por ejemplo, un conflicto sobre un contrato de patrocinio o un asunto de dopaje. No se podrán someter en ningún caso a su consideración litigios de tipo técnico-deportivo (por ejemplo si un gol entró o no, si fue falta, etc.) o cuestiones que tengan prevista su solución en la Carta Olímpica o en los reglamentos vigentes que rigen cada uno de los deportes. La competencia del TAD puede venir determinada también por remisión normativa. Es el caso, por ejemplo, de las remisiones contenidas en muchos de los Estatutos de las Federaciones Deportivas Internacionales.<sup>13</sup>

Para atender a este fin, emite laudos arbitrales, pudiendo, asimismo, ayudar a las partes a encontrar una solución pacífica a través de la mediación, en los casos en que este procedimiento se admite. En el seno del procedimiento arbitral cabe asimismo una conciliación previa. El Tribunal emite también dictámenes consultivos relativos a cuestiones jurídicas ligadas al deporte. La opinión consultiva dada por el T.A.D. no constituye un fallo arbitral y, por consiguiente, no tiene carácter vinculante.

Por último, pone en marcha tribunales ad hoc, por ejemplo con ocasión de los Juegos Olímpicos, los Juegos de la Commonwealth u otras grandes manifestaciones deportivas del mismo tipo. En atención a las circunstancias de tales eventos, se dictan reglas especiales de procedimiento para cada ocasión.

El Código de Arbitraje del T.A.D.<sup>14</sup> es el texto legal donde se recoge tanto la regulación de los aspectos sustantivos (disposiciones genera-

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, el artículo 60 de los Estatutos de la FIFA señala que: «1. La FIFA reconoce el derecho a interponer recurso de apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD), un tribunal de arbitraje independiente con sede en Lausana, Suiza, para resolver disputas entre la FIFA, los miembros, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los agentes de partidos y los agentes de jugadores con licencia».

<sup>14</sup> *Vid*, versión francesa en <http://www.tas-cas.org/fr/pdf/code.pdf>. El Código entró en vigor el 22 de noviembre de 1994.

les, composición del Tribunal, objetivos, árbitros, organización...) como la regulación de los aspectos procedimentales relativos al procedimiento arbitral y a la función consultiva. La mediación se regula en un reglamento independiente.

Dejando a un lado la función consultiva del TAD, las reglas 27 y siguientes del Código de Arbitraje distinguen dos tipos de procedimientos:

- El procedimiento arbitral ordinario que se sigue cuando dos partes, con ocasión de una disputa deportiva, derivada de relaciones contractuales o de actos ilícitos decidan someterse a la jurisdicción del Tribunal por expresa sumisión recogida en un contrato que han pactado previamente o incluso con carácter posterior. En este contexto las partes son libres de ponerse de acuerdo sobre el Derecho aplicable. Si no existe acuerdo, se aplica el Derecho suizo.<sup>15</sup> Como excepción a lo anterior, las partes pueden pedir al TAD que decida en equidad y no en derecho. Para resolver este tipo de controversia también podría aplicarse el procedimiento de mediación.
- El procedimiento arbitral de apelación que es aplicable para disputas que resulten de decisiones tomadas por los órganos de las federaciones o asociaciones, siempre y cuando los Estatutos o reglamentos de dichos entes deportivos recojan esta posibilidad o haya sido previamente acordada por las propias partes. En este contexto, los árbitros dictaminan con base en las regulaciones de las federaciones o asociaciones interesadas por la apelación y, subsidiariamente, en las normas de Derecho elegidas por las partes o el Derecho de un país en el que el organismo esté domiciliado.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vid, de forma más exhaustiva sobre el procedimiento ordinario, LARUMBE BEAIN, K. «El procedimiento ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAD). Marco teórico. El procedimiento ordinario». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 18, pp. 488-497.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el artículo 60 de los Estatutos de la FIFA señala que: «2, El procedimiento arbitral se rige por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAS. El TAS aplica en primer lugar los diversos reglamentos de la FIFA y, adicionalmente, el derecho suizo».

Un laudo arbitral pronunciado por el T.A.D es definitivo y vincula a las partes desde el momento en que se comunica. Podrá estarse a lo establecido en la Convención de Nueva York para ejecución de laudos extranjeros. No es recurrible, en tanto en cuanto las partes no están domiciliadas en Suiza, ni residen, ni tienen domicilio social en Suiza, y han renunciado expresamente a recurso en el Convenio de Arbitraje o en un acuerdo posterior, especialmente al inicio del procedimiento.

Los plazos de solución del conflicto son relativamente cortos. Según la experiencia acumulada hasta ahora, un procedimiento ordinario dura entre seis y diez meses. Para los procedimientos de apelaciones un fallo puede, en principio, pronunciarse dentro de los cuatro meses siguientes a la presentación del informe de apelación.

Como conclusión puede decirse que la labor del T.A.D. puede calificarse de exitosa. Cada año aproximadamente 200 asuntos llegan ante el T.A.D.

Entre los factores que han contribuido a este éxito pueden destacarse los siguientes:

- En primer lugar, las Federaciones Internacionales son auténticas entidades privadas y no ejercen ningún tipo de función pública. Las competiciones que organizan y regulan no siempre se celebran en países que han publicado el deporte, por lo que el número de materias que pueden someterse a su conocimiento es notablemente superior al que puede llegar al Tribunal Español de Arbitraje deportivo, por poner un ejemplo cercano. En una cuestión como el dopaje son varias las resoluciones que han recaído procedentes del T.A.D. mientras que en nuestro país es una materia excluida de arbitraje privado.<sup>17</sup>
- En segundo lugar, la mayor parte de las Federaciones Internacionales, o al menos las más importantes, tienen su sede, al igual que el COI, en Suiza, país de gran tradición arbitral.

---

<sup>17</sup> Vid, *supra* nota 7.

Por tanto, si unimos el hecho de ser entidades privadas sujetas a sus propios Estatutos y reglamentos, al hecho de radicar en un territorio que es paradigma del arbitraje y a la tradición de resolver los conflictos dentro de su seno o del seno deportivo, el T.A.D. es el instrumento «natural» de las Federaciones Internacionales. Y, poco a poco, de los agentes que con ellas se relacionan.<sup>18</sup>

## 2. Las Federaciones Internacionales

Como señala Camps Povill<sup>19</sup> las Federaciones Deportivas internacionales desde sus orígenes han tendido a una exclusión de la vía judicial ordinaria, imponiéndola a sus afiliados mediante amenazas de sanción o expulsión, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de participar en competiciones deportivas. Dichas medidas resultan, sin embargo, inconstitucionales en todos los países democráticos, puesto que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Tenían como motivación para su inclusión la necesidad de resolver los conflictos en el ámbito deportivo de una forma especializada y rápida. La idea de fondo era positiva pero el procedimiento utilizado fue incorrecto, por su carácter obligatorio y parcial, pues no en vano, las estructuras encargadas de dirimir controversias eran a la vez juez y parte. Por esa razón, las federaciones han encontrado en el arbitraje y en los «órganos arbitrales» una vía para conseguir el objetivo buscado, cual es el intentar resolver los conflictos sin acudir a los jueces.

Sin embargo, al menos en nuestro país, las fórmulas de sumisión a solución extrajudicial de conflictos previstas en los estatutos de las Federaciones Internacionales, continúan siendo ilegales, desde el momento en que tienen carácter obligatorio para los asociados. Por ejemplo, en el artículo 62 de los Estatutos de la FIFA se recoge la obligación de las Federaciones nacionales afiliadas de excluir la vía judicial ordinaria, en virtud de una pretendida cláusula compromisoria que debe-

---

<sup>18</sup> SEOANE, J.J. «El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo». *Op. cit.*

<sup>19</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, pp. 225 y 229.

rían contener sus Estatutos.<sup>20</sup> Las últimas reformas de sus Estatutos, lejos de corregir dicha ilegalidad, continúan en la línea de imponer el arbitraje, olvidando que éste debe nacer como consecuencia de la voluntad libre de las partes.<sup>21</sup>

Generalmente son dos los métodos utilizados por las Federaciones Internacionales para someter a los sujetos implicados al arbitraje deportivo. En un primer momento se pensó que era suficiente con incluir una cláusula compromisoria en los estatutos, pero se encontraron con el grave problema de que muchos sujetos que intervienen en el deporte no están sujetos a dichos estatutos de las asociaciones o clubes. Tal es el caso, por ejemplo, de los deportistas profesionales. Para estos casos se pensó en la utilización de los acuerdos o convenios arbitrales, aunque fruto de la aceptación de la licencia deportiva.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Artículo 62.- «Las confederaciones, los miembros y las ligas se comprometen a reconocer al TAD como instancia jurisdiccional independiente, y se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para que sus miembros, jugadores y oficiales acaten el arbitraje del TAD. Esta obligación se aplica igualmente a los agentes organizadores de partidos y a los agentes de jugadores licenciados. [...]

2. Se prohíbe el recurso ante tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación FIFA.

3. En aplicación de lo que precede, las asociaciones deberán incluir en sus estatutos una disposición según la cual sus clubes y miembros no podrán presentar una disputa ante los tribunales ordinarios, y deberán someter cualquier diferencia a los órganos jurisdiccionales de la asociación o confederación o de la FIFA».

<sup>21</sup> En el 57 Congreso de la FIFA se ha aprobado una modificación de los Estatutos que incluye el reforzamiento del artículo 62 anteriormente citado, para prohibir el acceso de sus asociados a los tribunales ordinarios. Se acordó, además, que la FIFA podrá recurrir ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD) las sanciones adoptadas por sus confederaciones, miembros o ligas. Las 207 asociaciones de FIFA, respaldaron la creación y la supervisión de un comité de árbitros dentro de cada una de ellas y la prohibición de acudir a la justicia ordinaria para resolver disputas deportivas. La nueva normativa señala que estos conflictos tendrán que solucionarse en un tribunal arbitral independiente reconocido por la propia asociación o por el T.A.D. *Vid.* noticia en [http://www.lostiempos.com/noticias/31-05-07/31\\_05\\_07\\_ultimas\\_dep3.php](http://www.lostiempos.com/noticias/31-05-07/31_05_07_ultimas_dep3.php) (última consulta 20 de julio de 2007).

<sup>22</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 226.

### III. FÓRMULAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO ESPAÑOL

#### 1. MARCO LEGAL

##### 1.1. *La Ley de Arbitraje*

El marco legal del arbitraje deportivo se encuentra conformado por dos leyes, una de carácter sustantivo como es la LD, y otra de carácter procedimental, como es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje<sup>23</sup> —en adelante LA—.

Esta última resulta de aplicación a la materia deportiva por dos razones: en primer lugar, porque, como veremos a continuación, la legislación deportiva se remite a ella, y en segundo lugar, porque el artículo 1.3 de la Ley 60/2003 indica que «esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes». En este apartado del artículo primero la LA da cobertura legal, de forma genérica a los arbitrajes especiales, entre ellos el deportivo, pues reconoce de forma explícita la posibilidad de que en otros textos normativos se regulen modalidades de arbitraje, acordes con las peculiaridades del objeto que se pretende tutelar, siempre y cuando respeten los principios básicos del ordenamiento arbitral.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> ADÁN DOMENECH, F. «Deporte y Arbitraje: vía para la resolución de conflictos deportivos». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 17, p. 19.

<sup>24</sup> La anterior Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1998 no recogía dentro de los arbitrajes especiales el arbitraje deportivo. Dicha omisión encontraba su justificación en la falta de regulación de tal modalidad arbitral, al no encontrarse en vigor la Ley del Deporte de 1990. Por ello, el hecho de que un arbitraje no estuviera previsto de forma expresa en esta norma, no debía constituir obstáculo para su aceptación y reconocimiento. Vid, ADÁN DOMENECH, F. «Deporte y Arbitraje...». *Op.cit.*, p. 19

## 1.2. *Legislación deportiva: Ley Estatal del Deporte y Leyes Autonómicas*

### a) La ley estatal del deporte

Dos años después de la promulgación de la Ley 36/1998, de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, y en concordancia con sus previsiones, la Ley 10/1990 abrió la vía de la conciliación extrajudicial en el deporte. El arbitraje especial en materia de deporte, se regula en el Título XIII, que lleva por título «Conciliación extrajudicial en el deporte». Seguramente, la creación del T.A.D. (entonces dependiente del C.O.I.) y la aprobación de la Ley de Arbitraje de 1988, influyeron decisivamente en la inclusión de este título en la LD de 1990.

La doctrina ha criticado el confuso nombre dado al título XIII pues parece referirse exclusivamente al procedimiento de conciliación.<sup>25</sup> Sin embargo, la lectura de los artículos 87 y 88 revelan que la ley se refiere casi exclusivamente al arbitraje. El legislador, olvidando las diferencias entre conciliación y arbitraje, parece haber utilizado el primero de ellos como sinónimo de solución extrajudicial de conflictos.

La regulación del proceso arbitral especial llama la atención por su parquedad. Los dos únicos preceptos (87 y 88) se limitan a concretar unos principios mínimos que deben ser respetados por el desarrollo reglamentario de esta modalidad de arbitraje en los diferentes estatutos y reglamentos de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales, declarando para cualquier cuestión no regulada por la LD, la aplicación supletoria de la «legislación del Estado sobre la materia» (artículo 87), esto es, de la LA.

Interesa ahora destacar que la ley, como no podía ser de otra manera, no impone el recurso a los medios extrajudiciales de solución de

---

<sup>25</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, pp. 233-234; RODRÍGUEZ MERINO, A. «Los conflictos deportivos y sus formas de solución...». *Op. cit.*, p. 273.

conflictos sino que en el artículo 87 prevé que las cuestiones litigiosas «podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje». El legislador, por otro lado, faculta e impulsa, pero sin obligar, a los clubes, federaciones y ligas profesionales a la inclusión en sus estatutos de dichas fórmulas (artículo 88.2). En el supuesto de que lo hagan «como mínimo, figurarán las siguientes reglas:

Artículo 88.2.-

- a. Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.
- b. Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje.
- c. Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.
- d. Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas.
- e. Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.
- f. Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales».

## b) Leyes autonómicas del Deporte

En la Constitución española el deporte es una materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas —CC.AA.—,<sup>26</sup> por esta razón, nuestro estudio debe completarse con la lectura de las diversas leyes autonómicas del deporte, para comprobar en qué medida hacen alusión a la posibilidad de introducir las técnicas de resolución de conflictos por vía extrajudicial en el ámbito deportivo de su territorio.

De las 17 leyes autonómicas del Deporte, doce contienen una regulación al respecto, si bien pueden apreciarse ciertas diferencias entre

---

<sup>26</sup> Vid, sobre la distribución de competencias de competencias en materia deportiva entre el Estado y las Comunidades Autónomas, TEJEDOR BIELSA, J.C. *Público y Privado en el Deporte*. Op. cit., pp. 35-49.



ellas. La mayoría de ellas reproducen prácticamente el esquema de la LD en cuanto permiten que las entidades deportivas prevean fórmulas de conciliación o arbitraje para la resolución de conflictos de naturaleza jurídico-deportiva, dentro de los principios de la ley estatal de arbitraje, y establecen el contenido mínimo que deberá tener la regulación estatutaria (Ley 15/1994 de 28 de diciembre de 1994 del Deporte de la Comunidad de Madrid, Ley 4/1993 de 16 de marzo de 1993 del Deporte de Aragón, Ley 3/1995 de 21 de febrero de 1995 del Deporte de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Ley 4/1993 de 20 de diciembre de 1993 del Deporte de la Comunidad Valenciana, Ley 2/1994 de 29 de diciembre de 1994 del Deporte de Asturias.

Llama la atención el hecho de que algunas leyes obliguen a las federaciones a recoger fórmulas de solución extrajudicial que puedan surgir entre los miembros de las Federaciones y la paralela obligación de regular reglamentariamente fórmulas de arbitraje que, sujetas a los límites impuestos por la legislación general estatal sobre arbitraje, contemplen los aspectos básicos y necesarios de este sistema de resolución de conflictos. Es el caso de la Ley 14/1998 de 11 de junio de 1998 del deporte del País Vasco<sup>27</sup> y de la Ley Foral 15/2001 de 5 de julio de 2001 del Deporte de Navarra.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> El Título XII «Justicia deportiva» dedica el Capítulo 2º a regular el Arbitraje. En concreto en artículo 142 se indica que:

- «1.- Las normas estatutarias y reglamentarias de las federaciones deportivas *deberán* prever y regular, respectivamente, fórmulas de arbitraje para resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan plantearse entre sus miembros. La aplicación de dichas fórmulas se verificará en los términos, condiciones y efectos de la legislación general sobre arbitraje.
- 2.- Dichas normas reglamentarias deberán contemplar los siguientes aspectos:
  - a) Relación de cuestiones que puedan ser objeto de arbitraje.
  - b) Formas de aceptación de tales fórmulas de arbitraje por las personas afectadas.
  - c) Procedimiento de aplicación de dichas fórmulas arbitrales, respetando en todo caso los principios de contradicción e igualdad.
  - d) Órganos o personas encargadas de resolver las diferencias y procedimiento para su designación.
  - e) Fórmulas de ejecución de los laudos».

<sup>28</sup> En el artículo 128 se indica que:

- «1. Los estatutos y reglamentos de las federaciones deportivas *deberán* prever y

Pero, incluso en estos casos, se recoge el principio de sumisión voluntaria, proscribiendo las normas o los acuerdos federativos que obliguen a sus miembros o asociados someterse necesariamente al procedimiento arbitral establecido. Por tanto, se distingue claramente entre la obligatoriedad de disponer de este sistema o instrumento de la obligatoriedad de someter todos los conflictos al mismo.<sup>29</sup> Ambas leyes imponen, además, a los poderes públicos la promoción del arbitraje como vía de solución de conflictos.<sup>30</sup> En la Ley del Deporte de Murcia se añade a este deber de promoción el establecimiento y publicitación de «incentivos para los agentes deportivos que acudan a ella [al arbitraje]».

---

regular el arbitraje como medio para resolver extrajudicialmente las cuestiones litigiosas que puedan plantearse en su seno y entre sus miembros, en materias de libre disposición.

2. En los términos y bajo las condiciones de la legislación general en la materia, se establecerá reglamentariamente el régimen del arbitraje en este ámbito.
3. Dichas normas reglamentarias deberán contemplar los siguientes aspectos:
  - a) Relación de cuestiones que puedan ser objeto de arbitraje.
  - b) Formas de aceptación de tales fórmulas de arbitraje por las personas afectadas.
  - c) Procedimiento de aplicación de dichas fórmulas arbitrales, respetando en todo caso los principios de contradicción e igualdad.
  - d) Órganos o personas encargadas de resolver las diferencias y procedimiento para su designación.
  - e) Fórmulas de ejecución de los laudos».

<sup>29</sup> En el artículo 143 de la Ley Vasca se indica que «la sumisión a sistemas de arbitraje en derecho o de equidad tendrá en cualquier caso carácter voluntario, quedando prohibidas cualesquiera normas o acuerdos que obliguen a jueces, a técnicos, a deportistas y a demás personas o entidades deportivas a resolver sus conflictos mediante fórmulas arbitrales». Del mismo tenor es el artículo 128.4 de la Ley navarra: «la sumisión a sistemas de arbitraje tendrá en cualquier caso carácter voluntario, quedando prohibidas cualesquiera normas o acuerdos que obliguen a las personas y entidades integradas en las federaciones deportivas a resolver sus conflictos mediante fórmulas arbitrales».

<sup>30</sup> El artículo 144 de la Ley Vasca señala que «los poderes públicos del País Vasco deberán promover la creación de entidades con funciones arbitrales y divulgar entre los miembros del movimiento deportivo la cultura del arbitraje como fórmula adecuada para la resolución de los conflictos que se manifiesten en el seno del deporte». Del mismo tenor es el artículo 129 de la Ley navarra: «la Administración de la Comunidad Foral promoverá el arbitraje como fórmula adecuada para la resolución de conflictos en materia deportiva».

En las leyes examinadas, y en la línea con la terminología empleada por la ley estatal del Deporte, encontramos de nuevo la utilización confusa de término «conciliación» como sinónimo de fórmula de resolución extrajudicial de conflictos. Dicha confusión es corregida por las leyes vasca y navarra que se refieren exclusivamente al arbitraje.

Algunas leyes han llegado a crear Tribunales autonómicos de arbitraje. Así, junto a la ley vasca debemos destacar la Ley 8/1997 de 9 de julio de 1977 Canaria del Deporte que crea un Tribunal del Deporte Canario;<sup>31</sup> la Ley 2/1995 de 6 de abril de 1995 del Deporte de Extremadura que crea la Junta Arbitral del Deporte extremeño;<sup>32</sup> la Ley 6/1998, de 14 de diciembre de 1988, del Deporte de Andalucía, crea

---

<sup>31</sup> El Capítulo IV lleva por título «La resolución extrajudicial de conflictos en el deporte». En concreto en el artículo 73 se regula «El Tribunal Arbitral del Deporte Canario»:

- «1. Se crea el Tribunal Arbitral del Deporte Canario, adscrito orgánicamente al departamento competente en materia de deporte, como órgano institucionalizado dedicado a la mediación y arbitraje en materia deportiva.
2. Su constitución, composición, organización y régimen de funcionamiento se determinarán reglamentariamente».

<sup>32</sup> La ley dedica el Título VI a regular la «Conciliación extrajudicial (en el deporte extremeño)». En el artículo 90 «Se crea la Junta Arbitral del Deporte Extremeño como órgano adscrito a la Consejería de Educación y Juventud de la Junta de Extremadura, que conocerá de las solicitudes de Arbitraje presentadas por cualquier persona, física o jurídica, integrada en alguno de los estamentos a los que se hace referencia en el artículo anterior para las cuestiones indicadas en el mismo».

Respecto de su composición el artículo 91 señala que:

- «1.º La Junta Arbitral del Deporte Extremeño estará compuesta por un Presidente y dos miembros, nombrados todos ellos entre Licenciados en Derecho, por el Consejero de Educación y Juventud, a propuesta del Director General de Deportes.
- 2.º La Junta Arbitral del Deporte Extremeño fomentará la solución de los problemas suscitados en el ámbito deportivo por el procedimiento arbitral que se determinará reglamentariamente».

Interesa destacar que el artículo 92 establece el acceso gratuito al arbitraje.

la Junta de Conciliación del Deporte andaluz;<sup>33</sup> la Ley 2/2000, de 12 de julio de 2000 del Deporte de la Región de Murcia en el título XI incorpora a la Ley la creación de una Junta Arbitral Deportiva destinada a resolver por medio del arbitraje aquellas cuestiones litigiosas en materia deportiva que no afecten a la disciplina deportiva y a los procesos electorales.<sup>34</sup> Finalmente, en cumplimiento del El artículo 144 del la Ley Vasca señala que impone a los poderes públicos del País Vasco el deber de «promover la creación de entidades con funciones arbitrales» se ha creado el Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> La ley dedica el Título VIII a la «conciliación extrajudicial en el deporte». En el artículo 86 se regula la «Composición de la Junta de Conciliación del Deporte Andaluz» en el siguiente sentido:

- «1. La Junta de Conciliación del Deporte Andaluz estará compuesta por un presidente y dos vocales y otros tantos suplentes, designados, todos ellos, por el Consejero competente en materia de deporte entre juristas de reconocido prestigio en el ámbito deportivo.
2. Estará asistida por un secretario, licenciado en Derecho, designado por el Consejero competente en materia de deporte entre funcionarios de carrera.
- Actuará con voz y sin voto».

<sup>34</sup> La ley dedica el Título XI al «arbitraje deportivo». El artículo 108 crea la llamada «Junta Arbitral Deportiva de la Región de Murcia»:

1. Se crea la Junta Arbitral Deportiva de la Región de Murcia como órgano administrativo encargado de la resolución por medio de arbitraje de las cuestiones litigiosas en materia deportiva a las que hace referencia el artículo anterior.
2. La Junta Arbitral Deportiva de la Región de Murcia, adscrita a la Consejería competente en materia deportiva, actúa con total independencia de la misma. Estará compuesta por cinco miembros, personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte, designados por el titular de la citada Consejería, de acuerdo con el procedimiento fijado en la normativa de desarrollo de la presente Ley.
3. El sistema y procedimiento para la designación de los miembros de la Junta Arbitral, competencias y funcionamiento de la misma se establecerán reglamentariamente.
4. La duración de su mandato será de cuatro años y su ejercicio no será remunerado, devengando tan sólo las dietas e indemnizaciones a que hubiera lugar, de acuerdo con la normativa aplicable».

<sup>35</sup> Vid, sobre el Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo, GARCÍA SILVERO, E.A. Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo, FAQS y Código de Arbitraje de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, n.º 14, pp. 389-392. SEOANE, J.J. «El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo», comunicación presentada en el Congreso de Deporte Federado, <http://www.bizkaia.net/kirolak/kongresua/pdf/comunicaciones2.pdf> (última consulta 13 de julio de 2007).

Por último hay que señalar que la Ley catalana del Deporte (Ley 8/1999, de 30 de julio de 1999, de la jurisdicción deportiva y de modificación de las Leyes 8/1988 del Deporte y 11/1984 de creación del organismo autónomo instituto nacional de educación física de Cataluña) no regula procedimientos extrajudiciales, pero atribuye al Tribunal Catalán del Deporte funciones arbitrales.<sup>36</sup>

### *1.3. Reglamentos federativos nacionales*

El Real Decreto 1835/1991 de 20 de diciembre de 1991, sobre Federaciones Deportivas (RFD) desarrolla en sus artículos 34 a 39, los contenidos mínimos de la LD respecto del arbitraje deportivo. Remitimos al epígrafe siguiente el estudio de dicha regulación que se realizará conjuntamente con la contenida en la LD a la que desarrolla.

## **2. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE CONTENIDA EN LA LEY ESTATAL DEL DEPORTE**

### *2.1. Objeto y materias de arbitraje*

Para aproximarnos al contenido de las materias sobre las que puede recaer un arbitraje deportivo, debemos acudir a los artículos 87 y 88.1 LD. El artículo 87 señala que:

Artículo 87.- «Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia».

---

<sup>36</sup> Artículo 56.- «El Tribunal Catalán del Deporte puede actuar para resolver de forma inapelable, mediante el arbitraje de equidad, las cuestiones de litigio de naturaleza jurídico-deportiva no reguladas en la presente Ley y que le hayan sido sometidas de común acuerdo por los interesados».

La redacción del precepto es demasiado generalista y parece exigir como único requisito que la relación jurídica controvertida tenga naturaleza deportiva. El artículo 88.1 realiza un mayor esfuerzo de concreción cuando indica que:

Artículo 88.1. -«Las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo».

Poniendo en relación ambos preceptos, cuya redacción es muy confusa, Camps Povill<sup>37</sup> ha identificado cuatro condiciones para que podamos hablar de conciliación o arbitraje en el ámbito deportivo:

1. Debe ser una cuestión litigiosa de naturaleza jurídico-deportiva. Realizando una interpretación estricta quedarían, pues, excluidos los conflictos derivados del Derecho Civil y Mercantil.
2. La diferencia o litigio debe haber surgido con ocasión de la aplicación de reglas deportivas.
3. Dichas reglas deportivas no deben estar incluidas de forma expresa en la LD o en sus disposiciones de desarrollo.
4. Deberíamos aplicar, además, las condiciones que se derivan de la LA y en concreto la recogida en el artículo 2.1, de acuerdo con el cual «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Quedarían, pues, excluidos del arbitraje todos los aspectos de la actividad deportiva donde la actuación de las Federaciones o Ligas sea impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa (las que son objeto de delegación pública).

Tenemos ante nosotros un panorama desalentador. ¿Queda alguna materia que pueda ser objeto de un arbitraje privado? El legislador parece no haber tenido en cuenta que por un lado, la actividad deporti-

---

<sup>37</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 235.

va había quedado, en virtud de la LD muy «publicada» y en consecuencia excluida, y por otro lado, que las cuestiones de naturaleza jurídico-deportiva, fueron precisamente las que más se publicaron.<sup>38</sup> Si nos ciñéramos exclusivamente a la LD podría extender el arbitraje deportivo a los conflictos derivados de la relación laboral, pero entonces entraría en el juego el artículo 1, de la que excluye de su ámbito de aplicación «los arbitrajes laborales», exclusión que, en el ámbito deportivo, se añadiría a la de los litigios derivados del Derecho civil y mercantil.

Podría haber ciertos aspectos como los derivados de la relación asociativa, o de las relaciones entre clubes, como, por ejemplo, los derechos sobre «*transfer*» de jugadores,<sup>39</sup> pero entonces entrarían en juego las limitaciones siguientes, como es que sea en aplicación de las «reglas deportivas», lo que excluiría a ambas, por no ser normas estrictamente deportivas las que lo regulan.

A ello hay que añadir que según el legislador no debe estar previsto en la Ley ni en los reglamentos de desarrollo, lo que supondría, como ha señalado Camps Povill, que cualquier materia del deporte que se reglamente desde los poderes públicos quedará automáticamente excluida. Es lógica la conclusión a la que llega este autor cuando afirma que limitándonos a la lectura de la LD «no existe ningún aspecto de la relación deportiva que pueda ser objeto de arbitraje a tenor de la Ley

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 237. Vid, también Terol Gómez, R. «El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte». *Op. cit.*, p. 45.

<sup>39</sup> En materia de transferencia de jugadores, la FIFA ha creado un sistema de arbitraje y resolución de disputas, constituido por un servicio de mediación y otro de arbitraje ante la Cámara de Resolución de Disputas de la Comisión del Estatuto del Jugador o, si las partes así lo han acordado por escrito, ante un arbitraje deportivo nacional, para los supuestos de incumplimiento contractual —con o sin causa justificada tanto del club como del deportista— y los litigios relacionados con la indemnización por formación (artículo 42 del Reglamento de la FIFA sobre el estatuto y la transferencia de los jugadores). Vid, sobre este tema, Esquivel, U. «La Cámara de Resolución de Disputas (CRD) y su jurisprudencia». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, n.º 3, pp. 133-167.

10/90».<sup>40</sup> El absurdo de la conclusión, la ley imposibilita aquello que quiere posibilitar —el arbitraje—, se salva acudiendo al artículo 34 del RD 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas Españolas que pasa de un sistema absolutamente restrictivo a uno más amplio, donde las únicas condiciones son:<sup>41</sup>

1. Sobre aspectos de libre disposición por las partes.
2. Con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas en la Ley y normas de desarrollo.
3. Que no afecten a las cuestiones disciplinarias.

La conclusión a la que llegamos ahora es distinta, puesto que conforme al reglamento, se incluirían todos aquellos conflictos jurídico-deportivos que afecten a relaciones estrictamente privadas que se surjan en el ámbito del deporte, salvo las exclusiones que recoge el reglamento en su artículo 35:

- a. Las que se susciten en las relaciones con el Consejo Superior de Deportes, relativas a las funciones que a este organismo le estén encomendadas.
- b. Aquéllas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte (dopaje) y seguridad en la práctica deportiva.
- c. Las relativas a las subvenciones que otorgue el Consejo Superior de Deportes, y, en general, las relacionadas con fondos públicos.
- d. Con carácter general, las incluidas en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Este último apartado debe ser reinterpretado conforme a la nueva LA de 2003 que, a diferencia de la Ley de 1988, que incluía una lista de las materias

---

<sup>40</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op.cit.*, p. 237.

<sup>41</sup> **Artículo 34.**- «Las fórmulas específicas de conciliación y arbitraje a que se refiere el Título XIII de la Ley del Deporte, están destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la apli-



excluidas de arbitraje, permite someter a arbitraje cualquier controversia con tal de que las partes tengan poder de disposición sobre ella conforme al Derecho español. El artículo 1.4 únicamente excluye de forma expresa los arbitrajes de carácter laboral.

A modo de conclusión, las materias que pueden someterse a arbitraje son todas las relativas a la práctica o desarrollo del deporte, a los intereses económicos u otros que surjan de dicha práctica, o a cualquier actividad concerniente a la educación física y al deporte, incluyendo patrocinio deportivo y medios de comunicación.<sup>42</sup> A título enunciativo, estas materias pueden englobarse en tres grandes apartados:

- Materias generales deportivas (conflictos de naturaleza privada entre Federaciones Nacionales y Territoriales, entre federados y Federaciones en las que se encuentran integrados, entre entidades deportivas, etc.).
- Contratos de patrocinio y publicidad (cuestiones litigiosas que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de contratos de patrocinio, de contratos de publicidad y relacionados con los diferentes medios de comunicación social, así como cualquier otro contrato mercantil en general).
- Conflictos con proveedores y cuestiones de responsabilidad civil (mal estado de instalaciones deportivas, daños económicos a terceros, seguros, etc.).

El ámbito de conocimiento del arbitraje en España, resulta pues, reducido, al quedar excluido aquel que da lugar a la mayor litigiosidad: la disciplina deportiva. No ocurre lo mismo, como indica Gamero Ca-

---

cación de reglas deportivas no incluidas en dicha Ley y disposiciones de desarrollo, entendiendo por ello aquellas que sean objeto de libre disposición de las partes, y cuya vulneración no sea objeto de sanción disciplinaria».

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ MERINO, A. «Los conflictos deportivos y sus formas de solución...». *Op. cit.*, p. 273; CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, pp. 237-238; TEROL GÓMEZ, R. «El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte». *Op. cit.*, pp. 49-50.

sado,<sup>43</sup> «en los ordenamientos jurídicos que han estructurado el sistema de disciplina deportiva como materia estrictamente jurídico-privada» donde:

Es evidente el florecimiento de los procedimientos arbitrales deportivos, que se están generalizando como una fórmula apta para conjugar el respeto de los principios y garantías que todos los ordenamientos han erigido en materia de disciplina deportiva, con la celeridad con que deben tramitarse estos asuntos para no afectar indebidamente al normal desarrollo de la competición.

## 2.2. *Procedimiento*

El procedimiento se ajusta a las previsiones de la LA con las peculiaridades —escasas— propias de la LD, por esa razón, explicaremos únicamente aquellos aspectos en los que la LD aporta una regulación específica.

En primer lugar, es necesario que exista un acuerdo entre las partes manifestado en un convenio arbitral; en segundo lugar, hay que nombrar a los árbitros; en tercer lugar, se seguirá el procedimiento arbitral en sentido estricto.

Antes de adentrarnos en el estudio del procedimiento, conviene no obstante precisar que la LD trata el tema del arbitraje como si sólo pudiera producirse el institucionalizado. No prohíbe el arbitraje *ad-hoc*, porque no podía hacerlo, pero sólo introduce reglas en relación con el primero. Lo mismo ocurre en el Reglamento de Federaciones Deportivas Españolas, que regula exclusivamente el arbitraje institucionalizado en el seno de clubes, federaciones y ligas.

En consecuencia, partiendo de la existencia de dos tipos de arbitraje, hay que indicar que el arbitraje *ad-hoc* se remite totalmente a la LA,

---

<sup>43</sup> GAMERO CASADO, E. *Las sanciones deportivas*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 449.

mientras que en el caso del institucionalizado la LD fija unas reglas mínimas que, por otro lado, no son distintas de las previstas en la ley general.<sup>44</sup>

#### a) El Convenio Arbitral

La exigencia contenida en la LA (título II) de que las partes acepten y suscriban un convenio arbitral, es aplicable a toda modalidad de arbitraje incluida el deportivo. A ello se refiere el artículo 88 de la LD cuando señala que en los estatutos que fijen un sistema de conciliación o arbitraje deberá constar como mínimo «el método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema». Para Cazorla Prieto dicho método «no es otro que el convenio arbitral libre y voluntariamente pactado por las partes».<sup>45</sup>

El RD 1835/1991 desarrolla de una forma muy parca el contenido de dicho convenio. En su artículo 35 segundo párrafo se concreta el contenido del artículo 88 LD, indicándose que:

##### Artículo 88.- «[...]»

a. El método de manifestar la inequívoca voluntad de sumisión a dicho sistema será la suscripción por las partes de un convenio arbitral, en el que se exprese la renuncia a la vía judicial y la intención de las mismas de someter la solución de la cuestión litigiosa a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión».

Posteriormente, en el artículo 36 se permite que el contenido del convenio arbitral se extienda a la designación de los árbitros, y a la determinación de las reglas de procedimiento. También podrán las partes deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica la designación de los árbitros.

Respecto a la forma del convenio arbitral, en el artículo 35 del RFD se especifica que «deberá formalizarse por escrito». Del mismo precepto se desprende que la sumisión a los mecanismos extrajudiciales

---

<sup>44</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 244.

<sup>45</sup> CAZORLA PRIETO, L.M. (Coord.). AA.VV. *Derecho del Deporte*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 362.

de solución de conflictos debe ser expresa. Ello supone que dicho requisito no queda cumplido con el mero hecho de la afiliación a una Federación, Club o Liga en cuyos estatutos se incluya la obligatoriedad de acudir a un arbitraje, pues entre otras razones, dicho acto de afiliación no tiene naturaleza de contrato de adhesión.<sup>46</sup> El artículo 35 es claro al exigir que dichos estatutos prevean la exigencia de un acto de voluntad expreso de las partes manifestado en un convenio arbitral.<sup>47</sup> Por otro lado:

Como sea que el objeto del convenio debe ser una controversia determinada o determinable en base a algunos criterios, no es válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona; por ello tampoco sería válido un convenio donde se renunciara absolutamente a todas las acciones judiciales que pudiera ejercer con ocasión de los conflictos derivados de la práctica deportiva».<sup>48</sup>

Es éste un argumento más, que se añade al formulado anteriormente a favor de la consideración como nulas de las cláusulas de los estatutos de algunas Federaciones deportivas que incluyen la renuncia total al acceso a la jurisdicción ordinaria, aun cuando conste el consentimiento por escrito de las partes implicadas.<sup>49</sup>

Los requisitos formales deben completarse con el artículo 9 LA.<sup>50</sup>

## b) Los árbitros. Especial referencia al arbitraje institucional

<sup>46</sup> El artículo 9.2 LA indica que «Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. Por otro lado, como señala Alonso Martínez, R. «Tutela judicial en materia deportiva». *Op. cit.*, cuando existe un único cauce para participar en una competición oficial, sin posibilidad alguna de elección, no puede mantenerse que sea voluntario el acatamiento de unas normas que excluyen la revisión jurisdiccional ni tampoco que sea voluntaria la sumisión a un único órgano arbitral, con exclusión de una posterior impugnación en sede judicial».

<sup>47</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 246.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 246.

<sup>50</sup> El artículo 9 LA regula la «Forma y contenido del convenio arbitral» en los siguientes términos:

«1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las par-

Entre el contenido mínimo que, conforme al artículo 88 LD, debe contener el sistema de conciliación o arbitraje previsto por los estatutos de las Federaciones deportivas, clubes o Ligas profesionales, se menciona expresamente:

Artículo 88.-«[...]

- a. Los Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.
- b. El Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas».

En línea con lo dispuesto en la LA, el artículo 36 RFD recoge la posibilidad de que el arbitraje se encomiende a personas físicas o bien a instituciones arbitrales (arbitraje institucional) que asumirán la función de resolver la controversia y que, según el Artículo 37 RFD, pueden ser:

Artículo 37.-«[...]

- a. Corporaciones de derecho público que pueden desempeñar funciones arbitrales.
- b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales».

---

tes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.
3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.  
Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.
5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

El artículo 36 del RFD regula la forma de designación de los árbitros, personas físicas, que podrá realizarse de forma directa por las partes en el convenio arbitral, o bien, encomendarse a un tercero ya sea persona física o jurídica. A falta de regulación expresa de las partes del procedimiento de designación de árbitros, se aplican de forma supletoria las disposiciones de la LA.

Respecto al llamado arbitraje institucionalizado, conviene precisar que las Asociaciones o Corporaciones de Derecho Público no serán propiamente sujetos arbitrales, puesto que la LA se limita a reconocer en el artículo 14 la posibilidad de encomendar a estos organismos la designación de árbitros y la administración del arbitraje,<sup>51</sup> «pero en ningún caso la de decidir o ejercer de árbitro».<sup>52</sup>

Dentro del arbitraje institucionalizado merece especial atención el *Tribunal Español de Arbitraje Deportivo* (T.E.A.D.), que fue creado y puesto en marcha por el Comité Olímpico Español. Este Tribunal, a diferencia de su homónimo en el ámbito internacional, el T.A.D., no ha alcanzado arraigo y no es frecuente que los agentes deportivos acudan al mismo a dirimir sus diferencias.

Creado por iniciativa conjunta del Comité Olímpico Español, del Consejo Superior de Deportes y de las Ligas de Deportes Profesionales, cuenta con cien árbitros designados entre juristas, profesionales de distintos ámbitos y personalidades vinculadas al deporte, todos ellos de reconocido prestigio e independientes.

---

<sup>51</sup> Artículo 14.- «Arbitraje institucional:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales».

<sup>52</sup> CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte...». *Op. cit.*, p. 243.

Tiene como órgano de gobierno y administración la Comisión de Arbitraje Deportivo, adscrita al Comité Olímpico Español.

El T.E.A.D. se rige por el Código de Arbitraje Deportivo,<sup>53</sup> integrado por los Estatutos del Arbitraje Deportivo y por el Reglamento de Procedimiento, que establecen cómo solucionar cualquier litigio deportivo a través del arbitraje.

Tres son los procedimientos que se siguen ante el Tribunal:

- Procedimiento de arbitraje por el que se resuelven controversias deportivas entre partes determinadas.
- Procedimiento de conciliación, ya que en el seno del procedimiento arbitral cabe la conciliación previa.
- Procedimiento de consultas, a través del cual las Entidades Deportivas pueden recabar del T.E.A.D. dictámenes sobre cuestiones jurídicas relativas a la práctica o a cualquier actividad relativa al deporte.

En el ámbito del Fútbol, conviene destacar asimismo el *Tribunal Arbitral del Fútbol* (T.A.F.), Asociación de Arbitraje extrajudicial privado, constituida en el seno de la Fundación del Fútbol Profesional (FFP), siendo los órganos de gobierno y representación los designados por el Patronato de la FFP. Conforme al artículo 91 de los Estatutos de Arbitraje conocerá de las:

Artículo 91.- «Cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva y económico-financiera planteadas o que se puedan plantear entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional y sus afiliados, o entre éstos, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas en la Ley del Deporte y Disposiciones de desarrollo, entendiendo por ello aquéllas que sean objeto de libre disposición de las partes, y cuya vulneración no sea objeto de sanción disciplinaria».

Además, las Sociedades Anónimas Deportivas, los Clubes y la LIGA podrán, no obstante, por vía de acuerdo escrito, someter sus posibles

---

<sup>53</sup> El Código de Arbitraje se puede consultar en la página <http://www.coe.es>

conflictos en relación con acuerdos concretos, a la decisión de cualquier otro órgano o Tribunal Arbitral.

### c) Tramitación del procedimiento

Tanto la LD como la LA regulan de forma muy parca el aspecto relativo a la determinación de las normas por las que debe regirse el procedimiento. Ambas leyes conceden primacía a la voluntad de los interesados, quienes tendrán plena disponibilidad para concretar:

Las fases que deben dar cuerpo a esta vía de resolución de conflictos, con la exigencia de un respeto obligado a los principios constitucionales, y en especial, a los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes, según dicción del artículo 88 LD, a efectos de que ninguna de ellas pueda encontrarse en una situación de indefensión o desigualdad respecto a la otra, que le pueda suponer un perjuicio para demostrar la fehaciencia de sus argumentaciones.<sup>54</sup>

Respecto de la forma de determinar las reglas del procedimiento, debe precisarse que se puede efectuar de tres formas diferentes: o de forma directa por las partes, o por la entidad u organismos a los que se les encarga la resolución del conflicto, de acuerdo con sus reglamentos, o bien por el acuerdo de los árbitros. Subsidiariamente, y a falta de concreción definitiva, se aplicarán las directrices generales contenidas en la LA.<sup>55</sup>

Por último, el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes (artículo 88.3 LD que se remite al artículo 43 LA).

---

<sup>54</sup> ADÁN DOMÉRECH, F. «Deporte y Arbitraje...». *Op. cit.*, p. 26.

<sup>55</sup> *Idem.*



## BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA:

- ADAN DOMÉNECH, F. «Deporte y Arbitraje: vía para la resolución de conflictos deportivos». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 17, pp. 17-27.
- CAMPS POVILL, A. «La conciliación extrajudicial del deporte en España», En *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal, Unisport, Deporte y Documentación*, n.º 19, 1992, pp. 217-255.
- CARRETERO LESTÓN, J.L. y A. CAMPS POVILL. «El Tribunal Arbitral del Deporte». En *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal, Unisport, Deporte y Documentación*, n.º 19, 1992, pp. 259-268.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (Coord.). AA.VV. *Derecho del Deporte*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 362.
- RODRÍGUEZ MERINO, A. «Los conflictos deportivos y sus formas de solución. Especial referencia al sistema disciplinario deportivo». En AA.VV. *Introducción al Derecho del Deporte*. ESPARTERO CASADO, J. (Coord.). Madrid: Dykinson, 2004, pp. 231-274.
- ESQUIVEL, U. «La Cámara de Resolución de Disputas (CRD) y su jurisprudencia». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, n.º 3, pp. 133-167.
- GAMERO CASADO, E. *Las sanciones deportivas*. Barcelona: Bosch, 2003.
- LARUMBE BEAIN, K. «El procedimiento ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAD). Marco teórico. El procedimiento ordinario». En *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 18, pp. 487-497.

- SEOANE, J.J. «El Tribunal Vasco de Arbitraje Deportivo», comunicación presentada en el Congreso de Deporte Federado, <http://www.bizkaia.net/kirolak/kongresua/pdf/comunicaciones2.pdf>
- TEJEDOR BIELSA, J.C. *Público y Privado en el Deporte*. Barcelona: Bosch, 2003.

## CAPÍTULO 17

ARBITRAJE Y DERECHO LABORAL:

PUNTOS CONFLICTIVOS DEL ARBITRAJE EN MATERIA  
ELECTORAL Y DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO  
(DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA)

Marta Arroyo González



## Capítulo 17

### ARBITRAJE Y DERECHO LABORAL: PUNTOS CONFLICTIVOS DEL ARBITRAJE EN MATERIA ELECTORAL Y DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO (DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA)

*Marta Arroyo González*

I. Consideraciones previas: Base normativa y objeto de estudio.— II. El arbitraje laboral en materia electoral.— II.1. Naturaleza jurídica: Arbitraje obligatorio y problemas de constitucionalidad.— II.2. Ámbito objetivo del arbitraje electoral.— II.2.1. La impugnación del preaviso o promoción de las elecciones.— II.2.2. El derecho a la promoción de elecciones y la impugnación del preaviso en los centros de trabajo entre seis y diez trabajadores.— II.2.3. El procedimiento jurisdiccional para impugnar el derecho a la promoción de elecciones.— II.3. El procedimiento arbitral: Iniciación y Legitimación.— II.4. El laudo arbitral.— III. La impugnación del laudo arbitral en materia electoral.— III.1. Cuestión previa.— III.2. Objeto de la impugnación.— III.3. La adecuación o inadecuación del procedimiento jurisdiccional en materia electoral.— III.4. La legitimación: el «interés legítimo» necesario para la impugnación.— III.4.1. El «Interés legítimo» de los sindicatos.— III.4.2. Sindicatos frente a los que se plantea la impugnación.— III.4.3. El control jurisdiccional del artículo 130 TRLPL.

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS. BASE NORMATIVA Y OBJETO DE ESTUDIO

El actual Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo de 1995 (TRET) incorpora en el Título II, Capítulo Primero y Sección 2ª, (artículos 69-

76) el «procedimiento electoral», para la elección de delegados de personal y de miembros del comité de empresas. A su vez, dichos preceptos estatutarios han sido desarrollados por el Real Decreto 1844/1994 de 9 de septiembre de 1994, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (RERT).

Dentro de este marco se institucionaliza un arbitraje obligatorio (artículo 76 TRET y artículos 28 a 42 RERT) para canalizar las correspondientes reclamaciones electorales.

Por otro lado, la Ley 18/1994 de 30 de junio de 1994, hace lo propio con la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Además, a través de la Ley 9/1987 de 12 de junio de 1987 (modificada a su vez, por la Ley 7/1990, de 19 de julio de 1990) se instaura un procedimiento arbitral en términos muy semejantes al regulado en el artículo 76 TRET, ampliándose la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las pretensiones en materia electoral en el ámbito de la Función Pública.

Conviene recordar que, la instauración de un proceso arbitral en materia electoral se introduce en la norma estatutaria tras la importante reforma operada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo de 1994. La finalidad de la creación *ex lege* de este arbitraje, que tiene carácter obligatorio y cuyas características examinaremos en las próximas páginas, fue la de desjudicializar o reducir la judicialización de las numerosas controversias electorales y, sobre todo, aligerar su resolución.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vid la STSJ de Valencia de 11 de noviembre de 2002, rec. 13/2002 (La Ley 577/2003) que trate a colación la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del

Consejo de Europa, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales y que señala, «que los Gobiernos adopten las disposiciones adecuadas para que, en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial», facilitando la Ley un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaura es igualitario, tratando, en

Pero la reforma mencionada también tuvo su incidencia, como no podía ser de otro modo, en la Ley procesal laboral (Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral —TRLPL— aprobado por RD Legislativo 2/1995 de 7 de abril de 1995). Así, tras la regulación sustantiva de la impugnación de las controversias en materia electoral, la norma adjetiva va a prever dos nuevas «modalidades procesales», a saber: el procedimiento para la impugnación de laudos arbitrales (artículos 127 a 132) y el procedimiento para la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas electorales (artículos 133 a 136). La primera de las modalidades se constituye como el cauce adecuado para impugnar el laudo con el que finaliza el proceso arbitral previsto en el artículo 76 TRET; y la segunda, para impugnar las resoluciones administrativas denegatorias del registro de las actas relativas a las elecciones, las cuales están excluidas del procedimiento arbitral mencionado.

En las páginas siguientes analizaremos el arbitraje en materia electoral y la impugnación judicial del laudo que pone fin a dicho arbitraje, analizando los puntos que consideramos más polémicos, desde un punto de vista sustantivo y procesal, trayendo para ello a colación las sentencias que, en algunos supuestos, han otorgado claridad a la controversia.

## II. EL ARBITRAJE EN MATERIA ELECTORAL

### *II.1. Naturaleza jurídica: arbitraje obligatorio y problemas de constitucionalidad*

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, la reforma laboral operada con la Ley 11/1994 (calificada como la «auténtica reforma» pues incide en múltiples preceptos del TRET y del TRLPL) confiere un impulso a los procedimientos privados de solución de con-

---

definitiva, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sin perjuicio de no implicar renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución [...]».

flictos, cuyo fundamento jurídico se encuentra en la autonomía colectiva (para los conflictos colectivos) y en la autonomía individual (para los conflictos individuales).<sup>2</sup> Pero además, bajo esta perspectiva se instaaura un arbitraje en materia electoral que se fundamenta en la propia Ley y que no constituye una posible vía de solución privada de un conflicto, sino una vía impuesta obligatoriamente. Como se ha señalado, no estamos ante un simple requisito preprocesal obligado (a modo de reclamación previa) que, fracasado o intentado sin efecto permita el acceso a la vía jurisdiccional, sino ante una expresa exclusión de la vía judicial a favor de la fórmula arbitral (STSJ de Andalucía de Sevilla de 3 de febrero de 1998 —La Ley 18841/1998—).

Debido a las particularidades que presenta este proceso arbitral, algunos autores se han mostrado reticentes al calificar esta figura como de verdadero arbitraje.<sup>3</sup> En este sentido se ha dicho, que los requisitos que se consideran configuradores del arbitraje (compromiso arbitral, obligatoriedad del laudo e imparcialidad de los árbitros) falta en esencia el compromiso arbitral; la obligatoriedad se presenta muy atenuada o matizada, ocurriendo además que la «*auctoritas*» del árbitro y la vinculabilidad de su laudo no provienen del consenso, sino de la Ley. Quedando salvaguardado el requisito de imparcialidad del árbitro.<sup>4</sup> El carácter obligatorio y su institucionalización hacen que estemos ante una instancia pseudo-judicial, más próxima a la jurisdicción, que al carácter voluntario y consensuado de las partes en conflicto cuando deciden someter la cuestión litigiosa a un arbitraje típico.

De lo anterior se deduce, que estamos ante un arbitraje con unas características especiales y diferentes a las propias de la institución

---

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, J. «El arbitraje laboral en la reforma legislativa». AA.VV. En *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa* (Coord. OJEDA AVILÉS, A.), VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Tecnos, 1996, p. 41.

<sup>3</sup> RÍOS SALMERÓN, B. «Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994», *Relaciones Laborales* (RL), 1994, Tomo II, pp. 409.

<sup>4</sup> IGARTUA MIRO, M<sup>a</sup> T. «El nuevo procedimiento de reclamación en materia electoral: ¿verdadero arbitraje», En *Actualidad Laboral*, 1997, Ref. XXVI, p. 489.



arbitral. No olvidemos las palabras del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de la institución arbitral, pues según señala, se trata de un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes (STC 43/1988 —La Ley 974/1988—) y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. Se considera un «equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción», esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (STC 15/1989 —La Ley 239/1989—). Asimismo, el TC ha declarado que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la ley suprima o prescindiera de la voluntad de una de las partes afectada por el conflicto o en su caso los particulares, ya que en otro caso, quebranta la esencia misma de la tutela judicial, pues, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, excluido por el laudo que cierra el conflicto, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva (STC 75/1996 —La Ley 5506/1996—). Por último, también ha manifestado (STC 4 de octubre de 1993 —La Ley 2339/1993—) que es reiterada jurisprudencia que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene una dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previsto, los órganos judiciales y en cualquier caso instituciones no jurisdiccionales, dejen sin efecto resoluciones firmes, ya que la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido-esencia del artículo 24 CE, haya querido articular.

En definitiva, el carácter obligatorio del arbitraje electoral provoca que no se esté ante una vía extrajudicial alternativa a la jurisdicción, sino ante un trámite previo de obligado cumplimiento por decisión del legislador, «sin que ello suponga un simple requisito preprocesal obligado (a modo de reclamación previa) que, fracasado o intentado sin

efecto, permita el acceso a la vía jurisdiccional con facultad de examinar y resolver la cuestión planteada con total libertad y plenitud, sino una expresa exclusión de la vía judicial a favor de la fórmula arbitral» (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de febrero de 1998, rec. 1967/1998, La Ley 18841/1998). No obstante lo anterior, las posibles dudas acerca de la constitucionalidad del arbitraje obligatorio quedan disipadas desde el momento en el que se permite una impugnación judicial del laudo en cuanto al fondo, aunque a través de unas causas tasadas y «a través de la modalidad procesal correspondiente» (artículo 76 TREETT, párrafo último), pues lo contrario, implicaría denegar el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que, a su vez, comporta el derecho a un proceso sin dilaciones.

## *II.2. Ámbito objetivo del arbitraje electoral*

Como se ha señalado, la materia objeto de resolución a través de la institución arbitral, al igual que el resto del proceso, se encuentra predeterminedada por la Ley, sin necesidad de que las partes formalicen el previo compromiso o convenio arbitral. En concreto, la controversia ha de surgir durante el procedimiento electoral para elegir a los representantes legales de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, esto es, delegados de personal y miembros del comité de empresa.

De manera específica, el artículo 76.2 TREETT establece las concretas controversias y los vicios o irregularidades que deben concurrir, esto es: la elección y las decisiones de la mesa electoral adoptadas a lo largo de todo el proceso electoral. Pero, además, se precisa cuál debe ser su fundamento:

1. La existencia de vicios graves que afecten a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado. Las garantías que se protegen son las que afectan a los trabajadores, esto es, la libertad de participación, igualdad en la elección, no discriminación, legalidad del procedimiento, legalidad del sufragio.

2. La falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos.<sup>5</sup>
3. La discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral.
4. La falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos.

La determinación concreta de las controversias en materia electoral constituye uno de los temas más relevantes y que también han resultado más polémicos a nivel judicial. La importancia de determinar qué se entiende por elección y por decisiones que adopte la Mesa a lo largo del proceso electoral, constituyen un tema crucial, pues si estamos ante controversias electorales, ex artículo 76.2 TRET, su impugnación ha de seguir el cauce del proceso arbitral; pero si no se trata de controversias en materia electoral en sentido estricto, la impugnación de dichas controversias se podrá realizar directamente por la vía judicial y a través del procedimiento correspondiente (generalmente, el ordinario, pero también puede ser el de conflicto colectivo e incluso el de tutela del derecho a la libertad sindical), pero nunca, a través del procedimiento judicial en materia electoral.

Por lo anterior, estamos ante una materia de especial importancia y, como se ha indicado, no exenta de polémica en la doctrina científica y judicial.

---

<sup>5</sup> En el caso resuelto por la STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007, rec. 5656/2006 (La Ley 6560/2007) la cuestión era la de determinar si, en la lista de la candidatura para un colegio electoral, los candidatos han de ser únicamente aquellos que se encuentren en las categorías profesionales a las que el censo se refiere. El Tribunal señala: que «no puede negarse que la condición de representante legal de los trabajadores se halla íntimamente conectada con la pervivencia y permanencia de las condiciones en que se produjo la elección. Hay una directa y nítida relación entre el representante y el ámbito de representación, de tal manera que la alteración de este binomio rompe la representatividad y, por tanto, habría de provocar la extinción del mandato....»Y concluye señalando: «El derecho de participación de los trabajadores de la empresa pudiera verse mermado de conferirse la representación a quien no reúne las condiciones propias de los elegibles en relación al censo electoral al que representa».

### *II.2.1. La impugnación del preaviso o promoción de las elecciones*

Una de las cuestiones más polémicas que durante años se han planteado, es la relacionada con la impugnación del preaviso electoral. En concreto, las dos opiniones discrepantes han sido las siguientes:

1. La impugnación del preaviso de las elecciones a miembros del comité de empresa o delegados de personal o, también llamada promoción/convocatoria de elecciones, es controversia incluida en el artículo 76.2 TRET y, por tanto, que deba seguir el proceso arbitral para su resolución (con la posibilidad posterior de impugnar el laudo a través del procedimiento judicial en materia electoral, artículos 127 y ss. TRLPL).
2. O, si por el contrario, la promoción de elecciones únicamente puede impugnarse por la vía judicial directa, al no tratarse de «materia electoral».

A favor de la exclusión de la impugnación del preaviso electoral como «materia electoral» y, por tanto, la exclusión del sometimiento de la controversia al proceso arbitral, se pronuncian, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencias de 3 de noviembre de 2004 (rec. 2955/2003, La Ley 229715/2004); 6 de octubre de 2004 (rec. 1351/2003); 28 de septiembre de 2004 (rec. 1177/2003, La Ley 200399/2004); de 16 de julio de 2004 (rec. 2595/2002, La Ley 169094/2004). Todas ellas, además de remitirse a otras anteriores de la misma Sala (resolutorias de los recursos 1134/02; 1587/02; 2209/02; 2140/02; 2595/02; 1177/03), traen a colación la argumentación sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1991 y por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2000. En todas se entiende, que el preaviso constituye un acto previo al proceso electoral y en esta materia no cabe realizar una interpretación extensiva de su ámbito de aplicación, «[...] de ahí que sea el procedimiento ordinario utilizado por el sindicato accionante, y ahora recurrente, el adecuado» (STSJ Valencia de 3 de noviembre de 2004). Especialmente interesante resulta la argumentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2004 (rec. 1471/2004, La Ley 124527/2004) al señalar:

Ley 124527/2004.-

«a) Que el objeto del arbitraje viene prefijado *ope legis*, estableciéndose que los actos electorales impugnables son: 1º) La elección misma; 2º) Las decisiones que adopte la mesa electoral y 3º) Proceso electoral (artículo 76.2 del ET) [...]

b) Que la fecha de inicio del procedimiento electoral es la de constitución de la Mesa Electoral, pues el artículo 74 del ET establece expresamente, que la Mesa se constituirá formalmente en la fecha fijada por los promotores en su escrito de preaviso, que será la de iniciación del procedimiento electoral».

Asimismo, el Tribunal destaca la importancia de la ubicación en secciones distintas del mismo capítulo de la regulación de la promoción del proceso electoral (sección 1º, capítulo I, título II) y del procedimiento electoral, denominación de la sección 2ª de dicho capítulo I. Por último, también parte de la necesidad de realizar una interpretación literal de los preceptos, por lo que los actos previos al proceso electoral (concretamente su promoción o convocatoria) quedan excluidos del procedimiento arbitral (*sic*), «por lo que la impugnación de los citados actos previos deberá ir por el cauce del proceso ordinario, proceso colectivo o tutela del derecho a la libertad sindical según los casos [...]».

Manteniendo la tesis contraria, se ha indicado que la solicitud de declaración de nulidad del preaviso de elecciones sindicales, implica, por ende, la nulidad del proceso electoral subsiguiente. «Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 67.2 del ET establece que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en el precepto determina la falta de validez de todo el proceso electoral, lo que podría provocar —en caso de admitirse la impugnación por el procedimiento ordinario— la anulación de dicho proceso electoral hasta un año después de su promoción, ya que en tal caso no regirían los plazos de caducidad del proceso electoral, produciéndose una clara inseguridad jurídica». Admitiéndose también, que es posible impugnar a través del procedimiento arbitral actos no procedentes de las mesas, como los relativos a la constitución regular de éstas. (STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2004 rec. 3994/2003, La Ley 249014/2004; en este mismo sentido se pronuncia la STSJ de Navarra de 8 de junio de 2004).

Va a ser la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en unificación de doctrina, de 4 de mayo de 2006 (rec. 2782/2004, La Ley 57588/2006) la que determinará cuál es la doctrina correcta a aplicar. Así, señala, que la interpretación de las normas debe realizarse utilizando la regla de la interpretación literal, conforme a los criterios establecidos en el Código Civil (artículo 3) por lo que habrá de estarse al «sentido propio de sus palabras». Por ello, habrá que estar a lo previsto en el artículo 76.2 ET, así a) «el término *elección* no hace referencia a un concepto amplio y expresivo del proceso electoral en su totalidad, [...] sino al resultado de la *elección* [...] b) para el legislador, *la iniciación del proceso electoral* viene marcada por la constitución formal de la Mesa Electoral, tal y como inequívocamente afirma el artículo 74.1ET [...]». «[...] la alusión que el título y el apartado primero del artículo 76 ET hacen a la:

Artículo 76.2.- «Materia electoral», únicamente representa la mera indicación de la naturaleza del objeto del procedimiento electoral, pero no integra la definición del mismo, puesto que la concreción legal de tal objeto del proceso se lleva a cabo con la enumeración del apartado segundo: elección y decisiones de la Mesa durante el «proceso electoral» propiamente dicho [...].».

Ligado a este argumento está la perspectiva sistemática, en la que es relevante la ubicación y denominación diversas. Esto es, la promoción de elecciones, que se regula en la sección primera del Capítulo I; en tanto que los artículos 74 y 76 se hallan en la sección segunda.

Asimismo, prosigue el Tribunal Supremo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y, en concreto, desde la del artículo 24 de la CE que impone el derecho a la tutela judicial efectiva, la satisfacción del derecho, de acuerdo con el criterio constitucional, desaconseja lecturas extensivas del ámbito arbitral obligatorio. Además, en el caso en cuestión, «sobre todo si se atiende al hecho de que en la cuestión también se halla implicada la libertad sindical, pues aunque las normas electorales en su conjunto no pertenecen al ámbito de aquélla (STC 187/1987 de 24 de noviembre de 1987) es doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho de promoción de elección forma parte integrante de la actividad sindical de los Sindicatos (SSTC 57/1989; 272/

1993 de 20 de septiembre de 1993) es facultad que se integra en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en el individual (STC 76/2001 de 26 de marzo de 2001).

### *II.2.2. El derecho a la promoción de elecciones y la impugnación del preaviso en los centros de trabajo entre seis y diez trabajadores*

Otro de los asuntos polémicos tiene relación con la celebración de elección en empresas o centro de trabajo que cuenten entre seis y diez trabajadores. En concreto, el artículo 62.1 TRET establece que podrá haber un delegado de personal, si así lo decidieren los trabajadores por mayoría. Se trata de saber cuándo (en qué momento) y de qué manera o forma se debe producir esa decisión mayoritaria de los trabajadores y determinar si esta causa puede ser motivo de impugnación a través del proceso arbitral.

Este conflicto ha sido objeto de estudio en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 36/2004 de 8 de marzo de 2004, BOE de 6 de abril de 2004). El Tribunal señala varios temas relevantes:

1. Que los sindicatos más representativos tienen capacidad para promover elecciones para delegados de personal, sin que aparezca excepción o salvedad expresa en relación con las empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores (de acuerdo con lo previsto en los artículos 6.3 e) LOLS y 67.1 LET).
2. Lo que se pretende con la exigencia de la decisión mayoritaria del artículo 62.1 LET, es que no se imponga a los trabajadores la figura del delegado contra su voluntad «sólo con ésta será viable».

Y concluye indicando, «que la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores, que podrá producirse bien antes de aquella promoción, bien después. En definitiva, esa decisión opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad». En el terreno formal, la decisión no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser

expresa o tácita, «siendo de destacar como supuesto claro de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación».

En este mismo sentido, trayendo a colación los anteriores pronunciamientos del TC, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de octubre de 2004 (rec. 1351/2003), concluye señalando que, «tampoco desde esta perspectiva entendemos comprendido el examen de esa «condición de eficacia» en las causas tasadas de impugnación a que alude el artículo 76.2 del TR. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

En cambio, sí sería adecuado el proceso arbitral si lo que se cuestiona por el sindicato demandante a quien corresponde la legitimación en dicha promoción, no es dicha promoción, sino el número de trabajadores de la empresa que debían computarse a efectos del oportuno censo electoral (STSJ de Valencia de 17 de junio de 2004, rec. 441/2004).

### *II.2.3. El procedimiento jurisdiccional para impugnar el derecho a la promoción de elecciones*

La determinación del procedimiento adecuado para la impugnación del derecho a la promoción de elecciones, también ha sido polémico. El conflicto surge al entrar en juego una posible violación del derecho a la libertad sindical y una posible decisión relacionada con la materia electoral. Varios son los temas relevantes:

1. El derecho a la promoción de elecciones que tienen los sindicatos forma parte del contenido adicional de la libertad sindical, tal y como lo ha señalado reiteradamente el TC.
2. El artículo 182 LPL establece que las demandas de materia electoral en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente, esto es, el procedimiento jurisdiccional establecido en los artículos 127 a 132 del TRLPL.



La controversia ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de abril de 2006 (rec. 66/2005, La Ley 39814/2006), ya que aludiendo a la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce, que «la promoción de elecciones constituye parte de ese contenido adicional» del derecho a la libertad sindical que puede articularse por la vía del proceso especial de tutela de aquel derecho y no por el de materia electoral, al no tener la pretensión (derecho a promover elecciones) el objeto específico del procedimiento jurisdiccional en materia electoral. En cambio, «[...] si la demanda de CCOO contuviera una pretensión de tutela sindical frente a una decisión de la mesa electoral, o frente a la impugnación de un laudo arbitral electoral la remisión al proceso especial en materia electoral estaría adecuado a las exigencias del artículo 182 LPL [...]».<sup>6</sup>

### *II.3. El procedimiento arbitral: Iniciación y Legitimación*

A la vista de lo previsto en el artículo 76.2 TRETТ sujetos legitimados para iniciar el proceso arbitral son: «todos los que tengan interés legítimo, incluida la empresa, cuando en ella concurra dicho interés».<sup>7</sup>

El proceso arbitral se inicia mediante escrito dirigido a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Además, dicho escrito se ha de enviar a quien promovió las elecciones y, en su caso, a quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de impugnación (artículo 76.5 TRETТ). El plazo para presentar el escrito de iniciación

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, en el caso resuelto por la STSJ de Valencia de 13 de mayo de 1999, rec. 1142/1999, se considera adecuado el procedimiento especial en materia electoral frente al laudo arbitral que desestimó la petición de dejar sin efecto la inadmisión de la candidatura del sindicato por no contar con el número de integrantes exigido (decisión que había sido adoptada por la mesa electoral). *Vid* STSJ de Madrid, de 7 de marzo de 2000, rec. 5963/1999 : «[...] en este caso concreto se trata de determinar si se ajusta a la legalidad el proceso electoral y los incidentes, sin que aparezca indicio alguno de la existencia de una conducta por parte de la empresa demandada que lleve consigo un comportamiento antisindical [...]».

<sup>7</sup> Dada la similitud de este precepto con el artículo 127.2 TRLPL, nos remitimos al mismo, y a los temas relevantes en materia de legitimación.

es de tres días hábiles, contados desde el siguiente a aquel en que se hubiere producido los hechos o resuelto la reclamación por la Mesa, o contados desde el día en que se tuvo conocimiento del hecho impugnado, si la impugnación partiera de sindicatos que no hubieran presentado candidaturas en el centro de trabajo. Hay que recordar que si lo impugnado es una decisión adoptada por la Mesa electoral, es preceptiva la reclamación ante la misma dentro del día laborable siguiente al acto, debiendo resolverse en el posterior día hábil (a falta de resolución se entenderá que se trata de un acto presunto de carácter desestimatorio que dejará abierta la vía del proceso arbitral, exartículo 30.3 RD 1844/1994). Por último y, para el caso de que se impugnen los actos del día de la votación o posteriores al mismo, el plazo se amplía hasta los diez días hábiles, contados a partir de la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral.

El árbitro podrá ser designado por las partes del procedimiento, pudiendo recaer la designación en el sujeto que estimen oportuno (o en el incluido en la lista, exartículo 76.3 TREETT). A falta de acuerdo, la oficina pública lo designará, de entre los que figuren en una lista elaborada de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 76.3 TREETT, esto es:

Artículo 76.3.- «[...] con arreglo a los principios de neutralidad y profesionalidad, entre licenciados en Derecho, graduados sociales, así como titulados equivalentes, por acuerdo unánime de los sindicatos más representativos, a nivel estatal o de Comunidades Autónomas según proceda y de los que ostenten el diez por ciento o más de los delegados y de los miembros de los comités de empresa en el ámbito provincial, funcional o de empresa correspondiente».

Sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Supremo precisando que se puede ser más representativo en un concreto ámbito funcional, lo cual no implica el que se tenga el carácter de más representativo a todos los niveles. Es decir:

[...] si acredita más del 10 por 100 de delegados de personal y miembros del comité de empresa en el sector sanitario de la Comunidad, será más representativo en este ámbito funcional, y en él podrá proce-

der al nombramiento de los árbitros que conozcan de las reclamaciones que se formulen en materia electoral, pero referidos únicamente a ese ámbito funcional de la sanidad, lo que no le legitima para hacer aquella designación de árbitros en el marco de todos los ámbitos funcionales de la Comunidad Autónoma Valenciana.<sup>8</sup>

Designado el árbitro, la oficina pública le remitirá el escrito de iniciación del procedimiento y una copia del expediente electoral administrativo. Una vez recibida la documentación, el árbitro convocará, en las veinticuatro horas siguientes, a las partes interesadas, para que comparezcan en los tres días hábiles siguientes.

El árbitro deberá dictar el laudo arbitral, tras la práctica de las pruebas procedentes y, en cualquier caso, en el plazo de tres días a contar desde la comparecencia.

## *II.4 El laudo arbitral*

Según lo indicado en el artículo 76.6 TRET, el laudo será escrito y razonado. Sobre los requisitos de fondo y forma que debe revestir el laudo, la interesante STSJ del País Vasco de 13 de junio de 1995 (La Ley 7133/1995) señala:

En cuanto al fondo el laudo es una decisión fundada en derecho, porque así lo expresa el párrafo tercero del punto 6 del citado artículo 76 ETT: «resolviendo en derecho». No es un arbitraje de equidad, sino de derecho. Y así como el de equidad no está sometido a normas previas ni procedimiento alguno, el de derecho debe resolver la cuestión sobre una norma jurídica o convencional y la misma ley obliga a que el laudo sea razonado y resolviendo en derecho sobre la impugnación del proceso electoral. En cuanto a la forma, lo que obliga la ley es que sea por escrito y razonado. Pero aunque se guarde silencio sobre el contenido formal, es evidente que debe contener: los datos del árbitro y las partes, la petición concreta del que inicia la acción arbitral, las alegaciones y pruebas, las actuaciones que se llevaron a cabo y el lugar en

---

<sup>8</sup> STS de 17 de junio de 2002, rec. 1161/2001 (La Ley 7606/2002)

que se formalizaron, la motivación jurídica y la decisión final; incluso, entendemos que debería contener la posibilidad de impugnación, plazos y órgano ante el que se puede interponer jurisdiccionalmente.

El laudo se notificará a los interesados y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral.

El laudo podrá ser objeto de impugnación jurisdiccional a través del procedimiento establecido en los artículos 127 y siguientes del TRLPL.

### III. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN MATERIA ELECTORAL

#### *III.1. Cuestión previa*

El artículo 76.6 párrafo último del TREETT permite la posibilidad de impugnar, ante los órganos jurisdiccionales del orden social y a través de la modalidad procesal correspondiente, los laudos arbitrales que se dicten tras finalizar el proceso arbitral. Dicha previsión coincide con lo previsto en el artículo 42.4. del Reglamento de elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa (RD 1844/1994 de 9 de septiembre).

Asimismo, el artículo 29.3, párrafo último de la Ley 18/1994 de 30 de junio, de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas señala que:

Ley 18/1994.- «Dicho laudo arbitral podrá ser impugnado ante el orden jurisdiccional social, a través de la modalidad procesal establecida en el libro II, título II, capítulo V, sección segunda, subsección primera del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral».

Asimismo, el Reglamento de desarrollo 1846/1994 de 9 de septiembre de 1994, lo recoge literalmente en el artículo 37.4 el texto del TREETT.

A la vista de los textos legales, la primera cuestión que nos podemos plantear es si la actividad jurisdiccional constituye una nueva etapa en el proceso iniciado ante el árbitro o proceso arbitral, o si, por el contrario, es un nuevo proceso que comienza ante el órgano jurisdiccional, dan-

do por concluido el proceso desarrollado ante el árbitro. Es decir, si los artículos 127 a 132 TRLPL instauran un nuevo proceso, o si sólo estamos ante una nueva fase que se plantea frente a una resolución.

Si decimos que estamos ante un nuevo proceso, el laudo arbitral será un acto frente al que quepa plantear la correspondiente demanda. Demanda que aún cuando el artículo 127 TRLPL no lo diga, deberá<sup>9</sup> contener los requisitos generales referidos en el artículo 80 del TRLPL. Como ha señalado una parte de la doctrina, no es un recurso como se califica en el artículo 91 TRET:

Artículo 91.- «pues no se trata de la anulación a través de un recurso, que sería lógico por la calificación de eficacia de sentencia de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 11/1994, por mimetismo del artículo 46 de LA, sino una interposición directa ante la jurisdicción social a través de una modalidad procesal».<sup>10</sup>

Sin embargo, si consideramos que el laudo arbitral es una resolución, tendremos que concluir que estamos ante un recurso tramitado de acuerdo con lo señalado en los artículos 127 a 132 TRLPL. Esta segunda solución, que creemos más acertada, fue apuntada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el anteproyecto de ley de modificación de la normativa de elecciones sindicales, al señalar que «el laudo que se dicte es siempre recurrible ante los órganos jurisdiccionales del orden social».<sup>11</sup> Autores como Alfonso Mellado hablan de la «necesidad de una nueva modalidad procesal, la que recoja el recurso contra el laudo».<sup>12</sup> Y Blasco Pellicer afirma que el laudo «es recurrible ante la jurisdicción social».<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> RUIZ MORENO, J.Mª. «El Nuevo Procedimiento electoral sindical tras la Ley 11/1994, de 11 de mayo de 1994 (comentario a los artículos 127 a 136 LPL). En *AL* n.º 46/1994.

<sup>10</sup> ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. «El arbitraje en materia electoral como novedad en el Estatuto de los Trabajadores». En *Problemas procesales de la reforma laboral*. Madrid: Ed. CGPJ, noviembre, 1994, p. 242.

<sup>11</sup> *Vid* Boletín de Información, 3ª época, año XIII, n.º 115, Madrid, enero 1994, p. 49.

<sup>12</sup> ALFONSO MELLADO, C.L. «Novedades en el proceso laboral». En *RTSS*, enero-marzo, 1994, p. 111.

<sup>13</sup> BLASCO PELLICER, C. «La reforma del proceso de elección y mandato de los representantes de los trabajadores en las empresas». En *Tribuna Social*, n.º 43, julio 1994, p. 93.

Para esclarecer la cuestión inicialmente planteada, no podemos olvidar las palabras de Guasp Delgado, el cual señaló que resulta una aporía insalvable afirmar que el arbitraje es una institución extraña al derecho procesal. Según nuestro sistema legal, los interesados no sólo se someten a la decisión imparcial de los árbitros, sino que someten también su controversia a lo que en definitiva digan sobre ella, después de los árbitros, los Tribunales jurisdiccionales. Y tal sumisión de controversia a la decisión de los órganos jurisdiccionales se hace, eventualmente, sin necesidad de deducir demanda ante el órgano jurisdiccional, el cual parte del trabajo y de la decisión emitida por los árbitros, la cual vale, es decir, es vinculante y ejecutable, si no es impugnada o si la impugnación no prospera.<sup>14</sup>

Por eso pensamos que el laudo arbitral no es un acto frente al que quepa plantear la correspondiente demanda. Esto es, no estamos ante un acto que consideramos lesivo, y en función del cual, ejercitando el derecho de acción podamos plantear la pretensión frente a quien consideramos autor de la lesión. El laudo arbitral como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 13 de junio de 1995,<sup>15</sup> «es una decisión fundada en derecho [...] (y a diferencia del arbitraje de equidad) resuelve la cuestión sobre una norma jurídica o convencional y la misma ley obliga a que el laudo sea razonado y resolviendo en derecho sobre la impugnación del proceso de elección». Es una resolución dada por un tercero que si es considerada justa, adquiere firmeza y, con base en ella, se produce la cosa juzgada; pero que si, por el contrario, es considerada equivocada, permite su impugnación ante el órgano jurisdiccional que el legislador haya designado, para que por éste se realice el control sobre la validez e, incluso, sobre la justicia o adecuación del laudo.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Ed. Bosch, 1956.

<sup>15</sup> STSJ del País Vasco de 13 de junio de 1995, (Ref. *Actualidad Laboral* (AL) 100/96)

<sup>16</sup> GONZÁLEZ VELASCO, J.P. «La impugnación de los laudos arbitrales dictados en materia electoral (Breve comentario a los artículos 127 y 129 a 131, ambos inclusive, de la LPL). En *Jornadas sobre significado y alcance de la Ley 11/1194 de 19 de mayo, sobre reforma laboral*. Organizadas por el Ministerio de Justicia e Inte-

### III.2. Objeto de la impugnación

A tenor de lo previsto en el artículo 127.1 TRLPL serán objeto del recurso los laudos arbitrales previstos en el artículo 76 TRET. Los cuales «podrán ser impugnados a través del proceso<sup>17</sup> previsto en los artículos siguientes».

La impugnación sólo podrá fundarse en las causas que se señalan en el artículo 128 del TRLPL, y éstas pueden ser las siguientes, a saber:

1. Causas de impugnación del laudo fundadas en infracción de normas, como las recogidas en los párrafos c) y d) del artículo 128 del TRLPL, es decir, haberse promovido el arbitraje fuera de los plazos que se indican en el número 5 del artículo 76 del TRET, en función de los cuales sean los establecidos y el inicio de su cómputo; y no haber concedido el árbitro a las partes la posibilidad de ser oídos o de presentar pruebas.<sup>18</sup>
2. Causas de impugnación que afectan al fondo del laudo, en la existencia de un error *in iudicando* recogidas en los apartados a) y b) del artículo 128 TRLPL. En el primero de los apartados se establece la «indebida apreciación o no apreciación de cualquiera de las causas contempladas en el artículo 76.2 del texto refundido

---

rior, los días 7, 8 y 9 de junio de 1995, pp. 8 y 9. Para MARÍN CORREA, J.M.<sup>a</sup>, «Se trata de un recurso, con naturaleza de *extraordinario*, en cuanto que tiene contenidos tasados legalmente [...]». Cfr. MARÍN CORREA, J.M.<sup>a</sup>. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Anexo de Actualización. Madrid: Ed. Civitas, 1994, pp. 24.

<sup>17</sup> No se puede más acertado el empleo del término procedimiento, y en páginas sucesivas así lo haremos. Y ello porque, proceso y procedimiento son conceptos completamente diferentes, a saber: el proceso es el «medio puesto por el ordenamiento para que la jurisdicción, y en concreto sus órganos, realicen su función», *vid* MONTERO AROCA, J. En *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 65.

<sup>18</sup> Debido a esta posible causa de impugnación, se habla de la posibilidad de que en la fase judicial las partes puedan presentar pruebas. En concreto, la STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 200, rec. 1372/2000 (La Ley 231362/2000) admite la posibilidad por lo siguiente: «A) Durante la fase de procedimiento arbitral, regu-

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores («vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado, en la falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, en la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y en la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos»), siempre que la misma haya sido alegada por el promotor en el curso del arbitraje». Mientras que en el apartado b) se depura una doble deficiencia: la incongruencia con las pretensiones deducidas («haber resuelto el laudo aspectos no sometidos al arbitraje»), y la incompetencia funcional por haber resuelto el laudo aspectos que no puedan ser objeto del mismo.

### *III.3. La adecuación o inadecuación del procedimiento jurisdiccional en materia electoral*

La adecuación del procedimiento jurisdiccional ha sido durante muchos años uno de los temas más polémicos tanto en la doctrina científica como en la judicial. Dicha polémica se remonta antes de la reforma operada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo 1994.

---

lada en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores, se indica expresamente el párrafo tercero de su número 6 —«previa práctica de las pruebas procedentes o conformes a derecho»—. B) Al regular el artículo 128 de la Ley de Procedimiento Laboral las causas en que puede fundarse la demanda contra el laudo arbitral cita en su apartado d) «no haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas». C) Al exponer el artículo 132 las especialidades de este proceso electoral no menciona la imposibilidad de aportar medios probatorios. D) El artículo 102 de la Ley de Procedimiento Laboral contiene una disposición general para todos los procesos especiales a cuyo tenor «en todo lo que no esté expresamente previsto en el presente Título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario, por lo que entran en juego los artículos 87.1 y 90.1 en los que se permite a los litigantes aportar cuantos medios probatorios permitan las leyes procesales, aparte de que éste fue el criterio seguido por el Juzgador «a quo» en su primera providencia de admisión de la demanda». E) Aun en el supuesto de que existiese duda al respecto, deberíamos inclinarnos por admitirla ante el riesgo de la indefensión que se crearía al litigante que por cualquier causa ajena a su voluntad no hubiese podido aportar pruebas en la fase arbitral».



De esta manera, antes de dicha reforma, un sector de la doctrina<sup>19</sup> determinaba que el ámbito del procedimiento fijado en los artículos 127 a 136 de la TRLPL quedaba restringido a la materia electoral relacionada con la representación unitaria de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal) no afectando al resto de los procesos electorales que se puedan dar dentro del marco de las relaciones laborales. Debiendo concretarse las pretensiones en la impugnación de la elección, desde el momento de la constitución de la Mesa electoral, hasta la proclamación definitiva de los resultados globales efectuada por la Mesa electoral. Quedando excluidas todas las cuestiones surgidas con anterioridad a la constitución de la Mesa electoral<sup>20</sup> y también las surgidas con posterioridad a la proclamación de resultados por la Mesa. Así las relativas a la revisión de las resoluciones de las Comisiones Provinciales y Nacional de Elecciones, las cuales se tramitarían por el procedimiento ordinario o por el de conflicto colectivo, según la naturaleza de la pretensión.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Vid VALDÉS DAL-RE, F. «La impugnación de los Acuerdos de las Comisiones Provinciales Electorales». En *Relaciones Laborales* (RL), n.º 18-19/1991. El cual diferencia «el control sobre la vertiente interna de las elecciones compete a la jurisdicción social, debiendo tramitarse las demandas por el cauce del proceso especial en materia electoral. El control sobre la vertiente externa de dichas elecciones corresponde a la administración electoral, cuyas decisiones son impugnables ante los órganos del orden jurisdiccional laboral por el proceso ordinario, salvo que el acto constituya vulneración de los derechos de libertad sindical, en cuyo caso el sindicato puede facultativa y opcionalmente promover una demanda de amparo ordinario». En el mismo sentido BAYLOS, CRUZ, FERNÁNDEZ. En *Instituciones de Derecho Procesal*. Valladolid: Ed. Trotta, 1991, p. 264.

<sup>20</sup> Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 19 de enero de 1991 (Ref. AL 601/1991), establece que la modalidad procesal adecuada es la de tutela de los derechos de libertad sindical y no la de materia electoral, cuando se demanda contra la conducta empresarial que niega la celebración de la votación para representantes de los trabajadores. También la Sentencia de la AN de 27 de agosto de 1990 (Ref. RL n.º 17/1990), considera que es adecuado el cauce procedimental de tutela de los derechos de libertad sindical y no el establecido en los artículos 127 y siguientes de la LPL, cuando, se impugnan los preavisos para celebrar

<sup>21</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de julio de 1991, (Ref. AL 1138/91), considera que no se debe tramitar a través de la modalidad procesal de «materia electoral», la resolución de la Comisión Provincial que rechaza actas en que figuran como candidatos trabajadores que no cuentan con la antigüedad necesaria, sino la modalidad procesal «conflicto colectivo».

Para otros,<sup>22</sup> en cambio, constituían el objeto de esta modalidad procesal tanto las cuestiones que se promovieran sobre la representación unitaria de los trabajadores en las empresas, como aquellas relativas al cómputo de los resultados electorales, a efectos de configurar el mapa del Estado en lo que a la mayor representatividad se refiere y, aunque la ley no contemplara entre sus previsiones, las decisiones de aquellos Órganos de Participación Institucional, o a la Resolución del Ministerio de Trabajo.

No obstante, también se ponía de manifiesto la duda sobre el procedimiento a seguir para impugnar las decisiones de la Comisión Nacional y de las Comisiones Provinciales. En concreto, se centraba en cuál era el adecuado: «si el ordinario o el electoral sumario de los artículos 127 y siguientes de la LPL».<sup>23</sup>

En cambio, existía unanimidad<sup>24</sup> a la hora de entender que las pre-tensiones relativas a la validez de las elecciones, aun cuando se alegase

---

No cabe tampoco acudir a esta modalidad procesal en materia electoral, cuando estamos ante un conflicto que versa sobre la interpretación de una norma, aunque ésta verse sobre elecciones sindicales, así la AN en Sentencia de 6 de marzo de 1991, (Ref. AL 628/91): «... puesto que el fondo del asunto se refiere al modo en que hayan de celebrarse las elecciones del personal laboral del Ministerio de Defensa en todo el territorio nacional y, consiguientemente, el conflicto es colectivo por naturaleza, ya que afecta a una pluralidad indiferenciada de trabajadores y versa acerca de la interpretación y aplicación de determinados preceptos legales y cláusulas convencionales, de suerte que el conflicto, además de colectivo, es jurídico, y deberá tramitarse como tal, aunque su trasfondo sea de matiz electoral, pues el artículo 136 del propio Texto Articulado así lo autoriza, cuando la cuestión relativa a la representación de los trabajadores en la empresa se suscite en circunstancias que configuren la acción como colectiva» (FJ.3º).

<sup>22</sup> GULLÓN RODRÍGUEZ, J. «La modalidad procesal para el conocimiento de pretensiones que se deduzcan de la materia electoral». En *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, AA.VV.. Ed. CGPJ, Madrid, 1991. p. 701.

<sup>23</sup> Así BRIONES GONZÁLEZ, C. «Procedimiento electoral en las elecciones para los órganos de representación unitaria del personal en la empresa» (I), en AL n.º 29/91, p. 363.

<sup>24</sup> «[...] puesto que el artículo 181 (actual artículo 182) de la LPL excluye expresamente la posibilidad de ejercitar ese tipo de acción cuando la pretensión tiene el cauce específico del procedimiento en «material electoral»». Cfr. GULLÓN RODRÍGUEZ, J. «La modalidad procesal para el conocimiento...». En *Estudios sobre la Nueva Ley de Procedimiento Laboral*. Op. cit., p. 702.

lesión a un derecho fundamental y, en particular, vulneración de los derechos de libertad sindical, deberían tramitarse según el procedi-miento en materia electoral.<sup>25</sup>

Será la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1991,<sup>26</sup> dictada en unificación de doctrina, la que definitivamente parece resolver, a nivel judicial, el problema relativo a la determinación del orden jurisdiccional competente, y del cauce procedimental adecuado para impugnar las decisiones de las Comisiones Provinciales de Elecciones Sindicales. La citada Sentencia va a considerar que la resolución adoptada por la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo en el Auto de 28 de marzo de 1990, debe mantenerse tras la aprobación del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, señalando la competencia del orden jurisdiccio-nal social para conocer de estas impugnaciones, al tratarse de actuacio-nes que entran dentro de los procesos electorales a que se refiere el artículo 2.n) de la LPL.<sup>27</sup> Pero que no se tramitarán por el procedimiento de los artículos 127 y siguientes de la LPL, «pues las características de éste, como son la rapidez e imposibilidad de recurso, lo impiden», sino por el procedimiento ordinario tal y como prevé el artículo 136 de la LPL.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Vid lo señalado en el epígrafe 2.2.3.

<sup>26</sup> STS de 26 de octubre de 1991 (Ref. AL 222/92).

<sup>27</sup> «[...] Estamos ante una decisión tomada, por aquellas Comisiones, computando un acta a efectos de atribución a las distintas organizaciones sindicales de los resultados electorales [...], es cierto que la finalidad del cómputo es a los efectos de la proclamación de los resultados globales y la expedición de certificaciones en los ámbitos que se soliciten, pero tampoco puede desconocerse que con aquél se culmina el proceso electoral, sin que deba separarse una y otra fase, al formar parte de un todo [...]. La proclamación y atribución respectiva de los resultados electorales, no puede olvidarse que otorga a una determinada confederación sindical la condición de sindicato más representativo, cuestión ésta con extraordinarias repercusiones en el ámbito laboral, [...] no siendo indiferente al trabajador lo que se decida por la Comisión Provincial [...]». (FJ.7º).

<sup>28</sup> Esta Sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina, P.: Sr. Fuentes López, contó con el voto particular, muy bien fundamentado de los Señores Desdentado Bonete, Gil Suárez y Del Riego Fernández, los cuales conclu-yen señalando: «1º que los actos de las Comisiones de Elecciones Sindicales son

Por último, conviene recordar que la polémica quedará definitivamente zanjada tras la reforma operada con la Ley 11/1994. En concreto y, en primer lugar, se crea e identifica una instancia administrativa, la Oficina Pública dependiente de la autoridad laboral (integrada en la Administración laboral que en cada ámbito sea competente) suprimiendo la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales y las Comisiones Provinciales (a tenor de lo establecido en la Disposición Derogatoria de la Ley 11/1994).<sup>29</sup> En segundo lugar, da nueva redacción a los artículos 133 a 136 del TRLPL, que establecen una nueva modalidad procedimental para impugnar las resoluciones administrativas dictadas por la Oficina Pública de Registro, por las que se deniega el registro de actas electorales.

En los últimos años nuestros Tribunales han continuado pronunciándose sobre el tema, indicando, que sólo la denominada «materia electoral» del artículo 76.2 TRET, con los límites y el sentido mencionados en las páginas anteriores, puede ser resuelta a través del arbitraje en materia electoral y sólo el laudo dictado en ese proceso puede ser impugnado jurisdiccionalmente a través del procedimiento previsto en los artículos 127 y siguientes del TRLPL. De no ser así, se declarará la inadecuación del procedimiento, pudiendo interponer la pretensión directamente ante los Tribunales judiciales (sin necesidad de proceso arbitral) y a través del procedimiento ordinario o, en su caso, a través del procedimiento de tutela del derecho a la libertad sindical;<sup>30</sup> o el procedimiento de conflicto colectivo (dependiendo del derecho que se desee hacer valer).

---

actos administrativos incluidos en el artículo 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, y 2º que las controversias a que puede dar lugar la impugnación de estos actos son procesos sobre materias electorales a los efectos del artículo 2.n) de la Ley de Procedimiento Laboral». (FJ.4º).

<sup>29</sup> «Los cambios sustantivos operados en la Ley 11/1994 en temas relacionados con la medición de la representatividad, tales como la supresión del período cerrado de cómputo o la proclamación oficial de resultados globales de las elecciones en aquellos períodos, competencias ambas de la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales, es lo que justifica sobradamente su desaparición legal, ex Disposición Derogatoria, párrafo 2º expresamente». Cfr. GETE CASTRILLO, P. «Derecho de Representación Colectiva y Representatividad Sindical». En *La reforma del mercado laboral*, AA.VV. (Dir. Valdés Dal-Ré). Valladolid: Ed. Lex Nova, 1994, p. 552.

<sup>30</sup> Véase epígrafe 2.2.4. Procedimiento jurisdiccional para impugnar el derecho a la promoción de elecciones

### III.4. *La legitimación: el «interés legítimo» necesario para la impugnación*

El artículo 127.2 TRLPL legitima para impugnar el laudo arbitral a todos los que tengan «interés legítimo», incluida la empresa, en el plazo de tres días, contados desde que tuvieron conocimiento del mismo. La literalidad de este precepto es muy similar, como hemos visto, a la prevista para promover el proceso arbitral en el artículo 76.2 TRET.

Antes de examinar el citado precepto conviene precisar, que no estamos tratando de averiguar quién tiene legitimación para plantear la pretensión en materia electoral, porque ésta ya fue planteada y resuelta en el proceso arbitral, sino «quién puede impugnar la declaración de voluntad que ha resuelto, bien o mal, la cuestión objeto de debate».<sup>31</sup> Y podrán hacerlo, los que aleguen un interés legítimo que se vea afectado por dicho laudo, no por el acto concreto del proceso electoral.

La actual regulación del artículo 127.2 del TRLPL habla de «interés legítimo». Reformando la anterior regulación del precepto (antes de la Ley 11/1994) que hablaba de «interés directo».

La doctrina administrativa es la que más ha estudiado los conceptos de «interés directo» e «interés legítimo». Así García de Enterría<sup>32</sup> trayendo a colación la doctrina sentada por las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, antes de promulgarse la CE, sostiene que por interés «legitimador» hay que entender aquél que, de prosperar el recurso, produzca algún beneficio de cualquier tipo en favor del accionante.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> GONZÁLEZ VELASCO, J.P. «La impugnación de los laudos arbitrales...». En *Jornada sobre el significado y alcance de la Ley 11/1994*. Op. cit. p. 16.

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T.R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Civitas, 1993, tomo II, p. 602.

<sup>33</sup> Vid STS de 5 de julio de 1972: «Las meras expectativas no bastan ni legitiman para plantear el recurso [...] el interés directo es el derivado de una relación del

Sobre este mismo tema, es conocida la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional cuando indica que el interés directo hay que entenderlo sustituido por el criterio más amplio de interés legítimo a partir de la Constitución y, concretamente, por obra de su artículo 24.1 precepto que emplea esta expresión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y que se identifica:

Con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida [...]. Interés legítimo, real y actual que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial [...]. Lo que se ha manifestado, muy claramente, el artículo 7.3 de la LOPJ, adoptada con posterioridad a la Constitución.<sup>34</sup>

Pero hemos de tener en cuenta que también el Tribunal Constitucional reconoce que es legítimo que el legislador establezca determinadas exigencias, como el interés directo de quien impugna, cuya concurrencia debe examinarse en cada caso concreto. Así lo señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 285/1993 de 4 de octubre,<sup>35</sup> «porque con dicho requisito se pretende evitar que la pretensión impugnatoria no esté fundamentada en un interés real y actual del

---

mismo con el acto o disposición recurridos que no sea lejana, derivada, ni indirecta [...] para reputar que es directo el interés legitimador basta con que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones naturales y legales de consecución de un determinado beneficio, sin que simultáneamente quede asegurado que forzosamente le haya de obtener».

<sup>34</sup> STC Sala Segunda 195/1992 de 16 de noviembre (BOE de 18 de diciembre de 1992) (FJ 2º y 4º), la cual trae a colación otras SS del mismo Tribunal así: 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/191.

<sup>35</sup> STC Sala Primera 285/1993, de 4 de octubre de 1993 (BOE de 9 de noviembre de 1993). Aunque, en esa misma Sentencia reconoce que «al conceder el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa (sic) para acceder a los procesos judiciales». (FJ.2º).

impugnante, en el sentido de que la actuación supuestamente ilegal en este caso, la elección en el seno de la empresa-afecte a su círculo vital de modo perjudicial».

### III. 4.1. El «interés legítimo» de los sindicatos

No hay duda de que los sindicatos que han sido parte en el proceso en su fase arbitral, la cual concluyó con un laudo desestimatorio de sus pretensiones (al darse el gravamen que todo recurso exige) tienen interés legítimo. Y estos sindicatos podrán ser:

En primer lugar, los sindicatos *promotores* de la elección. Es decir los sindicatos más representativos y los sindicatos que cuenten con un 10 por ciento de representantes en la empresa (artículo 67.1 TREETT). Pueden haber impugnado un acto del proceso electoral que adolezca de vicio grave (por ejemplo irregularidades en las papeletas de candidaturas depositadas en las urnas) y que al ser desestimada su pretensión en el proceso arbitral acuden al órgano jurisdiccional impugnando el laudo arbitral desestimatorio de su pretensión.

En segundo lugar, los *sindicatos* que no hubieran promovido las elecciones, pero *hubieran presentado candidaturas* para la elección. Si por ejemplo, en el curso del proceso arbitral hubiesen demandado alegando falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos que formaban parte de una candidatura de trabajadores que no contara con el aval exigido en el artículo 69.3 TREETT (tres veces el número de puestos a cubrir) y el árbitro hubiese dictado laudo desestimando su pretensión.

Y en tercer lugar, los *sindicatos* que, pudiendo hacerlo, *no hubieran presentado candidatura* en la empresa o en el centro de trabajo en que se celebre la elección (la antigua redacción del artículo 128.2 TALPL, hablaba expresamente de esta legitimación), pudiendo hacerlo en base a la facultad que otorga el artículo 6.3.e) de la LOLS (Ley Orgánica de Libertad Sindical)

El legislador se refiere a estos últimos en el artículo 76. 5 TREETT, al fijar los requisitos formales del acto inicial del proceso en su fase arbitral:

Artículo 76. 5.- «[...] en el caso de impugnaciones promovidas por sindicatos que no hubieran presentado candidatura en el centro de trabajo en el que se hubiera celebrado la elección, los tres días se computarán desde el día en que se conozca el hecho impugnable».<sup>36</sup>

Si estos sindicatos han sido parte, y el laudo arbitral les ha sido desfavorable, podrán impugnarlo.

Todo lo anterior nos lleva a pensar en la posibilidad de que se produzcan una pluralidad de impugnaciones, en cuyo caso, estaríamos ante una acumulación de pretensiones de impugnación. El nexo de conexión podrá ser el laudo arbitral, objeto de impugnación, pero las impugnaciones de los diferentes legitimados podrían ser diferentes (se puede impugnar el laudo por diversas causas).

Por último, hemos de examinar la posibilidad de que impugnen el laudo aquellos *sindicatos que no intervinieron en el proceso arbitral*. En este supuesto, creemos posible que intervengan como terceros una vez dictada la resolución sobre el tema objeto de debate y a través de alguna(s) de las formas de intervención procesal. Si, a tenor de lo dispuesto en el artículo 128 d) TALPL se puede impugnar el laudo por «no haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas», no hay duda, que si el Sindicato necesariamente debió ser oído, pero no lo fue, puede en este momento impugnar el laudo y así sanar ese litisconsorcio necesario no constituido.

Pero también es posible una intervención litisconsorcial no necesaria del Sindicato que pudo demandar o ser demandado y no lo hizo, al poder resultar afectado por el laudo (por tanto, con interés legítimo).

Para terminar, creemos posible la intervención adhesiva del sindicato que no promovió la elección y que no presentó candidatura. Pen-

---

<sup>36</sup> En este mismo sentido se pronuncia ALBIOL MONTESINOS, I. «El proceso en materia electoral». En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*. Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995, p. 548.



semos que ese sindicato no intervino como parte en el proceso en su fase arbitral, porque el resultado del mismo no tiene efectos directos para él (no presenta candidatura a las elecciones, no obtiene representantes en los órganos de representación unitaria, el laudo que se dicte en el proceso arbitral no afecta de forma directa a su relación o situación jurídica). Pero puede esté involucrado en una relación o situación jurídica, que aunque no sea la cuestionada, la que es objeto de debate, dependa de la que sí lo es. No olvidemos que las elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa desempeñan, amén de la función de determinar los representantes unitarios de los trabajadores de un centro de trabajo, la finalidad de ser un mecanismo medidor del grado de representatividad de los sindicatos. Nuestro ordenamiento estructura un sistema de relaciones laborales basado en la atribución a los sindicatos de competencias y funciones más significativas, en atención a su representatividad según la audiencia electoral alcanzada. Por tanto, y, aunque de forma refleja, se pueden ver afectados por el laudo arbitral y, por ello, se permite su intervención como tercero, como interviniente adhesivo. Parece que el legislador se refiere a ellos en el artículo 131 TRLPL cuando señala:

Artículo 131.- «En estos procesos podrán comparecer como parte, cuando tengan interés legítimo, los sindicatos, el empresario y los componentes de candidaturas no presentadas por sindicatos».<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Por supuesto, ello no quiere decir que este artículo 131 sea incompatible con el artículo 127.2 TRLPL, porque como hemos señalado en páginas anteriores, si ha intervenido en el proceso arbitral en base a un interés legítimo y directo, estará legitimado para impugnarlo.

No es ésta la opinión de ROA RICO para quien son superfluas las previsiones del artículo 131 LPL. «Parece institucionalizar una intervención adhesiva o coadyuvante a cuantos en él vienen mencionados. Mas es de observar que los Sindicatos y el empresario no solamente tienen el interés directo que les permite la promoción del proceso, sino que son sujetos obligadamente participantes en la litis, por razón de los efectos de la sentencia que recaiga». Vid ROA RICO, L.F. «Vacaciones, materia electoral y clasificaciones profesionales». En *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral*. AA.VV. (Coord. Borrajo Dacruz). Madrid: Ed. Edersa, 1990, vol. 2, tomo XIII, p. 991. Para Gullón Rodríguez, la posible comparecencia, una vez iniciado el proceso previsto en el artículo 131

Está claro que cuando la intervención se produzca, deberán optar los intervinientes por el apoyo o la oposición a la impugnación formulada.<sup>38</sup>

### III. 4.2. Sindicatos frente a los que se plantea la impugnación

El artículo 129.1. del TRLPL dispone expresamente que la impugnación se dirija:

Artículo 129.1.- «1. [...] contra las personas y sindicatos que fueron partes en el procedimiento arbitral, así como frente a cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de impugnación. 2. En ningún caso tendrán la consideración de demandados los comités de empresa, los delegados de personal o la mesa electoral».

---

LPL, supone una limitación y ello no cabe porque los titulares de un interés legítimo tienen la posibilidad de ejercitar la pretensión correspondiente. «De esta forma se conecta el artículo 17.1 y 2 de la LPL con el 127 y 131, obviándose los inconvenientes del rigorismo del «interés directo», pudiendo decirse que el Sindicato, [...] tendrá legitimación activa (sic), aun cuando no haya sido interviniente directo en el procedimiento electoral concreto llevado a cabo en una empresa o promotor del mismo, siempre que, como mínimo, existiese el interés legítimo en la presentación de candidatos, derecho reconocido en el artículo 2.2d) de la LOLS y 69.2 del ETT, no condicionado a cuotas de representatividad o implantación». Vid GULLÓN RODRÍGUEZ, J. «La modalidad procesal para el conocimiento de pretensiones que se deduzcan de la materia electoral». En *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*. Op. cit., p. 696.

Linares Lorente califica el supuesto del artículo 131, al igual que el de los artículos 152 y 174.2 como de «incorporación sobrevenida»: «La solución podría consistir en que, sólo en el supuesto en que la Ley lo diga expresamente, el Sindicato tendrá una posición procesal limitada, [...] y en aquellos supuestos en que la Ley no le asigna esta posición, debe entenderse que interviene en el proceso con la condición de parte principal». Vid LINARES LORENTE, J.A. «Los sindicatos en el proceso». En *Lecturas sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*. AA.VV. Madrid: Ed. CGPJ, 1991, p. 577.

PALOMEQUE LÓPEZ habla de «intervención procesal posterior o personación como parte, pero distinta de la establecida en el artículo 127 LPL, ya que de otro modo no se acierta a comprender la función del referido artículo 131 de la LPL». Vid Palomeque López, M.C. «La presencia del Sindicato en la Nueva Ley de Procedimiento Laboral». En *AL*, n.º1/1991, p. 3.

<sup>38</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., «Proceso de impugnación de laudos arbitrales en materia electoral y de las resoluciones que deniegan el registro de las actas de elecciones

Si hemos partido de la idea de que la impugnación no inicia un nuevo proceso (aunque el legislador hable de demanda) es posible que la impugnación se plantease frente a aquellos sindicatos que han participado como parte en el proceso arbitral, que han actuado hasta entonces como parte, pero que deciden no impugnar el laudo.

También el artículo 129 TRLPL de forma imperativa obliga a que la impugnación se dirija «frente a cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de impugnación». Es decir, el Sindicato recurrente deberá dirigir el recurso «frente a quienes fueron o debieron ser parte y, si conoce algún afectado por el laudo, solicitar del órgano jurisdiccional que sea llamado, a los efectos de su posible intervención como interviniente adhesivo».<sup>39</sup> Habrá que traer al proceso a todos los que puedan verse afectados por la resolución que se dicte. Es decir, no sólo a quienes fueron parte en el proceso arbitral, sino también a aquéllos que no habiendo intervenido en éste, puedan ser alcanzados o afectados por la sentencia que se dicte en el proceso.<sup>40</sup>

Concretamente creemos que «afectados» de manera directa podrán ser: los sindicatos promotores del proceso electoral; los sindicatos no promotores que presentaron candidatura; y los sindicatos no promotores que no presentaron candidatura, pero que a tenor del artículo 76.5 TREETT impugnan las elecciones.

En cambio, no creemos que el citado artículo 129 TRLPL se refiera a los que lo sean de forma refleja. Muchos pueden ser los sindicatos que no promovieron la elección, que no presentaron candidatura y que no impugnan las elecciones, pero que, no obstante, tengan un interés reflejo en función de sus cuotas de representatividad. De no concluir de esta manera la carga que se impondría a quien impugna el laudo sería insoportable. En cualquier caso, podrían intervenir pero a instancia propia, exartículo 131 TRLPL.

---

a órganos de representación del personal». En *Problemas procesales de la reforma laboral, Cuadernos de Derecho judicial*. CGPJ. Madrid, 1994, p. 159.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ VELASCO, J.P. «La impugnación de los laudos arbitrales...». En *Jornada sobre significado y alcance de la Ley 11/1994.... Op. cit.*, p. 52.

### III.4.3. El control jurisdiccional del artículo 130 TRLPL

El legislador en el artículo 130 TRLPL permite al juez, tras examinar la demanda, estimar que la misma no ha sido dirigida contra todos los afectados, y citar a las partes para que comparezcan, dentro del día siguiente, a una audiencia preliminar, tras la cual decidirá sobre la posible situación de litisconsorcio pasivo necesario, resolviendo sobre la misma en el acto.

Sobre este tema, pensamos que todo juicio sobre la legitimación debería realizarse en los momentos iniciales del proceso, incluso de oficio, como por ejemplo establece el legislador en el artículo 42 del CC.<sup>41</sup>

Sin embargo, esta solución, que sería buena si estuviéramos ante una demanda, en la que se incluye una pretensión, no lo es, cuando nos encontramos ante un escrito de recurso (al ser éste un acto de parte). Como hemos señalado en páginas anteriores, la pretensión ya se planteó en su día (en la fase arbitral del proceso). Y por ello, no podría el juez en este momento procesal plantearse la falta de integración del litisconsorcio necesario que se pudo producir en la demanda al plantear la pretensión.

Ahora se trata de controlar si en el recurso aparecen todos los que deben estar, y esta función la puede y debe desarrollar el propio juez de oficio, a la vista de los antecedentes que habrá reclamado de la oficina pública. Constatados los que tienen que ser oídos, el juez mandará tenerlos como recurridos, y como tal actuarán si se apersonan, salvo que asuman el papel de recurrentes. El legislador es muy concreto cuando dice: «Si [...] el juez estima que puede no haber sido dirigida contra

---

<sup>40</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, M. «Reclamaciones en materia electoral». En *La Reforma del Mercado...* *Op. cit.*, p. 577.

<sup>41</sup> En este sentido *Vid* RUIZ MORENO, J.M<sup>a</sup>. «El nuevo procedimiento electoral sindical tras la Ley 11/1994, de 11 de mayo ...». *Op. cit.*, p. 719. «La posibilidad de que el juez de oficio llame a juicio a todos los afectados constituye un verdadero

todos los afectados [...] —la impugnación del laudo— [...] citará a las partes». Por ello pensamos, que «sólo para esto ha querido, desgraciadamente, que se cite a las partes».<sup>42</sup> Cualquier otro tema de legitimación deberá esperar a la sentencia, probablemente, cuando estimando como motivo, el no haber concedido el árbitro la oportunidad de ser oído a quien debió ser parte,<sup>43</sup> el juez anule el laudo arbitral.

Por último, hemos de indicar que los «afectados» referidos en este artículo 130 TRLPL, serán aquéllos sobre los que incide directamente la decisión, los que «debieran haber sido demandados *ex lege*».<sup>44</sup>

---

trámite de subsanación de la demanda, en línea con el contenido del artículo 81 de la LPL, y que persigue la válida constitución de la relación jurídico procesal».

<sup>42</sup> GONZÁLEZ VELASCO, J.P. «La impugnación de los laudos arbitrales...». En *Jornada sobre significado y alcance de la Ley 11/1994...*, *Op. cit.* p. 57. Para DE VALTENA en cambio, «se trata, así, de subsanar este defecto procesal para evitar posibles indefensiones que llevarían a la nulidad del proceso seguido». Cfr. DE VAL TENA, A.L. «El nuevo procedimiento de impugnación en materia electoral», en *AL* n.º 38/95, p. 67.

<sup>43</sup> ALFONSO MELLADO, C.L. «Novedades en el proceso laboral». En *RTSS* n.º 13/1994, p. 113.

<sup>44</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. «Proceso de impugnación de laudos arbitrales en materia electoral». *Op. cit.*, p. 158.



## CAPÍTULO 18

ARBITRAJE Y DERECHO INMOBILIARIO: LOS PROCESOS  
ARRENDATICIOS, EN CONCRETO, LOS RELATIVOS A LA RESOLUCIÓN  
DEL CONTRATO, AL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO, Y LA SUMISIÓN  
A TRIBUNALES ARBITRALES  
Sol González Seoane





## Capítulo 18

### ARBITRAJE Y DERECHO INMOBILIARIO: LOS PROCESOS ARRENDATICIOS, EN CONCRETO, LOS RELATIVOS A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, AL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO, Y LA SUMISIÓN A TRIBUNALES ARBITRALES

*Sol González Seoane*

1. El arbitraje y los arrendamientos urbanos.— 2. Materias de libre disposición conforme a Derecho.— 2.1. El objeto del arbitraje. La pretensión.— 2.2. Materias o derechos subjetivos.— 2.3. Disponibilidad y derecho subjetivo.— 2.4. Los derechos subjetivos y los principios de normalidad y de oportunidad.— 2.5. La petición, el *petitum*, por un lado, y la causa de pedir, por otro. 3. Los arrendamientos y el arbitraje.

#### 1. EL ARBITRAJE Y LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

El recurso a los *tribunales arbitrales* parece ser una tónica general en la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994 de 24 de noviembre de 1992,<sup>1</sup> en la que se configura esta posibilidad, como novedad para solucionar los conflictos arrendaticios, pues fue silenciada en la LAU anterior.

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo LAU. Su texto ha sido modificado. La Disposición Adicional Quinta (apdo. 2), por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. La Disposición transitoria Tercera según redacción dada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Los artículos 38, 39, y 40 derogados por Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil. El artículo 36.6 incorporado por Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y de 1999 Orden Social.

La doctrina científica no fue unánime al afirmar o negar la posibilidad de utilizar este instrumento como medio apto para solucionar los conflictos arrendaticios, ya que nada decían al respecto ni la LAU de 1946, ni el Texto posterior de 1964, y, en la práctica, los arrendatarios no parecían proclives a su utilización, ya que resultaban beneficiados con la lentitud de los procesos ante tribunales estatales, lo que les permitía prolongar el uso de la vivienda o local, normalmente, con rentas muy bajas.

La reticencia en permitir el arbitraje se justificaba por el carácter social o tuitivo de la normativa urbanística, en favor del arrendatario, como se reflejaba, sobre todo, en las normas de la LAU que prohibían la renuncia de derechos a los arrendatarios de viviendas y del derecho de prórroga al arrendatario de locales de negocio (artículo 11 de la LAU de 1946, normativa mitigada por el artículo 6 de la Ley de 1964).

Claro está que, como tuvo ocasión de precisar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se trataba de la prohibición de la renuncia anticipada a los derechos o beneficios que otorgaba la ley, sin que estuviese prohibida la renuncia posterior, una vez integrado el derecho en el patrimonio del arrendatario, interpretación que se puede ver en las sentencias de 8 de febrero de 1955, 26 de noviembre de 1962, 30 de junio de 1965, 26 de enero de 1966, 31 de agosto de 1968, 18 de junio de 1969, 14 de octubre de 1976 y 14 de mayo de 1982, citadas *ad exemplum*, y de la que se puede deducir como posible el arbitraje de derecho privado, una vez surgido el litigio, y cuando el derecho o beneficio *ex lege*, ya se encontrase en el patrimonio del arrendatario, y, por ello, pudiera parecer lícito el convenio privado sobre la resolución del contrato, aunque implicase una renuncia a la prórroga legal.

En la nueva LAU se consagra la posibilidad del arbitraje en el artículo 39.5, al disponer que «*las partes podrán pactar el sometimiento del litigio a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre*», posibilidad que ha de precisarse, al menos en lo más esencial, al no ser objeto concreto de mi estudio y ser simplemente una cuestión a tratar *incidenter tantum*, sin olvidar que los artículos 38, 39 y 40 fueron derogados por el nú-

mero 2.6 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil.

Del tenor literal del precepto parece posible someter los litigios arrendaticios al arbitraje, si bien esa posibilidad se ha de cohonestar con la prohibición de establecer «*cláusulas o estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas del Título II, salvo los casos en que la propia norma los autorice*», contenida en el artículo 6 de la LAU.<sup>2</sup>

La nueva LAU no permite la sumisión expresa o tácita, pero sí el sometimiento de la cuestión objeto de debate a los tribunales arbitrales, en su artículo 39.5, de conformidad con lo establecido en la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988, al establecer en dicho precepto que las «*partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales*».

Sin embargo, y a pesar del texto de la ley, no ha de olvidarse que lo dispuesto en el artículo 120 del Texto Refundido de 1964 tenía su ámbito de aplicación limitado a los derechos reconocidos en la Ley especial, pero no en la legislación común, que se regía por las normas generales, mientras que el tratamiento procesal de los litigios en la LAU de 1994 afecta a todas las cuestiones derivadas del arrendamiento, por lo que continuar en la nueva Ley con la restricción del arbitraje supondría vedar el acceso al mismo, también, de las controversias fundadas en derechos instituidos por el Código Civil.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> LAU será la forma de aludir a la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo sucesivo.

<sup>3</sup> Un ejemplo es el que ofrece la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 en que el arrendatario discutía la eficacia de la cláusula por la que los contratantes convenían someter a arbitraje la validez o no de una de las causas de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio pactada por ellos y no prevista en la LAU, lo que merece la solución afirmativa del Tribunal Supremo afirmando que «es materia de la libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une».

El apartado 5 del Preámbulo de la LAU se refiere al precepto, señalando que la competencia del Juez «*no obsta para recordar la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral*», y, por ello, «*si se trata sólo de «recordar»*», como se ha dicho,<sup>4</sup> no parece posible sostener que se ha introducido un nuevo sistema, sino, por el contrario, ya que el arbitraje sólo es posible allí donde antes lo era, las cuestiones arrendaticias que no sean de derecho necesario».

Aunque del artículo 39.5 LAU parecía deducirse la posibilidad de arbitraje a todos los supuestos arrendaticios, sin embargo no era así, pues además de limitaciones específicas, la remisión íntegra a la Ley Arbitral 36/1988<sup>5</sup> suponía en sí asumir un concreto ámbito objetivo. La amplitud del ámbito estaba limitada por dos elementos:

- a) El artículo 1.561 de la LEC de 1881, no modificado por la Ley 29/1994,<sup>6</sup> en el que se atribuía a los tribunales estatales el conocimiento «*exclusivo*» de las demandas de desahucio, precepto del que se afirmó su carácter inderogable, y excepción a las atribuciones conferidos a los árbitros y amigables componedores, como dijeron las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1961 y de 28 de febrero de 1962, entre otras.

Por otra parte, el citado artículo 1.561 de la LEC de 1881 no pudo entenderse derogado tácitamente por el nuevo artículo 39.5 de la Ley 29/1994, pues esta ley no modificaba aquel precepto, mientras que sí lo hacía con otros preceptos procesales y procedimentales relativos al desahucio; es decir, si el legislador hubiera querido que el artículo 1.561 LEC de 1881 quedase derogado, lo habría hecho de modo expreso.

---

<sup>4</sup> Como advierte ORAÁ GONZÁLEZ, J. «El régimen procesal de la nueva Ley de arrendamientos urbanos». En *Notas críticas, La Ley*, 1995, año XVI, n.º 3833, p. 5.

<sup>5</sup> No se debe olvidar que en la actualidad, la vigente es la Ley de arbitraje aprobada como Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>6</sup> Tampoco debe desconocerse que en el actual momento, la LEC vigente fue aprobada como Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000

No pareció, pues, ya entonces salvable el obstáculo del artículo 1.561 de la LEC de 1881 en lo relativo al «juicio» de desahucio,<sup>7</sup> pues si el deseo del legislador hubiera sido el de permitir también el arbitraje respecto de las cuestiones que se dilucidan en el mismo, hubiera aprovechado la importante modificación de este «juicio», operada mediante la disposición adicional quinta, para hacerlo, y no lo hizo, lo que, añadido a las especiales características del proceso sobre desahucio, algunas derivadas de su naturaleza sumaria, pero otras de la propia naturaleza expeditiva o ejecutiva de la tutela del derecho del actor, hace pensar que el legislador consideró poco aconsejable otorgar su enjuiciamiento a los árbitros, por ser más propias del ejercicio de facultades jurisdiccionales de los tribunales estatales.<sup>8</sup>

- b) El ámbito objetivo propio de esa ley arbitral. Los artículos 1 y 3.1 establecían que sólo podrían ser objeto de arbitraje aquellas cuestiones relativas a materias en que conforme a derecho sean de libre disposición de los interesados, o aquéllas que estén inseparablemente unidas a éstas.

Fuera del caso del artículo 1.561 LEC de 1881, desahucio por falta de pago, tampoco se podrán someter a arbitraje las materias indisponibles e irrenunciables y de derecho necesario, ni aquéllas inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan derecho de disposición, además de las comprendidas en los artículos 1 y 2 de la Ley de Arbitraje.

---

<sup>7</sup> En igual sentido ORAÁ GONZÁLEZ, J. y A.V. ILLESCAS RUS, en sus «Aspectos procesales de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de 1994 de Arrendamientos Urbanos», *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, n.º 1736 y 1737, 1995, p. 16. Éste es también el criterio jurisprudencial tradicional, manifestado en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1962, con fundamento en el artículo 1.561 de la LEC de 1881, en relación con el antiguo 1.820 del CC.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la necesidad de consignar para recurrir (artículos 1.566 y 1.567 LEC de 1881), la equiparación de los efectos de la incomparecencia del demandado con el allanamiento (artículos 1.575 y 1.577 LEC de 1881) y la limitación de los medios de prueba del demandado (artículo 1.579 LEC de 1881).

La irrenunciabilidad de los derechos no ha desaparecido en la actualidad, no sólo por el hecho de que a los arrendamientos anteriores a la Ley de 1994 les siga siendo aplicable el artículo 6 del Texto Refundido de 1964 (disposiciones transitorias primera y segunda), sino también porque para los contratos, acomodados a la moderna LAU, el artículo 6, dispone que *«son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice»*, y, por ello, el sistema arbitral sólo se podrá utilizar por las partes para aquellos supuestos o aspectos de la relación arrendaticia que, según la ley, quedan a la libre disposición de las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 LAU.<sup>9</sup>

Quedaría, pues, autorizada la modificación de las estipulaciones en perjuicio del arrendatario en los casos siguientes:<sup>10</sup>

- a) Del subarrendamiento, cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a un uso distinto del de vivienda (artículo 8.2.II, *in fine*).
- b) A la duración del arrendamiento *«cuando, al tiempo de su celebración, se haga constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí»* (artículo 9.3.I), o en los de duración pactada superior a cinco años (artículo 11).
- c) Superior a cinco años (artículo 16.4).
- d) Al derecho de subrogación, en los arrendamientos de duración pactada, precio del arrendamiento (artículo 17.1), devengo de la renta, momento, lugar y procedimiento de pago (artículo 17.2 y 3).

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el derecho de subrogación en los arrendamientos de duración pactada superior a los cinco años (artículo 16.4 LAU), el precio de la renta (artículo 17), devengo de la misma, momento, lugar y modo del pago (17.2 y 3), las actualizaciones de rentas a partir del sexto año de duración del contrato (18.2), elevaciones de renta por obras de mejora a partir del sexto año de duración del arrendamiento (19.1), la renuncia a los derechos de tanteo y retracto en contratos de duración pactada superior a cinco años (25.8).

<sup>10</sup> Según ILLASCAS RUS, A. V. «Algunas precisiones en torno a la enervación». En *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 2, monográfico sobre los Procesos Judiciales en la LAU, septiembre 1996, Boletín n.º 1736, pp. 113 y 114.

- e) A las actualizaciones de la renta a partir del sexto año de duración del arrendamiento (artículo 18.2).
- f) A las elevaciones de la renta por obras de mejora, a partir del sexto año (artículo 19.1).
- g) Al abono por el arrendatario de «los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios» (artículo 20.1).
- h) A la renuncia de los derechos de tanteo y retracto en contratos de duración pactada superior a cinco años (artículo 25.8).
- i) El ejercicio de la acción resolutoria del contrato por incumplimientos imputables a la otra parte (artículo 27).

Por consiguiente, no se podrán someter a arbitraje las cuestiones derivadas de derechos concedidos al arrendatario de viviendas, excepto en los supuestos anteriores, ya que se trata, según la LAU, de materias que no son de libre disposición de los interesados (artículo 1, de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, y artículo 2 de la actual LA de 2003), y tampoco las «*inseparablemente unidas*» a aquéllas (artículo 2.b de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, y sobre las que la actual guarda silencio).

Será aplicable esta misma regla, pero remitida a su particular normativa constituida por el Texto Refundido de 1964 y el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, a los contratos anteriores a la vigencia de la nueva Ley.

De conformidad con lo anterior hay que diferenciar distintos su-puestos de posible aplicación de cláusulas arbitrales.

En los casos de arrendamientos regulados por el Texto Refundido de 1964, y que deban seguir rigiéndose por dichos preceptos,<sup>11</sup> existe una gran cantidad de materias, en principio indisponibles y, por tanto, no aptas para ser sometidas a arbitraje; ahora bien, y a excepción del derecho de prórroga forzosa que es irrenunciable, una vez que dichos

---

<sup>11</sup> Disposición Transitoria Primera 1 y 2, Segunda A y B, Tercera A y Cuarta.

derechos son incorporados al patrimonio de su titular, sí son susceptibles de disposición o renuncia, con lo cual sí cabría en estos supuestos acudir al arbitraje que establece la nueva LAU.

En cuanto a los arrendamientos que pasen a regirse por la Ley 29/1994, existen materias, aplicables a todas las formas o tipos de arrendamientos urbanos, que tienen naturaleza imperativa y no son por tanto, disponibles.<sup>12</sup>

Sentado lo dicho, es preciso diferenciar por tipos de arrendamientos:

- g) Arrendamientos de viviendas con superficie inferior a 300 m<sup>2</sup> o en los que la renta inicial no exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional. Estos arrendamientos (artículo 4.2) se rigen por lo dispuesto en el Título II de la nueva ley, y, expresamente, en dicho título, en su artículo 6, se establece que serán *«nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresa-mente lo autoricen»*.

Se ha de partir, pues, de normas que, como indisponibles en perjuicio del arrendatario, no hacen posible el sometimiento a arbitraje, salvo en casos concretos y específicos, cuando *«la propia norma expresa-mente lo autorice»*.

Se requiere, por tanto, un examen pormenorizado de toda la normativa legal, para determinar en qué caso, en concreto, una materia puede ser objeto de arbitraje.<sup>13</sup>

- b) Arrendamientos para uso distinto del de viviendas, o de aquellos destinados a viviendas pero que tengan una superficie superior a

---

<sup>12</sup> Así, el artículo 4.1 establece que «los arrendamientos regulados en la presente ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los Títulos I, IV y V», es decir, lo relativo al ámbito de la Ley, Disposiciones Comunes y procesos arrendaticios. <sup>13</sup>

Entre otras, el subarriendo para destino distinto a vivienda (artículo 8.2), la determinación de forma, lugar y modo del abono de las rentas (artículo 17), determinación de su cuantía a partir del sexto año de vigencia del contrato (artículo 18), etc.



300 m<sup>2</sup> o en los que la renta inicial exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional.

Estos arrendamientos se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título II o III de la presente ley, según se trate de viviendas o no, y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil (artículo 4.2º y 2º).

Al tratarse de materias y contenido disponible para las partes, existe la posibilidad de someter cualquiera de las cuestiones que surjan entre los interesados al arbitraje, discutiéndose, no obstante, si podrán someterse a dicho sistema arbitral los desahucios, frente a la disposición terminante del derogado artículo 1.561 de la LEC de 1881, la normativa de la actual LEC de 2000 y la vigente Ley de Arbitraje.

Las aludidas limitaciones y restricciones, por razón de la materia, a que supuestos litigiosos arrendaticios sean sometidos a arbitraje, ha llevado a algunos autores, que estimaban el convenio arbitral como una alternativa *«más accesible y más eficaz a la acción judicial»*, a concluir que no parece que la reforma hubiese introducido novedades sustanciales con respecto a la situación anterior.

Lo dicho se ha de tener en cuenta hoy día por la razón de que, aunque la LAU se remite expresamente a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de 1988 que ha sido modificada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, en el artículo 2.1 de la vigente se establece que son *«susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»*.

Independientemente de lo dicho, no se debe olvidar que el artículo 34 de la LAU se remite «al árbitro» para fijar la indemnización que correspondería al arrendatario del local de negocio en caso de extinción del contrato, en caso de falta de acuerdo entre las partes, y que esa indemnización «será fijada por el árbitro designado por aquellos».

Al recordar ese precepto, me surge una duda, de sentido contrario a la inicial, la relativa a si esa determinación de la indemnización por

árbitro puede ser realizada por un órgano jurisdiccional. No puedo entrar en el estudio de esta cuestión, pero *obiter dicta*, creo poder decir que no parece que pueda dársele tan amplio contenido al citado artículo 34, pues su interpretación ha de realizarse teniendo en cuenta el artículo 2 de la nueva LA de 2003, y la jurisprudencia interpretativa de la antigua excepción dilatoria octava del artículo 533, y concordante motivo para plantear la declinatoria de la actual LEC, y de todo ello parece adecuado afirmar que la exclusión de los órganos jurisdiccionales estatales ha de interpretarse de forma muy restrictiva, por su propia esencia y finalidad.

Si el arrendador fuese una persona física o jurídica dedicada al negocio de los arrendamientos urbanos, entiendo que sería aplicable el arbitraje especial de consumo, recogido en el artículo 31 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984 de 19 de julio de 1984.

Esto requeriría una cierta organización estructural por parte de los sectores interesados, y un mayor estudio sobre el tema, que no me puedo permitir.

La nueva LAU rompió con la idea que gravitaba sobre la ley anterior, cuyos artículos 6 y 120, que parecían negar la posibilidad del arbitraje en materia arrendaticia urbana, por entender que se trataba de derechos fuertemente «indisponibles», como pusieron de relieve las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1955, de 3 de mayo de 1961 y 28 de febrero de 1962, entre otras, al considerar ajena al arbitraje la materia de desahucio y no las demás, pero con la posibilidad de acudir luego a la decisión judicial, lo que hacía desdibujarse la esencia del arbitraje.

La actual LAU recoge la corriente comunitaria de facilitar el acceso al arbitraje, propugnada en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, número 12, de 16 de septiembre de 1986.

La determinación de las materias que pueden someterse al arbitraje se ha ido fijando en las sucesivas leyes con base en criterios, no siempre idénticos.

Si el artículo 14 de la Ley de 1953 decía que podían serlo todas las materias de Derecho privado, sobre las que las partes pudieran disponer libremente, planteando el problema de la delimitación entre el derecho público y el derecho privado,<sup>14</sup> en la Ley de 1988, por un lado, el artículo 1 ya utilizó la expresión «materias de libre disposición conforme a derecho» para referirse a las incluidas y, por otro, el artículo 2 hizo relación, no de materias, sino de cuestiones que quedaban excluidas del arbitraje.

Ahora, la Ley de Arbitraje de 2003 en el artículo 2.1 considera materias objeto del arbitraje *las sujetas a la libre disposición conforme a derecho*.

Parece claro que en las sucesivas leyes se ha pretendido ir ampliando el ámbito del arbitraje, aunque esa ampliación no se haya hecho de modo muy claro.

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, derogatoria de los artículos 38 a 40 de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos, no se establece norma prohibitiva específica.

## 2. MATERIAS DE LIBRE DISPOSICIÓN CONFORME A DERECHO

En razón a lo dicho, se hace necesaria la interpretación de lo que deba entenderse por materias de libre disposición conforme a derecho, a través de algunas matizaciones.

### 2.1. *El objeto del arbitraje. La pretensión*

Del tenor literal de la LA de 2003, como ya sucedía con la LA de 1988, pudiera parecer que el objeto del arbitraje es una controversia o cuestión y, más en general, cabría entender que ese objeto es un conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, que surge dentro de una

---

<sup>14</sup> En este sentido puede verse GUASP DELGADO, J. «El arbitraje en Derecho español». Barcelona: Bosch, 1981, p. 56, que se refería al pavoroso problema de la ciencia jurídica.

determinada materia entre dos personas, pero ésta es una explicación que puede calificarse de sociológica, no jurídica, pues el objeto procesal, el objeto de la función jurisdiccional, es siempre una pretensión.

Se puso de manifiesto, hace bastante tiempo que la explicación que basa la naturaleza o el objeto del proceso en el conflicto, o litigio, o controversia, es formalmente insuficiente, pues la existencia misma del conflicto no exige *per se* ni la intervención de los tribunales ni la realización de un proceso, por lo menos con carácter general.<sup>15</sup>

Es cierto que la base sociológica sobre las que descansan la jurisdicción y el proceso, como su instrumento, no puede desconocerse, y esta base es indiscutiblemente un conflicto de intereses, pero, por un lado, la existencia del mismo no «*obliga*» a acudir a los tribunales estatales, iniciándose un proceso y, por otro, la actividad jurisdiccional, en que consiste el proceso, depende en su iniciación del ejercicio del derecho de acción, planteando de una pretensión.

En el arbitraje las cosas no son diferentes. El objeto del mismo será siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un tercero, frente a otra persona, sobre un bien.<sup>16</sup>

Se trata, pues, de una declaración de voluntad petitoria, entre sujetos, necesariamente fundada, lo que supone la existencia de dos elementos determinantes de la misma:

- 1) Una petición o *petitum*, que es siempre un bien jurídico, el cual se contempla en una norma como consecuencia jurídica posible, sin hacer referencia ahora al supuesto de hecho de la norma.

---

<sup>15</sup> GUASP DELGADO, J. «La pretensión procesal». En Anuario de Derecho Civil, enero-marzo, 1952, p. 16, también como Cuaderno de Civitas, Madrid, 1981 y en el volumen de «Estudios Jurídicos». Madrid: Civitas, 1996, pp. 565 y ss.

<sup>16</sup> Vid MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 13ª edición, 2004, tomo I, pp. 112 y ss., y «Derecho jurisdiccional», Proceso Civil (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar). Valencia: Tirant lo Blanch, 13ª ed., tomo II, 2004, pp. 116 y ss.

El bien o consecuencia jurídica, puede ser de varias clases:

- a) En las pretensiones de condena, el bien, o consecuencia jurídica, es siempre una prestación, en el sentido del artículo 1088 del CC, es decir, consiste en un hacer, en un no hacer, en un dar.
  - b) En las de mera declaración, el bien jurídico consiste en la declaración de existencia y conformación o inexistencia de la relación o situación jurídica, o de algún elemento de ella, o de un negocio o acto jurídico, o de un elemento del mismo.
  - c) En las pretensiones constitutivas, el bien o consecuencia jurídica se refiere a la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, o algún elemento de ella, o de un negocio o acto jurídico, o un elemento de él.
- 2) Una causa de pedir o *causa petendi* que, no pudiendo consistir ni en normas o calificaciones jurídicas, se resuelve en hechos, en su sentido positivo o negativo, acontecimientos de la vida, que sucedieron en un momento o situaciones jurídicas y que han de ser el supuesto de una norma que les confiere consecuencia jurídica.

El elemento a tener en cuenta para saber lo que puede someterse a arbitraje es la petición, como bien o consecuencia jurídica, en conexión con la causa de pedir.

## 2.2. *Materias o derechos subjetivos*

La posibilidad del arbitraje, según lo dicho, se resuelve en la LA del 2003, siguiendo los pasos de las leyes anteriores, con referencia a las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho.

Aunque la fórmula parece cómoda al intérprete, sin embargo, creo que plantea algunas dudas.

- 1) Por un lado alude a «controversias», expresión no siempre correcta, a tenor de lo dicho en líneas precedentes. El objeto proce-

sal tanto ante los tribunales estatales como ante los arbitrales, no es un conflicto o controversia sino una pretensión.

- 2) La libre disposición de los titulares no puede referirse a una «materia», pues las «materias» no son disponibles o indisponibles. Pero, además de exigir esa expresión un examen pormenorizado del Ordenamiento jurídico, parece apuntar la posibilidad de sectores de ese Ordenamiento, unos tocados de disponibilidad, y otros de indisponibilidad, lo cual no parece aceptable.
- 3) No cabe hacer una lista cerrada de derechos subjetivos privados que sean disponibles.

### 2.3. Disponibilidad y derecho subjetivo

Parece más oportuno afirmar que la disponibilidad está insita en el derecho subjetivo.

El verdadero derecho subjetivo siempre es disponible, mientras que cuando no existe la disponibilidad es porque no se trata realmente de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no atribuyen derechos. El dilema está ahí, en los derechos subjetivos y en las situaciones jurídicas.

En las relaciones jurídicas que se pueden calificar de normales, quien formula una pretensión tiene que acomodarse a las previsiones legales, que utilizan, como criterio normal de legitimación, la titularidad de un derecho, aunque, en ocasiones el criterio utilizado sea otro.<sup>17</sup> La

---

<sup>17</sup> Sobre el tema de la legitimación, puede consultarse la construcción realizada por GONZÁLEZ VELASCO, J. P. «Cuestiones procesales que suscita una primera lectura de la Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación», n.º 20, Iuribanc, Madrid, 1999, pp. 156-163. «El proceso para la declaración y los procedimientos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». En *Estudios Jurídicos*. Madrid: CEJAJ, 2000, pp. 415-547. «Los Principales actos procesales en los procesos para la declaración en la LEC del 2000». En *Estudios Jurídicos*. Madrid: CEJAJ, 2000, pp. 679-807.

pretensión sólo se puede considerar legítima cuando se formula por quien afirma la titularidad de un derecho propio, en los términos contemplados por el Ordenamiento, y por ello es por lo que la consecuencia jurídica la puede pedir sólo él y no cualquier otra persona, salvo supuestos de legitimación basada en criterios extraordinarios, entre los que se pueden incluir los que permiten la llamada acción popular o *uti cive*.

Por el contrario, existen otros supuestos en los que la formulación de una pretensión no se hace con base en la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, sino simplemente partiendo de la afirmación de que la ley legitima a esa persona, junto a otras o no, para pedir una consecuencia jurídica, la cual no es algo a lo que se tenga derecho, por afectar favorablemente a su esfera jurídica.

Lo normal es que sólo quien afirme ser titular del derecho a tenor de los esquemas legales pueda ejercitarlo, esto es, pueda formular pretensiones en las que se pida una consecuencia jurídica, favorable para el demandante y de la que él se considera el único que puede beneficiarse.

Por el contrario, si lo que se pretende es que se declare una situación determinada, el legislador puede establecer que la petición la pueda formular cualquiera de las personas legitimadas para ello en la propia ley, las cuales no tienen necesidad de alegar titularidad de un derecho subjetivo a obtener una consecuencia jurídica que les sea favorable, sino que aparecen legitimadas por la ley en función de criterios diversos.

Si no se es titular de un verdadero derecho subjetivo a obtener una declaración, en estos supuestos, es evidente que:

- 1) No existe disponibilidad sobre algo que no es un derecho subjetivo, o
- 2) Se trata de materia no disponible.

En consecuencia se está afirmando que no cabe someter a arbitraje aquello de lo que no se puede ser titular.

De este modo se puede concluir que, realmente, cuando la norma dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, lo que realmente se está diciendo es que cabe llevar al arbitraje las pretensiones en las que se afirme la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho, e imputar al demandado la titularidad de la obligación, así como su acomodación en todos sus términos a las previsiones legales.

No se debe olvidar que el artículo 24 de la CE habla de derechos o intereses legítimos, derechos e intereses acomodados al Ordenamiento positivo, objeto único de posible tutela jurisdiccional afectiva.

Con lo anterior, creo, se ha dado un primer paso para determinar lo que puede someterse a arbitraje, y lo que se entiende excluido del mismo, pero debe puntualizarse más para llegar a precisar entre clases de consecuencias jurídicas previstas en las normas.

#### *2.4. Los derechos subjetivos y los principios de normalidad y de oportunidad*

Por medio de la pretensión, que es el objeto procesal en todo caso, y, en concreto del arbitraje, tiene que pedirse algo que pueda obtenerse por los particulares, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional.

Basta atender a la realidad social para advertir,

- 1) Que el derecho privado se cumple, ordinariamente, en cuanto se aplica indeterminado número de veces al día por los particulares sin que surja duda en su aplicación, conflicto o controversia alguna, cumpliéndose los deberes o las obligaciones, disfrutando de los derechos.
- 2) Que cuando surge esa duda o controversia, los particulares pueden, por medios ajenos al proceso y a los órganos jurisdiccionales, obtener esa consecuencia jurídica, mediante la llamada



«autocomposición», o, incluso, mediante la autodefensa, en los su-puestos previstos en la norma, cuando se cumplan los presupues-tos, requisitos y condiciones legales.

Estamos así plenamente en el campo de la oportunidad por cuanto:

- 1) La consecuencia jurídica prevista en una norma no necesita ser actuada cuando se produce el supuesto fáctico de la misma, puesto que es preciso que esa consecuencia sea pretendida por una de las partes de la relación o situación jurídica, de modo que esa consecuencia jurídica sólo puede ser actuada cuando el particular, el pretendido titular del derecho subjetivo privado, lo estime oportuno, atendiendo únicamente a una decisión suya basada en la discrecionalidad, y
- 2) El particular puede conseguir la consecuencia jurídica de muchas maneras, a veces acudiendo a los tribunales estatales, pero también por otros varios modos, empezando por el acuerdo de las partes, incluso, en ocasiones, por la autotutela, según queda dicho en anteriores líneas, aunque lo que importa es poder afirmar que el acudir a los órganos estatales no es el único modo de alcanzar esa consecuencia jurídica.

En estos casos, que son, sin duda, la inmensa mayoría de los posibles, parece claro que si la consecuencia jurídica puede ser obtenida por los particulares directamente, nada puede oponerse a que los mismos particulares acudan a otros medios posibles para llegar a ella, y uno de esos medios es el arbitraje.<sup>18</sup>

Algunas veces, por el contrario, y de forma excepcional, la consecuen-cia jurídica sólo puede ser obtenida si es producida por un tribunal, des-pués de un proceso, mediante su acto principal, la sentencia.

---

<sup>18</sup> Hay casos evidentes, como el examinado en la sentencia por la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de enero de 2002, relativo a la ejecución de un contrato de obras de albañilería, en que las partes podrían haber llegado por ellas mismas a cualquier tipo de acuerdo y, no logrado éste, cabe acudir al arbitraje.

Pero si esto es verdad, entre estos supuestos hay que destacar:

- a) Aquéllos en que los particulares pueden obtener el resultado mediante la llamada autocomposición. Sólo cuando ésta no se produce, es necesario acudir a la heterocomposición.
- b) Aquéllos en que los particulares, aun de acuerdo, no pueden llegar a la autocomposición. El resultado sólo se puede lograr mediante la heterocomposición, y, en concreto, mediante una sentencia de un tribunal estatal.

En estos últimos supuestos el legislador considera que la consecuencia jurídica debe lograrse, siempre que concurra el supuesto de hecho previsto en la norma, sólo mediante una sentencia que culmine toda una actividad procesal, en la que suele exigirse que intervenga el defensor de la legalidad y de los intereses públicos, el Ministerio Fiscal, unas veces como simple parte, según expresión utilizada por el propio legislador, otras con plena legitimación, única o compartida, para ejercitar el derecho de acción y formular la pretensión correspondiente.

Dejando a un lado, la consecuencia jurídica penal, si se atiende al desarrollo legislativo se advierte que son muy pocos los casos en los que se hace necesario que, ante un supuesto de hecho, deba imponerse la consecuencia jurídica, la cual aparece como algo necesario e independiente de la voluntad de los particulares, en cuanto, para evitar la utilización de sistemas inquisitivos, la ley legitima al Ministerio Fiscal para instar la aplicación de la norma, es decir, para que se decrete la consecuencia jurídica, cuando concurre un determinado supuesto de hecho, independientemente de la voluntad de los particulares.

Un repaso al Ordenamiento privado permite encontrar supuestos como los siguientes:

- 1) En algunos procesos matrimoniales, específicamente los relativos a la nulidad matrimonial por las causas que especifica el artículo 74 del CC.

- 2) En los procesos de incapacitación, según el artículo 757.2 LEC, y en el de reintegración de la capacidad, a tenor del artículo 761.2 LEC.
- 3) Para instar la remoción del tutor, según el artículo 248 del CC.

Éstos pueden parecer los únicos casos en los que en nuestro ordenamiento privado la consecuencia jurídica prevista en la norma se impone como necesaria, de modo que, concurriendo el supuesto de hecho, la ley dispone que debe hacerse efectiva la consecuencia jurídica y para ello, manteniendo el principio de ajeneidad, imparcialidad, aplicando el sistema acusatorio, concede legitimación al Ministerio Fiscal.

Resulta así que:

- 1) La consecuencia jurídica sólo puede decretarse por un tribunal y, necesariamente, por medio de sentencia;
- 2) La consecuencia jurídica es en todo caso necesaria, y para su efectividad se legitima al Ministerio Fiscal, el cual, sujeto al principio de legalidad, debe ejercitar el derecho de acción, planteando la pretensión siempre que concurra el supuesto de hecho.

Naturalmente, en estos supuestos queda excluido el arbitraje.

Existen supuestos de pretensiones constitutivas, denominadas no necesarias, en las que, aunque la consecuencia jurídica sólo puede ser establecida por un juez, después de un proceso y por medio de una sentencia, sin embargo, su existencia y planteamiento exige un acto de voluntad de un particular, de modo que, aunque la consecuencia jurídica sólo puede establecerse en sentencia, el inicio del proceso queda sujeto a la discrecionalidad de los particulares, sin que pueda hacerlo el Ministerio Fiscal.

En estos casos, la función jurisdiccional, y su correspondiente proceso, no son necesarias, aunque sí lo sea el que la consecuencia jurídica sólo se establezca por sentencia, ante la no colaboración del demandado.

Por otro lado existen supuestos en los que no es posible otra vía alternativa, y la defensa de esos intereses es necesaria.

En estos supuestos lo normal es que se atribuya legitimación para estar en el proceso al Ministerio Fiscal, el cual, si bien no siempre, puede instar la consecuencia jurídica, y de poderlo hacer no tiene esa facultad con carácter exclusivo, pero sí debe ser parte en el proceso que tienda a obtener una sentencia que se pronuncie sobre la misma.

En otros casos, aún cuando están en juego intereses públicos, independientemente de los privados, y éstos estén acogidos a la iniciativa de los particulares, no es parte en el proceso el Ministerio Fiscal, aunque la consecuencia jurídica sólo se obtiene por medio de sentencia. El supuesto más claro es el de los procesos matrimoniales en los que el Ministerio Fiscal no tiene la condición de parte.<sup>19</sup> Tratándose de la separación o del divorcio el Ministerio Fiscal no es parte, pero la única manera de obtener la consecuencia jurídica que es la separación o el divorcio es por medio de una sentencia.

La situación puede complicarse ante casos que no creo necesario estudiar aquí y ahora.

## 2.5. *La petición, el petitum, por un lado, y la causa de pedir por otro*

En la pretensión que se quiera someter a arbitraje debe atenderse a la petición de la misma, a si esa consecuencia jurídica puede ser lograda por los particulares, por uno de ellos o por el acuerdo de los dos, o si la consecuencia queda excluida de la voluntad de los particulares, los cuales sólo podrán alcanzar esa consecuencia por medio de una sentencia, en cuyo caso se estará ante materia de no libre disposición.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Vid MONTERO AROCA, J. *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, tomo I, pp. 68 y ss.

<sup>20</sup> Insistiendo en lo dicho en páginas anteriores, éste no es el supuesto en que la sentencia es necesaria por la postura del demandado, pues con su colaboración la vía jurisdiccional podría haberse olvidado. Ante su oposición, la sentencia se hace necesaria.

La determinación de la materia de no libre disposición atiende, pues, a la petición como parte integrante de la pretensión, y no suele vincularse a la causa de pedir; siendo ésta indiferente, a los efectos de determinar si se trata de materia de libre disposición. Dicho de otra manera, todas las causas de pedir quedan excluidas del arbitraje si la única manera de lograr una consecuencia jurídica es por medio de sentencia.

Se puede decir que no cabe arbitraje, cuando una consecuencia jurídica sólo puede obtenerse por medio de sentencia, mientras que si los particulares pueden alcanzar esa consecuencia por ellos mismos, nada impide que se alcance también por medio de arbitraje y del correspondiente laudo.

No son susceptibles de arbitraje, pues, las consecuencias jurídicas, previstas en la ley, que sólo puedan ser alcanzadas mediante sentencia, o, dicho de otra forma, sólo puede ser objeto de enjuiciamiento arbitral la consecuencia jurídica, prevista en la ley, que pueda ser lograda por los propios titulares de las relaciones jurídicas.

### 3. LOS ARRENDAMIENTOS Y EL ARBITRAJE

Después de la LAU de 1994, en la que el artículo 39.5 dispuso que las partes podrían pactar el sometimiento de los litigios relativos a los contratos regulados en la propia Ley a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, el debate sobre la arbitrabilidad de los arrendamientos perdió su sentido,<sup>21</sup> aunque pudo seguirse debatiendo sobre aspectos concretos, como el de la sumisión al arbitraje de consumo<sup>22</sup> y, especialmente de la arbitrabilidad del desahucio, en relación al cual se debe distinguir entre lo que es propiamente el «juicio», el proceso sobre la extinción de la relación arrendaticia por falta de pago, al desahucio, que corresponde exclusivamente a los tribunales estatales, y lo que es cualquier materia arrendaticia.

---

<sup>21</sup> MERINO MERCHÁN, J. «El arbitraje en la Ley de Arrendamientos Urbanos». En *RDP*, 1996, pp. 722-735

<sup>22</sup> VATIER FUENZALIDA, C. «Arrendamientos urbanos, arbitraje y arbitraje de consumo». En *La Ley*, 1996, tomo I, pp. 143-154.

El supuesto se presenta de modo especialmente discutido cuando se trata del desahucio,<sup>23</sup> y es lo que me interesa.

La posibilidad del arbitraje en materia de arrendamientos, no supone atribuir a un arbitraje lo que es específico del «juicio», del proceso relativo al desahucio.

El que las partes en un contrato de arrendamiento hayan incluido una cláusula que implique un convenio arbitral, con sometimiento a arbitraje de los litigios relativos al arrendamiento, no creo que suponga la exclusión del «juicio» de desahucio en los términos del artículo 250.1, 1º de la LEC, y no lo creo porque la voluntad de las partes permite excluir el enjuiciamiento y decisión por los tribunales estatales cuando se solicita la tutela plenaria, pero no creo que la pueda excluir cuando se pretenda la tutela sumaria.

Conviene decir en este momento, a título de *obiter dicta* que la tutela sumaria se opone a la tutela plenaria.<sup>24</sup>

La tutela «plenaria» significa que no existe limitación de las alegaciones de las partes, por lo que no hay limitaciones del objeto de la prueba, que puede referirse a todas las alegaciones, ni de las fuentes, ni de los medios de prueba. El tribunal tendrá una cognición plena, por lo que la sentencia que dicte desplegará todos los efectos propios de la cosa juzgada.

La tutela «sumaria» supone limitación en las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba, y en ocasiones, incluso, de las fuentes de prueba a utilizar, y, en consecuencia, de los medios de prueba a practicar, y de la cognición del tribunal, por lo que al centrarse el «juicio» en un aspecto parcial del conflicto existente entre las partes, cabe la po-

---

<sup>23</sup> Vid MUÑOZ GONZÁLEZ, L. «El desahucio arbitral». En *Actualidad Civil*, 1997, n.º 8, pp. 169-182.

<sup>24</sup> Una síntesis de la tutela jurisdiccional plenaria y de la sumaria puede verse en FAIREN GUILLÉN, V. *La transformación de la demanda en el proceso civil*. Santiago

sibilidad de acudir a un plenario posterior en el que se plantee con toda amplitud el conflicto, salvo en lo que ya ha sido enjuiciado.

Lo sumario y lo plenario se refieren no al proceso sino al enjuiciamiento y a las facultades de las partes para alegar y probar, y, en consecuencia, a las posibilidades del tribunal de conocer, de enjuiciar y de decidir.

Así entendidas las anteriores ideas, la conclusión puede ser válida.

Por otro lado, el proceso, como serie continuada de actos, es un instrumento neutro.

Lo ordinario o especial es el procedimiento establecido por el legislador.

A este enjuiciamiento sumario se refiere la LEC cuando habla de «*tutela sumaria*» (artículo 250.1, 4.º, LEC) o de que el tribunal resuelva «*con carácter sumario*» (artículo 250.1, 5.º, 6.º, 10.º y 11.º, LEC).

Más en general, el artículo 447 LEC dice que no surtirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a determinados juicios verbales.

Como exponente de esa sumariedad, en la sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de julio de 2004, se puede leer que,

Como punto de partida se ha de significar que tradicionalmente la jurisprudencia ha venido declarando que el juicio de desahucio es un procedimiento especial y sumario encaminado a reintegrar al dueño de una finca en la posesión que de la misma se haya privado en virtud del contrato locativo, por lo

---

de Compostela: Porto, 1949, *passim*, MONTERO AROCA, J. «Derecho jurisdiccional....». *Op. cit.*, tomo II, pp. 160 y ss., y también en MONTERO AROCA, J. y J. FLORS MATIES. *Tratado de juicio verbal*. Pamplona: Aranzadi, 2004, 2ª ed., pp. 143 y ss.

que su ámbito queda limitado a decidir sobre la procedencia de la acción ejercitada en relación con la persona del demandado, esto es, el derecho del arrendador para instar el desalojo y el del arrendatario para permanecer en su disfrute. Este carácter sumario del juicio de desahucio ha tenido su reflejo en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que si esa naturaleza procedimental comporta una limitación de las alegaciones de las partes, y en ocasiones de los medios de prueba, así como de la cognición judicial, de modo que cabe la posibilidad de acudir a un juicio plenario posterior en el que se plantee la controversia con toda su amplitud, esas peculiaridades se proyectan al juicio verbal contemplado en el artículo 250.1.1 de dicho texto legal. Así encontramos, de un lado, que la sentencia que se dicte no produce efecto de cosa juzgada, según dispone el artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de otro, que el artículo 444.1 del mismo texto legal, establece que cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada, sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. En consonancia con ello, es indudable que la parte apelante está fijando un marco alegatorio y probatorio que no guarda correspondencia con el precepto citado, en cuanto que es evidente que este procedimiento resulta inidóneo para efectuar declaraciones sobre si estamos o no en presencia de un arrendamiento rústico histórico valenciano, o si, en su caso, se ha extinguido el arriendo por inexistencia de la finca arrendada, infiriéndose de ello la improcedencia de las excepciones invocadas.

No obstante, frente a los postulados de esta sentencia, la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guadalajara en sentencia de 25 de febrero de 2004, suavizó los términos al decir que,

Es cierto que es reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que cuando existen otros vínculos distintos a los locativos, cláusulas ajenas o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas y especiales las relaciones entre las partes y hagan muy poco posible la apreciación y trascendencia de las mismas, se produce un desbordamiento del cauce procesal de los juicios de desahucio y hacen a éstos inadecuados e improcedentes para dilucidar las contiendas planteadas por esta vía sumaria, si no se quiere correr el peligro de producir indefensión o error y, sobre todo, de ocasionar con violencia jurídica la resolución del contrato arrendaticio correspondiente sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos, SS.T.S. 14-4-1992, 12-6-1997, que citan otras muchas anteriores, entre ellas las de 17-3-1968, 9-12-1972 y 12-3-1985, e igualmente STS 2-9-1997, no es menos cierto que, como apunta la STS 10-5-1993, tal doctrina no es tan absoluta y rígida que no permita a la Sala, dentro del mismo proceso de desahucio, el



examen aquellas cuestiones estrechamente enlazadas con el contrato subsistente y con su vigencia actual, que sin necesidad de aislar la acción locativa, permita su consideración por integrarse directa o necesariamente en aquella, de modo que la complejidad alegada solo excluirá la resolución en el juicio de desahucio cuando se presenta como definitiva e impeditiva para estimar el desahucio pretendido; en el mismo sentido la STS 14-11-1988, que declaró que, aunque en principio el juicio de desahucio, por su carácter sumario, no permite que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, ello no obsta a que se puedan debatir en el mismo aquellas cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca, o del arrendatario para oponerse al desahucio, están tan íntimamente unidas con el arrendamiento de que se trata, que constituyen supuesto indeclinable de la resolución a que puede haber lugar; no pudiendo olvidar, de otro lado, que la complejidad que impide la decisión en el procedimiento de desahucio es la que surge de la propia naturaleza de las relaciones controvertidas, no la que pretendan introducir con argumentos más o menos confusos los propios litigantes, pues como indicó la STS 15-6-2000 para considerar que el «*thema decidendi*» excede del cauce del juicio de desahucio sería preciso que dicha cuestión no pudiera decidirse con las limitadas pruebas que se pueden aportar en el juicio sumario; añadiendo la STS 3-12-2001 que el supuesto de que la decisión del tema entrañe dificultad, no supone «complejidad» a los efectos expresados porque forma parte del normal objeto del proceso, y por ello es susceptible de debate.

Conocido lo que es un enjuiciamiento sumario, debe decirse inmediatamente que las materias sometidas a ellos quedan excluidas del arbitraje, pero no por razones materiales, sino por razones procesales.

En efecto, las partes de una relación jurídica pueden haber convenido que las controversias que surjan en el desarrollo de esa relación se sometan a arbitraje, pero ello no supone la imposibilidad de solicitar la tutela sumaria, es decir, ese sometimiento al arbitraje no supone que la parte que se considere legitimada no pueda impetrar la tutela jurisdiccional sumaria. El convenio arbitral lo que impide es acudir a la tutela plenaria de un órgano jurisdiccional del Estado, de un tribunal estatal.

Lo que quiero decir es que:

- 1) El convenio arbitral no permite oponer la declinatoria cuando se inicia un proceso, solicitando un enjuiciamiento sumario, y

- 2) La tutela jurisdiccional sumaria no puede ser obtenida mediante el arbitraje, pues este sistema heterocompositivo sólo tiene atribuida la tutela plenaria.

Ante el desahucio, las Audiencias Provinciales han tomado decisiones y posturas muy diversas, al no distinguir la materia arrendaticia y, lo que es el desahucio, a tenor de lo dicho en líneas precedentes.

La Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de 4 de febrero de 1997 y en la posterior de 11 de diciembre de 1998, ante «recursos» de anulación contra el laudo arbitral, admitió el desahucio arbitral, aunque en la segunda sentencia se trataba de algo diferente, como era la resolución del contrato.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de enero de 1998 llegaba a otra solución, aunque basada en cuestionables razones.

La Sala considera que tratándose de normas de idéntico rango y jerarquía, ambas deben conjuntarse en la interpretación del alcance de la facultad de sometimiento a arbitraje de los procedimientos que dimanen de los contratos sometidos a la vigente LAU, la cual contiene normas de carácter procesal, modificación de los artículos 1563, 1566 y 1567, en relación a su vez con el artículo 39.3 de la vigente LAU, manteniendo la anterior redacción del artículo 1561 de la LEC que es el que establece que corresponden a la jurisdicción ordinaria con carácter exclusivo el conocimiento de las demandas de desahucio. Ese precepto que también estaba vigente con la derogada LAU de 1964, que también contemplaba la posibilidad del arbitraje en materia de arrendamiento, fue objeto de interpretación en diversas sentencias del Tribunal Supremo, destacando entre otras la Sentencia de 28 febrero 1962 que mantenía el criterio uniforme de resoluciones anteriores de excluir la vía del arbitraje, declarando nulos los laudos, cuando se trataba de cuestiones relativas a la resolución del contrato de arrendamiento por espiración del plazo contractual, extendiéndose a las acciones que conllevaran a la terminación del contrato cualquiera que fuese la normativa por la que se rigieran, atribuyendo exclusivamente la competencia a los órganos jurisdiccionales. Ese criterio debe mantenerse en la nueva LAU, no sólo por los antecedentes jurisprudenciales existentes, sino también por la existencia de un amplio criterio doctrinal de excluir el arbitraje en todos aquellos supuestos que impliquen resolución y lanzamiento del arrendatario. Con independencia de otros argumentos, la par-

ticularidad de la regulación procesal del desahucio tiene, difícil encaje, en el procedimiento arbitral, pues quedarían sin regulación específica el ejercicio de la facultad de enervación de la acción resolutoria, a los efectos procesalmente establecidos para el supuesto de incomparecencia del demandado a las dos citaciones practicadas para su comparecencia en juicio, por lo que procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia en ese particular pronunciamiento.

En efecto, la sentencia parece justificar la exclusión del arbitraje en que el artículo 1561 de la LEC de 1881 disponía que el desahucio correspondía a la «jurisdicción ordinaria», cuando como he dicho, lo correcto hubiera sido atender a que mediante el proceso iniciado en virtud de pretensión de desahucio se interesaba sólo una tutela sumaria.

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que una cosa es el enjuiciamiento de desahucio en sentido estricto, con las limitaciones que lo hacen sumario, y otra diferente es que en el arbitraje se pretenda la resolución del contrato de arrendamiento por cualquier causa, como puede ser el subarriendo o incluso la falta de pago, siempre que sobre ello se pretenda una decisión, laudo, con eficacia plena de cosa juzgada, esto es, una decisión plenaria.

Por lo mismo, deben manejarse con cuidado las sentencias que se pronuncian sobre la posibilidad del arbitraje en materia de arrendamiento.

Por ejemplo, puede leerse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de diciembre de 2000, que las cuestiones planteadas en la demanda arbitral fueron «la de resolución por cesión o subarriendo inconsentido del contrato de arrendamiento de industria celebrado entre las partes en fecha 10 de noviembre de 1987 y correlativo desahucio de la finca arrendada, por resultar así del artículo 1561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cuando, efectivamente, no se puso en juego la pretensión típica de desahucio, en el sentido del enjuiciamiento especial y sumario.

Por ello, la sentencia pudo estimar que el arbitraje recayó sobre materia propia del mismo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de abril de 2000 consideró que podía someterse a arbitraje, no sólo la interpretación y determinación del contenido de un contrato de arrendamiento, sino también todo lo concerniente a su ejecución y también la resolución por incumplimiento.

Aunque no entra a determinar el problema del desahucio, ni se cuestiona la tutela sumaria, la sentencia entiende que cabe someter a los árbitros cualquier cuestión arrendaticia.

En todos estos casos, la sentencia que se dicte en el proceso acomodado al procedimiento verbal con enjuiciamiento sumario no impide la posibilidad de acudir a un arbitraje posterior, al existir cosa juzgada limitada al objeto del enjuiciamiento.

En la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería de 18 de febrero de 2002 se dijo que,

La cuestión referente a la necesidad de acudir al arbitraje de acuerdo con lo previsto en la cláusula 10 del Contrato de arrendamiento de Vivienda, no puede encontrar progreso en cuanto que la misma está dispuesta literalmente para «someter cuantas diferencias puedan surgir como consecuencia de la interpretación del presente contrato» y, evidentemente, la extinción del contrato, cual es la solicitud que contiene la demanda, por impago de la renta, resolución que conlleva el lanzamiento del inquilino o arrendatario, es cuestión que excede de la mera interpretación, quedando reservada para la exclusiva resolución judicial, única competente según la Ley de Arrendamientos Urbanos. De tal manera, la indicada excepción opuesta al amparo del artículo 533.8 de la anterior LEC no podía prosperar.

No obstante lo dicho, lo cierto es que el desahucio y el arbitraje ejercen una atracción digna de ser tenida en cuenta, pues es tema que está en la calle. El pasado 16 de febrero de 2006 se publicaba en un conocido medio de comunicación escrita, el siguiente artículo.<sup>25</sup>

La esterilidad de las medidas legales para ampliar el parque de viviendas en alquiler ha propiciado que el sector privado busque garantías jurídicas para

---

<sup>25</sup> «Los desahucios de los pisos se resolverán con arbitraje», firmado por L. Ramírez y publicado en EXPANSIÓN, Economía y Política - Economía Europea 16/02/2006.

sacar los pisos al mercado fuera de la política estatal. Y el medio elegido ha sido el arbitraje, un sistema para evitar los largos procesos legales para lograr desalojar a los inquilinos morosos.

Más de 500 inmobiliarias se han registrado en el Plan Nacional de Alquiler Garantizado (PNAG) y, más de un millar de nuevas franquicias (y los agentes de la propiedad) han solicitado su incorporación al programa, entre las cuales destacan Tecnocasa, Don Piso, Inmocasa, Look&Find, Era España, RE/MAX, Arsa y Expofinques.

De hecho, más de 12.000 propietarios de toda España han puesto ya en alquiler sus inmuebles a través del PNAG, una iniciativa privada desarrollada específicamente por la Corte de Arbitraje Económico de Derecho y Equidad, organismo arbitral con funciones de interés público y competencias en todo el territorio español encargado de gestionarlo.

El sistema es sencillo: arrendador y arrendatario se comprometen a no emplear la vía judicial para solucionar cualquier contencioso, recurriendo al arbitraje mediante la firma de unas garantías (con un coste de 42 euros), que acompañan al contrato de alquiler, y aseguran a los propietarios el pago de la renta y de los gastos por servicios o suministros, así como de los daños producidos por un mal uso del inmueble, y la recuperación inmediata del piso si se incumple el contrato.

Además, el arrendador evita iniciar otro tipo de acciones legales, que pueden tener una duración de 4 años. El arbitraje facilita también el desalojo del inmueble si se interrumpen los pagos, cuando ahora un arrendatario puede estar hasta un año en el piso sin pagar un solo euro.

La iniciativa tiene una doble vertiente, ya que el arrendatario también recibe garantías, tales como un precio cierto y determinado de antemano, el cumplimiento íntegro del contrato de alquiler (obteniendo justicia sin coste alguno) y la homogeneidad de la normativa.

Según el Secretario General de la Corte de Arbitraje Económico de Derecho y Equidad, Mario Navarro Rubio, el plan es un conjunto de medidas puestas en marcha a la vista de las conclusiones de los estudios realizados sobre la situación del mercado de alquiler en España (representa el 10% del total del mercado inmobiliario), que manifiestan la necesidad de mejorar (en sentido práctico) la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, para que los contratos de arrendamiento se cumplan de forma inmediata y se eliminen todos los costes de tener que ir a juicio, sin la necesidad de contratar un abogado o procurador.

En segundo lugar, permite la participación del sector profesional para (reactivar un mercado que se encontraba en una situación precaria para lo que debería ser). A juicio de Navarro Rubio, su divulgación a la ciudadanía mediante las campañas institucionales necesarias debe romper el clima de atonía que hay en España, por el cual hay cerca de tres millones de pisos vacíos.

No obstante, desde el Ministerio de Vivienda no se está apoyando esta iniciativa, a pesar de que la Corte de Arbitraje tiene funciones de interés público.

Fuentes del departamento ministerial que dirige María Antonia Trujillo admitieron que el Gobierno no participa en el proyecto. A pesar de la falta de apoyo público, desde la organización arbitral se recuerda que el plan es compatible con los proyectos de las administraciones a nivel estatal, autonómico y local.

Los objetivos son, sobre todo, de tipo macroeconómico: casar la oferta latente de un parque total de viviendas que se podrían alquilar con la demanda y, de esta forma, favorecer la movilidad geográfica a nivel laboral, que hoy por hoy se hace, en muchos casos, inviable.

El artículo es un breve comentario como consecuencia del denominado Plan Nacional de Alquiler Garantizado (PNAG), título del plan que puede sugerir en la mente de muchas personas que el Estado es el autor del PNAG, lo que no es cierto, pues su autor es una entidad arbitral privada, y el plan de arbitraje es privado en el ámbito inmobiliario, concretamente enfocado al mercado de alquiler, que el Estado desea promocionar, y está promocionando, activamente, pero no bajo nombre de «Plan Nacional de Alquiler Garantizado».

El Ministerio de Vivienda ya promocionó el mercado de alquiler residencial a través de la Sociedad Pública de Alquiler, un organismo dependiente del Ministerio, creado por el Consejo de Ministros el 8 de abril de 2005 y responsable de fomentar el alquiler residencial en el país a tenor de lo establecido en el Plan de Vivienda 2005-2008, que es un plan del Gobierno pero que no es un plan de arbitraje inmobiliario privado.

En resumen, se puede hablar de un plan del Gobierno y de un Plan de Vivienda 2005-2008, y un plan de arbitraje privado (PNAG) que nada tiene que ver con el Gobierno, pues el PNAG es, efectivamente, una iniciativa privada, ajena al Gobierno, como aparece claramente dicho en el citado artículo al indicar *«que desde el Ministerio de Vivienda no se está apoyando esta iniciativa»*, y, a renglón seguido decir que *«fuentes del departamento ministerial que dirige María Antonia Trujillo admitieron que el Gobierno no participa en el proyecto»*.

La resolución extrajudicial de disputas entre arrendador y arrendatario no forma parte del Real Decreto 801/2005 de 1 de julio de 2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

No hay en este Real Decreto ni una sola referencia al arbitraje, o a la mediación, como métodos alternativos para la resolución de conflictos.

De hecho las palabras «conflicto», «disputa», «arbitraje» o «*extrajudicial*» no aparecen en el texto del Decreto.

El 13 de julio de 2005 el Ministerio de Vivienda presentó el Plan de Vivienda 2005-2008, pero en el documento de presentación de dicho Plan no se hizo referencia en ninguna de sus 40 páginas a la resolución extrajudicial de conflictos.

Simple y llanamente no hay una entidad arbitral con apoyo expreso ni del Ministerio de Vivienda ni de la Sociedad Pública de Alquiler.

Si saliese a la calle y a través de una singular encuesta preguntase ¿qué le preocupa al propietario de una vivienda?, la respuesta mayoritaria sería la de que le paguen el alquiler en plazo, que no se haga un uso indebido del inmueble y que no le destrocen la vivienda; que terminado el plazo el inquilino abandonase inmediatamente el inmueble, y que ese abandono fuese lo más inmediato posible en caso de falta de pago de las cantidades asumidas.

No le importa mucho más.

Como consecuencia de estas preocupaciones, la práctica totalidad del «*marketing*» del arbitraje inmobiliario en España se está dirigiendo a los propietarios de inmuebles con un mensaje central y descarado «*desahucio rápido y barato del moroso*».

¿Por qué?, porque es el arrendador quien propone el contrato y le gusta la idea del arbitraje en defensa de sus intereses. Ésta y no otra es la meta del arbitraje inmobiliario.

¿Alguna campaña de marketing en materia de arbitraje inmobiliario se dirige al arrendatario?

La realidad es que la defensa en arbitraje de los derechos del arrendatario es marginal en comparación con el esfuerzo que se realiza para

que el arrendador opte por incluir una cláusula de arbitraje en el contrato de alquiler.

Por ello, en la práctica se está estudiando, incluso, llevando a la práctica, contratos que lleven incorporada la cláusula de arbitraje, al margen del criterio que sobre ello tenga el arrendatario.

Estaríamos ante un arbitraje entre particulares en el que un particular quiere imponer a otro la cláusula de arbitraje como exigencia del contrato.

El PNAG no es la única opción de arbitraje inmobiliario en España, pues hay otras entidades operando e interesadas en este ámbito concreto.



**PARTE IV. EL ARBITRAJE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL  
Y EL ENTORNO JURÍDICO DE NUESTROS DÍAS**



## CAPÍTULO 19

### ARBITRAJE Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Jorge Luis Collantes González



# Capítulo 19

## ARBITRAJE Y DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Jorge Luis Collantes González*

Introducción.— I. El arbitraje en el marco de un Derecho Internacional Interestatal.— II. El arbitraje en el Derecho Diplomático y Consular.— III. El arbitraje ante la aparición de nuevos sujetos de Derecho Internacional.— 3.1. Incidencia del arbitraje en el Derecho Internacional Económico.— 3.2. Arbitraje y organizaciones internacionales.— IV. El arbitraje y los sujetos *sui generis* de Derecho Internacional.— V. Las medidas provisionales de instancias arbitrales.— VI. Reflexiones finales.

### INTRODUCCIÓN

Decir que el Derecho Internacional Público (DI) se entiende como un sistema que regula las relaciones entre los sujetos de la Comunidad Internacional es un obligado punto de partida para desarrollar el tema del arbitraje en el Derecho Internacional público. Pues, el DI tiene como funciones ser una garantía de la independencia de los Estados, la coexistencia y la cooperación.<sup>1</sup> En esa coexistencia entre Estados aparecen conflictos, tal cual ocurre entre las personas y entre las sociedades mercantiles en el día a día de la sociedad civil.

---

<sup>1</sup> Vid. CASANOVAS LA ROSA, O. «Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público». En *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, p. 195; CARRILLO SALCEDO, J. «Funciones del Derecho Internacional 1998, contemporáneo: Garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados». En MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 1, 1999, pp. 251 y ss.

Si bien hay precedentes arbitrales desde la antigüedad,<sup>2</sup> en el DI público se reconoce el origen del arbitraje en los acuerdos entre Inglaterra y los Estados Unidos, concretamente el Tratado de Jay de 1794, el cual si bien no zanjaba definitivamente la polémica entre ambos, sí tenía el mérito de prever Comisiones Mixtas. Posteriormente, el Tratado de Gante de 1814 dio lugar nuevamente al uso de Comisiones Mixtas para el tema de los asuntos limítrofes entre la metrópoli y las antiguas colonias.

En conexión con el Tratado de Jay, hubo otro hecho que impulsó el arbitraje: el *Asunto Alabama*, en el cual Estados Unidos y Gran Bretaña volvían a ventilar sus controversias, esta vez por la presunta violación de las obligaciones británicas de mantenerse en neutralidad.

Posteriormente, la multilateralidad en escena dio lugar a que los Estados se plantearan una institucionalización del arbitraje y, en esta línea, en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899 se adoptó la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, en la cual se reguló el arbitraje. Esta Convención dio lugar a la Corte Permanente de Arbitraje, la que se estableció en 1900 y comenzó sus funciones en 1902. La Convención fue revisada en 1907 y se instaló en el *Peace Palace* de La Haya en 1913.

En lo que a composición de instancias arbitrales se trata, no es extraña la figura del árbitro único en el DI público. La instancia arbitral puede ser un órgano colegiado, pero puede también tratarse de un árbitro único, y ello dependerá del arbitraje que se trate (*institucional o ad hoc*). La historia de árbitros únicos no es novedosa y así, por ejemplo, en 1901 el Rey de Italia fue designado como árbitro por Inglaterra y Brasil en la controversia sostenida por la frontera de la Guyana Británica. En el marco multilateral, la Convención Hidrográfica Internacional de 1967 consideró la figura del árbitro único y el Acuerdo sobre el Establecimiento de la Organización Meteorológica del Caribe hizo lo mismo.

---

<sup>2</sup> Para un extenso y preciso recorrido sobre el arbitraje previamente al Tratado de Jay, véase DREYFUS, F. *L'arbitrage international*. París, 1892, pp. 3 y ss.

Asimismo, la aparición y el reconocimiento —junto al Estado— de nuevos sujetos de DI como las organizaciones internacionales, los particulares, los pueblos y otros actores de la sociedad internacional han dado lugar a una innovación en lo que a Partes en los arbitrajes internacionales se refiere. Las Partes en los litigios arbitrales ya no sólo son los Estados y, posiblemente, el ejemplo más elocuente sea el auge de los llamados *arbitrajes mixtos*, aquéllos en los que litigan Estado y particular, y en los que se ventilan temas y se aplican reglas de DI económico.

En la presente aportación, desarrollaremos el arbitraje en el DI en torno a los sujetos del mismo y en los distintos sectores del mismo.

## I. EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE UN DERECHO INTERNACIONAL INTERESTATAL

De todos es conocida la vigencia de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el arreglo pacífico de controversias entre Estados. El artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas señala:

«Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

En este sentido, los Estados tienen una gama de mecanismos para dirimir sus controversias, tal como expone en el Capítulo VI de Carta de la organización, como las negociaciones, la mediación, la conciliación, el recurso a organismos internacionales, la vía judicial y el arbitraje, y son libres de elegir entre ellos en virtud del *principio de libre elección de medios*.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, *el arbitraje*, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección (artículo 33).

Sin pretender entrar al tema de la fragmentación del DI, ni poner en duda la unidad del DI, haremos un recorrido por las distintas parcelas de la disciplina y expondremos las previsiones de arbitraje que se han hecho diversos tratados internacionales.

En el contexto del DI de los *derechos humanos* y del *DI Penal*, la Convención contra la Tortura de 1985, que establece un tipo penal y normas de jurisdicción para este crimen, prevé una cláusula arbitral ante eventuales controversias que la Convención pudiera dar lugar. El artículo 30.1 reconoce que:

Artículo 30.1. -«Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte».

La posibilidad de plantearse un arbitraje —con críticas, observaciones y demás— en torno a la Convención contra la Tortura se puso de manifiesto en el *Asunto Pinochet*, respecto de la jurisdicción universal pretendida por la Audiencia Nacional Española. Sin embargo, el planteamiento de un arbitraje no llegó más allá y como es sabido el antiguo Jefe de Estado de Chile acabó siendo devuelto desde Londres a su país.

Al respecto, a simple lectura de un arbitraje en materia de DI penal no sería raro que suspicazmente pudiéramos pensar que un arbitraje podría prestarse a encaminar un deseo —por una de las Partes o más— de sustraer de la justicia penal un asunto relacionado con la tortura, lo cual, a su vez, implicaría un posible enfrentamiento entre el artículo 30.1 de la Convención contra la Tortura que establece el arbitraje como medio de solución de controversias y las normas de *ius cogens* en el marco del DI de los derechos humanos. La particularidad del caso es que, precisamente, esa cláusula arbitral se inserta dentro un mismo texto que pertenece al DI de los derechos humanos.



Por su parte, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, al referirse a los Tratados que están en oposición con una norma imperativa de DI General (*jus cogens*) establece que:

**Artículo 53.-** «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter».

¿Es jurídicamente imposible el arbitraje en el marco de la protección internacional de los derechos humanos? El asunto no sería tan espinoso si centráramos el arbitraje en cuestiones de jurisdicción y no en lo que proceso penal contra una persona se refiere. Pues, al margen de lo poco posible de que sea un arbitral quien ventile un proceso penal internacional, si bien es cierto que existen normas relativas a la jurisdicción penal de los Estados en la misma Convención contra la Tortura,<sup>4</sup> estas normas no están libres de ser percibidas bajo diferentes puntos de vista, lo cual podría crear controversias entre Estados que, por ejemplo, al mismo tiempo podrían atribuirse jurisdicción de manera preferente, siendo en este sentido necesario resolverse el tema de jurisdicción toda vez que ninguna persona podría ser procesada y castigada dos veces para satisfacer a ambos Estados (*non bis in idem*).

---

<sup>4</sup> Vid artículos 5, 6, 7 y 8. Principalmente, el artículo 5 señala que:

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos [...] en los siguientes casos:
  - a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
  - b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
  - c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.
2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición [...]
3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales».

En este sentido, el arbitraje podría ser mucho más beneficioso que un proceso ante la CIJ, en el sentido de que el mecanismo jurisdiccional ante la CIJ podría tardar varios años y, posiblemente, la persona sobre quien dos Estados pretendan ejercer jurisdicción se encuentre en prisión preventiva o bajo otra medida provisional en un tercer Estado.<sup>5</sup> El problema de tiempo al acudir ante la CIJ —de cara a preservar la presencia del imputado en un juicio en alguno de los Estados y evitar su fuga— podría conllevar a que al procesado no se le puedan seguir aplicando medidas provisionales si la legislación del Estado en donde se encontrara, no permitiera la prolongación de tales, ante lo cual no quedaría otra opción que su puesta en libertad y lo cual, a su vez, podría dar lugar a su fuga y refugio en otro Estado ¿Acaso en estas circunstancias el arbitraje no juega un papel de protector indirecto de los derechos humanos que se pretenden tutelar penalmente?.<sup>6</sup>

En el marco del *DI del Mar*, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (CNUDM) prevé el arbitraje entre los procedimientos a elegir y no sólo contemplándolo en el *corpus iuris*<sup>7</sup> sino también regulándolo en los Anexos VII y VIII, los cuales desarrollan incluso normas de procedimiento.

El artículo 287.1 de la CNUDM, relativa a elección de procedimientos de solución de controversias, señala que:

Artículo 287.1.- «Al firmar o ratificar esta Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios siguientes para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención:

---

<sup>5</sup> Piénsese que la controversia es entre Estado «A» y Estado «B», mientras el acusado está en un Estado «C». Y en paralelo hay más Estados que pretenden ejercer jurisdicción.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que una instancia arbitral podría aplicar no sólo la misma Convención, sino también el DI consuetudinario o los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, o de Crímenes de Lesa Humanidad de 1973.

<sup>7</sup> El artículo 188, que aborda el sometimiento de controversias a una sala especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a una sala *ad-hoc* de la Sala de

- a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar [...]
- b) La Corte Internacional de Justicia;
- c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;
- d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican».

Interesantemente, el artículo 287.3 de la CNUDM señala que:

---

Artículo 287.3.- «Se presumirá que el Estado Parte que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII».

Y el artículo 287.5 establece que:

---

«Controversias de los Fondos Marinos o a arbitraje comercial obligatorio estima que:

1. Las controversias entre Estados Partes a que se refiere el apartado a) del artículo 187 podrá someterse:
  - a) Cuando lo soliciten las partes en la controversia, a una sala especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que se constituirá de conformidad con los artículos 15 y 17 del Anexo VI; o
  - b) Cuando lo solicite cualquiera de las partes en la controversia, a una sala *ad-hoc* de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, que se constituirá de conformidad con el artículo 37 del Anexo VI.
2. a) Las controversias relativas a la interpretación o aplicación de un contrato mencionadas en el inciso i) del apartado c) del artículo 187 se someterán a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a arbitraje comercial obligatorio, a menos que las partes convengan en otra cosa. El tribunal arbitral comercial al que se someta la controversia no tendrá competencia para decidir ninguna cuestión relativa a la interpretación de la Convención. Cuando la controversia entrañe también una cuestión de interpretación de la Parte XI y de los anexos referentes a ella, con respecto a las actividades en la Zona, dicha cuestión se remitirá a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos para que decida al respecto;
- b) Cuando, al comienzo o en el curso de un arbitraje de esa índole, el tribunal arbitral comercial determine, a petición de una parte en la controversia o por propia iniciativa, que su laudo depende de la decisión de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, el tribunal arbitral remitirá dicha cuestión a esa Sala para que decida al respecto. El tribunal arbitral procederá entonces a dictar su laudo de conformidad con la decisión de la Sala;
- c) A falta de una disposición en el contrato sobre el procedimiento de arbitraje aplicable a la controversia, el arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI u otro reglamento sobre la materia que se establezca en las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad, a menos que las partes en la controversia convengan otra cosa».

«Si las partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII, a menos que las partes convengan en otra cosa».

El arbitraje se presenta así, pues, en la CNUDM como un mecanismo aparentemente *obligatorio-subsidiario*. No obstante, tal aparente obligatoriedad se ve diluida y no es tal, ya que al tratarse de un texto convencional, sus normas de jurisdicción están supeditadas a la voluntad de los Estados de adherirse o no.

En el marco del *DI del espacio aéreo*, la Convención sobre la Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1944 creó los órganos de la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI), entre éstos el Consejo. El Consejo tiene entre sus funciones examinar todo asunto relativo a la Convención que le someta un Estado Parte.

El Convenio de 1944 prevé que en caso de incumplimientos y controversias, el Consejo ha de solucionar la controversia surgida (artículo 84) y, además, establece un procedimiento de arbitraje. Señala el artículo 85 que:

**Artículo 85.-** «Si un Estado contratante, parte en una controversia en que se ha apelado de la decisión del Consejo, no ha aceptado el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia y si los Estados contratantes partes en la controversia no pueden concordar en la elección del tribunal de arbitraje, cada uno de los Estados contratantes partes en la controversia designará un árbitro y estos nombrarán un tercero. Si cualquier Estado contratante parte en la controversia no nombra un árbitro dentro de tres meses desde la fecha de apelación, el Presidente del Consejo designará por tal Estado un árbitro, de una lista de personas calificadas y disponibles que lleve el Consejo. Si dentro de treinta días los árbitros no pueden convenir en el tercero, el Presidente del Consejo lo designará de la lista antedicha. Los árbitros y el tercero se constituirán entonces en tribunal de arbitraje. Todo tribunal de arbitraje establecido según el presente Artículo o el anterior adoptará su propio procedimiento y pronunciará sus decisiones por mayoría de votos, entendiéndose que el Consejo podrá decidir cuestiones de procedimiento en caso de dilaciones que, en su opinión fuesen excesivas».<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Ha de tenerse en cuenta que si bien la Convención de 1944 habla de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el artículo 92 de la Carta de Naciones Unidas reconoce que el Estatuto de la CIJ está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Por otro lado, también en el ámbito del DI regional los Estados han reconocido en el arbitraje a un mecanismo pacífico de solución de conflictos, tal como se puede ver en la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 25) o en la Carta de la Organización de la Unidad Africana (artículo XIX).

## II. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

La codificación del Derecho Diplomático y Consular toma fuerza con la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Ambas Convenciones otorgan inmunidades a los Estados (legaciones) y a su personal, lo cual da lugar a que ante demandas de particulares la justicia de los Estados no pueda conocer del asunto si observara inmunidad de jurisdicción, ya sea de oficio, o ya sea porque cuando el juzgado haya trasladado la demanda al demandado, en la contestación, la Misión o el diplomático hayan alegado inmunidad.

La situación arriba descrita admite excepciones, tales como la renuncia a la inmunidad y la reconvención, entendiéndose que ante esta última no cabe, posteriormente, alegar inmunidad de jurisdicción puesto que se ha renunciado tácitamente a ella.

Aunque cabe la figura de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, esta situación es compleja en la medida en que tal renuncia no sólo implica la decisión de los diplomáticos que la toman o de la Misión, sino que, también, puede estar supeditada al parecer del Estado que les acredita en otro Estado y/o en función de una política exterior o de unas circunstancias determinadas.

Lo cierto es que no es muy decoroso para una Misión o un agente diplomático tener que comparecer como demandado ante la justicia del Estado en el que representa a su país y máxime si ello va aparejado

de una pompa periodística. Es decir, que si bien quien se considere perjudicada por un agente diplomático o una legación pueden tener el inconveniente de la inmunidad de su demandado, para el diplomático y la Misión no sería de mucho agrado ver cómo la alegación de su inmunidad no genera la mejor opinión entre los ciudadanos, quienes, a su vez, en su mayoría ignoran que tales inmunidades no pretenden favorecer a nadie sino en facilitar el ejercicio de las funciones encomendadas por sus Estados.

Ante esta situación, el arbitraje se erige como el mecanismo idóneo en cuanto que entraña, por un lado, un proceso discreto y, por otro, permite al diplomático mantener el decoro que debe acompañarle en su día a día en el sentido de que está dispuesto a reparar un daño si se determina su responsabilidad.

Por otro lado, y en conexión con el arbitraje entre Estados, en el Derecho Diplomático y Consular el arbitraje también está llamado a dirimir conflictos. Pues, el Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 indica que las partes en una controversia «podrán convenir en recurrir a un tribunal de arbitraje en vez de recurrir a la Corte Internacional de Justicia» (artículo II) y en este mismo sentido se estipula un arbitraje en el Protocolo de Firma Facultativa de la Jurisdicción Obligatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (artículo II).

### III. EL ARBITRAJE ANTE LA APARICIÓN DE NUEVOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

#### *1.1. Incidencia del arbitraje en el Derecho Internacional Económico*

En lo que respecta a nuevos sujetos de DI, importa señalar que las compañías de actividad trasnacional cobran cierta subjetividad en la medida en que éstas y los Estados pueden tratarse de tú a tú en el marco de procedimientos arbitrales. El caso paradigmático es el sistema arbitral instituido mediante el sistema del Convenio de Washing-

ton de 18 de marzo de 1965 sobre Diferencias entre Estados Parte y Nacionales de Estados Parte (CIADI).<sup>9</sup>

El sistema arbitral del CIADI permite que los particulares, sean personas físicas o jurídicas, pueda constituirse como Parte en un proceso arbitral y, a la vez, se presenta como un sistema excluyente de todo mecanismo de solución de controversias.

El artículo 26 del Convenio de Washington señala que:

Artículo 26.- «Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con *exclusión* de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio».

En estos procesos arbitrales, los Estados Parte del Sistema del CIADI ven recortada la posibilidad de brindar protección diplomática a sus nacionales<sup>10</sup> considerados como inversores internacionales, toda vez que el artículo 27 del Convenio de Washington señala que:

Artículo 27.- «1. Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

2. A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia».

---

<sup>9</sup> Al respecto, véase el trabajo de Claros Alegría en las siguientes páginas de este libro.

<sup>10</sup> Vid DIEZ-HOCHLEITNER. «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones». En VVAA, *El Derecho Internacional. Normas, hechos y valores. LIBER AMICORUM* José Antonio Pastor Ridruejo. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 499-503.

No obstante, aun cuando los laudos arbitrales del CIADI (y otras instancias arbitrales) son de obligado cumplimiento, los particulares no tendrían otra opción que la protección diplomática del Estado del que son nacionales ante una negativa de cumplir un laudo por parte de las autoridades de un Estado condenado.

En conexión con el arbitraje y la protección diplomática, ante la elección entre prever un arbitraje y acudir a la protección diplomática, importa señalar que el arbitraje presenta ventajas. Pues, si bien la protección diplomática es la actividad desplegada por un Estado encaminada a que el DI sea respetado en la persona de sus nacionales,<sup>11</sup> ésta exige requisitos, tales como el nexo de la nacionalidad del Estado que la ejerce y el agotamiento de los recursos internos (*local remedies*). Así, entre otros casos, en la Sentencia sobre el *Asunto Mavrommatis*, que enfrentó a Grecia y Reino Unido, la Corte Permanente de Justicia Internacional precisó que «[...] no hay que plantearse si en la raíz del litigio existe una lesión a un interés privado, lo cual sucede en muchas diferencias entre Estados. Desde que un Estado asume la defensa de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, ésta reconoce como litigante solo al Estado».<sup>12</sup> Asimismo, también la Sentencia de la CIJ sobre el *Asunto Barcelona Traction* señaló que los Estados poseen un poder discrecional sobre la PD, cuyo ejercicio puede depender de consideraciones de orden político «ajenas al asunto concreto».<sup>13</sup>

A la luz del DI, el nexo de la nacionalidad no obliga a los Estados a brindar protección diplomática a sus inversionistas en el exterior. Al ejercer un derecho que le es propio, el Estado vela por sus propios intereses aun cuando tal ejercicio implique un beneficio para el protegido. Asimismo, la regla de los *local remedies* podría implicar un largo

---

<sup>11</sup> Vid. COLLANTES GONZÁLEZ. «La protección diplomática entre los mecanismos de protección de inversión extranjera (Apropósito del Derecho de las reclamaciones internacionales)». En COLLANTES GONZÁLEZ, J. *Temas Actuales de Derecho Co-mercial*. Trujillo: Normas Legales, 2004, pp. 849 y ss.

<sup>12</sup> *Hague Permanent Court of Justice. Publications. SÉRIE A. n.º 2*, p. 12.

<sup>13</sup> *Recueil CIJ*, 1970, p. 43.



camino jurisdiccional que recorrer dentro de la justicia del Estado, con el cual el particular mantiene una diferencia. En este sentido, la protección diplomática aparece como un mecanismo lento, supeditado a la justicia ordinaria y ajeno al inversor que la pretende, ante lo cual la opción de un arbitraje —sin necesidad de que agote la vía interna— aparece como un mecanismo rápido y donde el particular litiga en una instancia ajena al Estado con el cual mantiene una controversia y por sus propios intereses.

En otro ámbito de solución de controversias de índole económica-comercial, como la OMC, el arbitraje aparece como un mecanismo alternativo al sistema de solución de diferencias, lo cual junto a lo arriba expuesto, denota que el desarrollo del DI económico va aparejado del recurso a la institución arbitral.<sup>14</sup>

### *1.2. El arbitraje y organizaciones internacionales*

Las organizaciones internacionales aparecieron en el escenario cuando aparecen las conferencias multilaterales y son creadas por medio de tratados internacionales. Sobrino Heredia las define como unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta a los de sus miembros.<sup>15</sup>

Respecto de las controversias que pudieran surgir de los tratados celebrados entre organizaciones internacionales, la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986 reconoce, al arbitraje.

---

<sup>14</sup> Al respecto, véase el trabajo de López Barrero en las siguientes páginas de este libro.

<sup>15</sup> En DIEZ DE VELASCO. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos. 1997, p. 41.

En relación a las organizaciones internacionales, también conviene recordar que éstas tienen sede en el territorio de un Estado, en virtud de un acuerdo de sede, tienen también representaciones en diferentes países, así como personal al que acreditan y representaciones que se acreditan ante éstas y, además, pueden celebrar entre sí mismas tratados sujetos al DI.

Los acuerdos de sede suelen tener cláusulas arbitrales. De esta manera, se subsana de alguna forma el vacío jurisdiccional respecto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y se evita que los tribunales estatales tengan la «exclusividad» de un asunto.

En conexión con lo expuesto, el caso de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre el *Asunto de la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de las Naciones Unidas*, es bastante llamativo. En este asunto la CIJ concluyó en que no existían razones para no concluir en que existía una controversia entre Naciones Unidas y Estados Unidos, en relación al acuerdo de sede.

En lo que a arbitraje y solución de controversias entre Estados y organizaciones internacionales se refiere, éste es un mecanismo por excelencia, ya que, como lo hemos indicado, las organizaciones internacionales carecen de *ius standi* ante la CIJ y otras instancias internacionales en vía contenciosa.

#### IV. EL ARBITRAJE Y LOS SUJETOS *SUI GENERIS* DE DERECHO INTERNACIONAL

La Comunidad Internacional de nuestros días no sólo está compuesta por Estados y organizaciones internacionales. En este sentido, hemos de tener presente a otros sujetos, los llamados «sujetos atípicos» de DI como la Santa Sede o la Soberana Orden de Malta, los cuales mantienen presencia en el escenario internacional incluso con anterioridad a la conformación de muchos Estados o de la misma aparición del Estado como modelo de organización política.

En cuanto a la Santa Sede, es notoria su participación en arbitrajes y otros mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, así como en propuestas de arbitraje. Un breve ejemplo de ello es la propuesta que hizo Paulo VI sobre la paz en Vietnam (1966) o tal como ocurre con la intervención del Papa en arbitrajes como el arbitraje de León XIII en la disputa entre Alemania y España sobre las Islas Carolinas (1885), el recurso al arbitraje papal en la controversia fronteriza entre Haití y la República Dominicana (1895), el arbitraje entre Colombia y Ecuador sobre fronteras (1906), o el arbitraje para la diferencia territorial entre Chile y Argentina (1994).

Asimismo, cabe citar el recurso al arbitraje por la Soberana Orden de Malta. La Orden de Malta y el Estado de Malta celebraron el Acuerdo de 11 de diciembre de 1998, respecto de la cesión del Fuerte Sant'Angelo a la Orden. En el artículo 14 de este Acuerdo, ambas Partes convinieron un arbitraje según el Derecho Internacional como el medio de solución de eventuales controversias.

## V. LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE INSTANCIAS ARBITRALES

En el Derecho Internacional, las medidas provisionales cumplen una función de poner a salvo situaciones que, de no ser preservadas, podrían incidir negativamente en el proceso y en la resolución que se adoptara en el sentido de que a través del tiempo se podrían variar situaciones, objetos o incluso personas que pueden llegar a hacer que las decisiones sean resoluciones meramente líricas. Con estas medidas se salvaguardan los intereses de las partes, pero el tema no deja de ser espinoso y la doctrina internacionalista reconocía la dificultad de determinar —bajo concepto— la naturaleza vinculante de las medidas provisionales.

En el presente milenio, la CIJ mediante su Sentencia de 27 de junio de 2001 sobre el *Asunto LaGrand*, reconoció por primera vez el valor vinculante de estas medidas, si bien ya de anteriores decisiones podría desprenderse lo mismo, pero no con la contundencia de la citada jurisprudencia.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vid POZO SERRANO. «La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto LaGrand». En *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2001, pp. 443, nota al pie 1.

En lo que al sistema CIADI se refiere, las medidas provisionales fueron contempladas en el Convenio de Washington. El artículo 47 del Convenio señala que:

«Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes».

La redacción del artículo 47 fue objeto de discusiones en tanto que su tenor literal habla de «recomendar». No obstante la Resolución Procesal n°2 del Tribunal Arbitral sobre el *Asunto Maffezini vs. España* señaló la equivalencia del término «recomendar» con el de «ordenar» y, más contundente aún, la Decisión Arbitral del Tribunal CIADI de 25 de septiembre de 2001 sobre el *Asunto Pey vs. Chile*, reconoció que las medidas provisionales tienen, particular y básicamente, como objeto, preservar y proteger la eficacia del laudo que se pronuncia sobre el fondo de la cuestión sometida y, por lo tanto, evitar que se perjudique el laudo o, también, impedir que una de las partes atente, por acción u omisión, de manera unilateral contra los eventuales derechos de la parte contraria.<sup>17</sup>

## VI. REFLEXIONES FINALES

Una primera reflexión sobre la aparición y auge de instancias arbitrales internacionales se conecta directamente con el fenómeno de la proliferación de jurisdicciones internacionales y, posiblemente, con la fragmentación del DI,<sup>18</sup> en la medida en que pudiera esta proliferación dar lugar a jurisprudencia contradictoria en el tiempo entre sí, sobre todo si de arbitrajes *ad-hoc* se trata.

---

<sup>17</sup> Párrafo 26.

<sup>18</sup> Vid DEL VECCHIO, A. «Nuovi profili della giurisdizione internazionale». En *VVAA Studi di Diritto Internazionale in onore di Geatano Arangio-Ruiz*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2004, pp. 971 y ss; DUPUY, P.M. «Multiplications des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international». En *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacio-*

En la actual configuración jurisdiccional del DI, para los sujetos no estatales de DI se hacen inviables sus pretendidas reclamaciones ante los sistemas judiciales institucionalizados de la comunidad internacional (Corte Internacional de Justicia o Tribunal Internacional del Mar) o cuasi judiciales (mecanismo de solución de controversias de la OMC). En esta misma línea de enfoque jurisdiccional, al día de hoy resulta poco probable que los actores de la actividad económica como las compañías de actividad transfronteriza o los individuos pudieran acudir ante la Corte Internacional de Justicia demandando a otro Estado. Lo mismo podría decirse de las organizaciones internacionales.

Asimismo, especial cabida tiene el arbitraje respecto de las entidades internacionales<sup>19</sup> creadas por tratados internacionales firmados por Estados, las cuales reciben su personalidad jurídica directamente del tratado internacional que las creó<sup>20</sup> como por ejemplo el Banco Asiático de Desarrollo, *Air Afrique*, la Compañía Franco Belga de Energía Nuclear de las Ardenas (SENA), la Compañía del Túnel de Mont-Blanc, el Consorcio Internacional de Telecomunicaciones (INTELSAT). Estas entidades, si bien podrían ser sometidas a jurisdicción interna, ello no dejaría de plantear problemas procesales, sobre todo en materia de ejecución, al margen de los inconvenientes que podría crear el hecho de que no sean personas físicas ni jurídicas *strictu sensu*, persistiendo cierto aspecto de inmunidades.

Por otro lado, es también observable que en el marco de la proliferación de jurisdicciones internacionales, las controversias interestatales no necesariamente han desplazado la jurisdicción de las jurisdicciones internacionales.<sup>21</sup> Y ello puede tener una explicación: las jurisdiccio-

---

nal, 1999, vol. III, pp. 263 y ss. FERNÁNDEZ LIESA, C. «Sobre la unidad del Derecho Internacional». En MARIÑO MENÉNDEZ, F. *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. Madrid: Trotta, 2002, pp. 265 y ss. (principalmente desde la p. 293).

<sup>19</sup> Aclaremos que no son sociedades de actividad transfronteriza ni organizaciones internacionales.

<sup>20</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 204-205.

<sup>21</sup> Vid DEL VECCHIO, A. *Nuovi profili della giurisdizione... Op. cit.*, pp. 973-979.

nes de competencia para controversias entre Estados, como la Corte Internacional de Justicia y al igual que las instancias arbitrales, son jurisdicciones de aceptación *voluntaria*. Si bien en las sociedades estatales es bastante clara la diferencia entre la naturaleza voluntaria y la naturaleza obligatoria entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, en el marco del DI no sucede lo mismo. Incluso en el marco del DI interestatal, la previsión de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales no ha llevado aparejada a una jurisdicción obligatoria, llegando incluso varias veces a ser cuestionada la jurisdicción de la CIJ o incluso a que los Estados se planteen no recurrir a ella por falta de jurisdicción respecto del posible demandado, lo cual no necesariamente debe dar lugar a conclusiones negativas, si se tiene en cuenta que las jurisdicciones de carácter voluntario facilitan que otros mecanismos como la conciliación, la mediación o el arbitraje entren en juego.

En materia de DI penal, hemos dicho que el arbitraje debería centrarse en aspectos de jurisdicción si se planteara diferencias entre Estados, pero no deja de ser llamativo cómo la primera idea de un tribunal penal internacional, la que planteó el jurista suizo Gustave Moynier, fue precisamente configurando un tribunal arbitral. Es interesante cómo en el contexto de su época (1872), Moynier llegó a elaborar un Proyecto de Convenio sobre la Institución de un Órgano Judicial Internacional para la Prevención y la Represión de las Violaciones del Convenio de Ginebra en la que la instancia internacional era de árbitros nombrados por las partes. Es curioso que el origen de la actual Corte Penal Internacional no remonte a la creación de los tribunales de Nüremberg y Tokio (los que significaron la materialización de la justicia penal internacional y de la responsabilidad internacional de individuo) sino a los pensamientos de un jurista que vivió en el auge de las instancias arbitrales internacionales.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Según el artículo 2 del proyecto de Moynier:

«Este tribunal estará así integrado:

Tan pronto como se declare la guerra, el presidente de la Confederación Suiza designará, por sorteo, a tres de las potencias signatarias del Convenio, exceptuados los beligerantes.

En otro orden de las cosas, es también observable lo difícil que resulta en materia de arbitraje y DI económico, llegar a trazar la línea entre el DI público y el DI privado. Si por el último hemos de entender que caen en su área los temas de jurisdicción competente y Derecho aplicable, estaremos bajo DI privado, pero ¿no estamos acaso en el arbitraje mixto aplicando normas de DI público en tanto la función suplementaria y correctiva que el DI tiene respecto del ordenamiento del Estado receptor? ¿Replantea el arbitraje en materia de DI económico, la opción de asumir la idea de un Derecho trasnacional planteada por Jessup<sup>23</sup> y que ha calado en países anglosajones?

---

Los Gobiernos de estas tres Potencias, así como los de los Estados beligerantes, serán invitados a nombrar cada uno de ellos a un árbitro, y los cinco árbitros se reunirán, lo antes posible, en el lugar que provisionalmente señale el presidente de la Confederación Suiza.

Si la contienda se entablara entre más de dos Estados soberanos, aquéllos que hagan causa común se pondrán de acuerdo para elegir un árbitro común.

Si en el transcurso de la guerra, uno de los Estados neutrales que haya designado árbitro, tomara parte en la contienda, se realizaría un nuevo sorteo para sustituir al mencionado árbitro».

[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDLKQ?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo\\_print](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDLKQ?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print)

<sup>23</sup> *Trasnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.





## CAPÍTULO 20

### ARBITRAJE Y DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL (A PROPÓSITO DE LOS PROBLEMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

Lidia Moreno Blesa



## Capítulo 20

### ARBITRAJE Y DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL (A PROPÓSITO DE LOS PROBLEMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

*Lidia Moreno Blesa*

I. Cuestiones previas.— II. Carácter internacional del arbitraje.— III. Normativa específica en la nueva ley para el arbitraje con elemento extranjero.— III.1. Artículo 1: Ámbito de aplicación territorial. — III.2. Artículo 2.2: Participación de un Estado en un arbitraje internacional.— III.3. Artículo 3: Definición de arbitraje internacional.— III.4. Artículo 8.6: Exequátur del laudo arbitral.— III.5. Artículo 9.6: Derecho aplicable al convenio arbitral.— III.6. Artículo 15.1: Arbitrajes que exigen abogados en ejercicio.— III.7. Artículo 34.2: Derecho aplicable al fondo.— III.8. Artículo 37.2: Plazo para dictar laudo y artículo 39.5: Corrección, aclaración y complemento del laudo.— III.9. Artículo 46: Extranjería del laudo y normas aplicables.— IV. Consideraciones finales.

#### I. CUESTIONES PREVIAS

La globalización de la economía ha propiciado una liberalización de los mercados y un incremento de la conflictividad comercial. Los intercambios de productos y las prestaciones de servicios se producen a un ritmo vertiginoso. Esta rapidez en las transacciones se ve favorecida por la aplicación de las nuevas tecnologías al tráfico mercantil. La contratación *on line* ha eliminado los obstáculos o barreras a la circulación de las mercancías. Ahora, ya no es necesario que los sujetos o las empresas se trasladen al establecimiento para comprar un bien, lo que, además, facilita las adquisiciones transnacionales. Este nuevo panora-

ma, sin embargo, ha supuesto un aumento de las controversias, que van a requerir una respuesta inmediata en consonancia con la rapidez a la que se producen los negocios. Resulta evidente que la protección dispensada por los jueces y magistrados dilata en el tiempo la solución de los problemas, razón por la cual se potencian actualmente las vías alternativas de arreglo de controversias. En concreto, son los sistemas de arbitraje, donde los llamados árbitros resuelven la controversia en unas ocasiones con arreglo a derecho y en otras resolviendo con arreglo a equidad, los que podríamos considerar sistemas de resolución extrajudicial de litigios más garantistas o efectivos.<sup>1</sup>

En concreto, el arbitraje puede ser definido, siguiendo a Burgos Ladrón de Guevara, como un medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero —árbitro o árbitros—, a cuya

---

<sup>1</sup> Para entender más claramente dónde se encuentra la eficacia del sistema arbitral, traemos a colación el siguiente planteamiento: «El arreglo de controversias a través del arbitraje no pretende suplantar el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el artículo 39 LEC incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales. Dicha labor puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovable, responsable y sometida al imperio de la Ley. No obstante, si esto acontece con la operación de «juzgar», que es una de las facetas de la función jurisdiccional, no ocurre lo mismo con la otra faceta, relativa a «hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 2.1º LOPJ). En definitiva, puede establecerse un procedimiento a través del cual determinados particulares digan lo que es justo en relación con ciertas controversias que versen sobre materias de libre disposición de las partes, pero la función de ejecutar lo juzgado requiere inexorablemente la *potestas* del Estado a través de los órganos judiciales. Y son precisamente esos órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el artículo 8.4 Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 (LA/2003) establece que «Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el ap. 2 del artículo 545 LEC y, en su caso, el previsto en el artículo 958 LEC/1881». La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción. Vid FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Madrid, 2007, primera edición, pp. 625 y 626. En un sentido parecido se manifiesta A. Fiadjoe,

decisión se someten las partes en materia sobre la que libremente pueden disponer.<sup>2</sup> Además, el Tribunal Constitucional ha precisado, en su Sentencia número 62/1991 de 22 de marzo, que el arbitraje es «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)».<sup>3</sup> Consideramos también muy interesantes algunas líneas contenidas en el primer fundamento jurídico del Auto del Tribunal Constitucional número 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 de julio de 1993, que vienen a despejar las dudas sobre las semejanzas

---

en su trabajo titulado *Alternative dispute resolution: A developing world perspective*, London, 2004, p. 74, cuando señala como ventajas del arbitraje sobre la vía judicial los siguientes supuestos: a) Que las partes tienen libertad para elegir el tribunal que decidirá su controversia. Por lo tanto, los litigios con un alto grado de complejidad técnica pueden ser resueltos por expertos elegidos como árbitros. b) Que el arbitraje mantiene un nivel elevado de confidencialidad, lo que puede ser de una importancia crucial en una controversia entre empresas rivales de un sector muy competitivo y donde mantener en secreto el *know-how* o la estrategia empresarial se considera esencial. c) Por último, la facilidad para conseguir el cumplimiento de las sentencias arbitrales se considera una enorme ventaja, es más, se concluye diciendo que una sentencia no tendría valor si su cumplimiento no pudiera ser impuesto.

<sup>2</sup> En «Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje». En *Diario La Ley*, n.º 5978, año XXV, 18 de marzo de 2004, versión electrónica en Base de Datos General La Ley 1/2007, p. 1, podemos traer también a colación otra definición que, según su autor, sería válida en cualquier parte del mundo y que alude al arbitraje, como una institución de solución de conflictos, que consiste en sustituir a los jueces estatales por los árbitros que han sido elegidos por las partes. Además, el arbitraje es una institución privada que se presenta como un método para el arreglo de controversias que rechaza el carácter público de la administración de justicia. De esta forma se manifiesta, K.D. Kerameus, «La contribution de l'arbitrage à l'harmonisation internationale des règles de procédure civile», en la obra colectiva de L. Cadet (Dir.), *Médiation & arbitrage alternative dispute resolution*, París, 2005, p. 237.

<sup>3</sup> RTC 1991/62. Además, resultan interesantes las opiniones de J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, sobre la consideración del arbitraje como un auténtico «equivalente jurisdiccional» y el que la Exposición de Motivos de la nueva Ley no haga referencia a esta idea, por una omisión grave imputable a los redactores

y diferencias entre el laudo y la sentencia, así como entre el Juez y el árbitro, de acuerdo con los siguientes planteamientos:

[...] resulta obligado averiguar que sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional. En tal sentido, los «Jueces avenidores», escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas, o los «Jueces árbitros» cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (artículo 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo. La semejanza de laudo o Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra —se ha dicho— son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (artículos 1 y 9 CE). Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición [...]. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de

---

del Proyecto. Insisten, dichos autores, en que se trata de un olvido, o mejor un descuido de los redactores, no haber citado en la Exposición de Motivos la importante y enjundiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, salvando al arbitraje del escollo presentado en el artículo 117.3 CE y otorgando a la institución un efecto de «equivalencia jurisdiccional», que liberaron al arbitraje de ser confundido con «apariencias arbitrales» más o menos camufladas y con «seudos arbitrajes», al faltarles a estos últimos la triple condición: a) sometimiento libre y voluntario al convenio arbitral; b) que el objeto de la controversia sea arbitrable; y c) que el arbitraje se tramite procedimentalmente bajo el manto de las garantías de la igualdad de partes, audiencia, contradicción, prueba y laudo motivado. Es el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, el nacimiento del efecto de «equivalencia jurisdiccional» y, por tanto, su compatibilidad constitucional con el artículo 24.1 CE. «Valoración crítica de la nueva ley de arbitrajes». En *Diario La Ley*, n.º 5945, año XXV, 2 de febrero de 2004, versión electrónica en Base de Datos General La Ley 1/2007, p. 11.

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del «árbitro», desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública [...]. La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder».<sup>4</sup>

Parece claro que el arbitraje presenta como peculiaridades destacadas su naturaleza voluntaria y su carácter flexible.<sup>5</sup> Esta falta de formalismo fue la causa que motivó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al modo de practicar las notificaciones y cómputo de los plazos establecido en el artículo 5 a) de la Ley de Arbi-

---

<sup>4</sup> RTC 1993/259 AUTO.

<sup>5</sup> En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 43/1988 (Sala Segunda), de 16 de marzo de 1988, cataloga al arbitraje como un proceso especial, caracterizado por la simplicidad de formas procesales. En concreto, recogemos un extracto de su Fundamento Jurídico quinto, que incluso rebaja todavía más las exigencias formalistas en el arbitraje de equidad, aunque siempre teniendo como límite último dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias. Establece la Sentencia lo siguiente: «La Ley que regula los arbitrajes [...] permite, mediando contrato, deferir el conflicto al juicio arbitral de terceros para que lo resuelvan, bien mediante la aplicación de las reglas del Derecho, bien con sujeción sólo al «saber y entender» de los árbitros que designen. Esta última forma, o arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el artículo 3.2 del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender») por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias»».

traje.<sup>6</sup> En concreto, La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid planteó la cuestión de inconstitucional contra el citado precepto legal por entender que «comporta inseguridad jurídica, desigualdad de las partes y vulneración del derecho de defensa, proscritos constitucionalmente en virtud de los artículos 9 y 14, en relación con el artículo 24 CE». La solución que adoptó el Tribunal fue la de inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por Auto número 301/2005 (Pleno) de 5 de julio de 2005.<sup>7</sup> En sus Fundamentos Jurídicos se fueron recogiendo los argumentos que impedían confirmar la vulneración de los preceptos constitucionales. Así, en el caso del artículo 9 CE y la posible existencia de «inseguridad jurídica», el Fundamento Jurídico tercero vino a señalar lo siguiente:

[...] el órgano judicial no llega a especificar en ningún momento qué concreta vertiente del principio de seguridad jurídica puede verse afectada por lo dispuesto en el artículo 5 a) LA. Dicho esto, debemos afirmar que estamos ante una norma clara que no incide ni en la vertiente objetiva —certeza— ni en la subjetiva —previsibilidad— del principio de seguridad jurídica, toda vez que «aparece redactada con la suficiente claridad como para eliminar cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance».

Sobre la posible contradicción con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE, el Tribunal, en su Fundamento Jurídico

---

<sup>6</sup> El artículo 5 a) de la Ley de Arbitraje dice así: «Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario».

<sup>7</sup> RTC 2005/301 AUTO.



cuarto, concluyó lo que exponemos a continuación:

[...] baste recordar que el juicio de igualdad es de carácter relacional y que «requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma». En esta ocasión ese juicio de igualdad no se postula entre personas o grupos de personas sino que se traduce en la comparación entre la notificación de las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales y los Laudos emitidos por los árbitros [...].<sup>8</sup>

Por último, el Tribunal Constitucional acomete la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por los

---

<sup>8</sup> Para entender mejor la regulación de la notificación de las Sentencias, traemos a colación los comentarios esgrimidos por el Fiscal General del Estado en los Antecedentes del Auto que estamos analizando y que dicen así: «[...] cuando las partes no cuentan con representación procesal, la conclusión a la que se llega es que también se reconoce a la notificación intentada la misma eficacia que a la realizada, puesto que en la cédula que se remita por correo, telegrama u otros medios semejantes se apercibirá al destinatario de que, entregada aquélla, se tendrá por efectuado el traslado (artículo 160 LECiv), apercibimiento que igualmente se realiza cuando el interesado se niega a recibir la copia o a firmar la diligencia acreditativa de la entrega (artículo 161 LECiv); otro tanto sucede en aquellos casos en los que resulte desconocido el domicilio, supuestos en los cuales se procede a la publicación edictal (artículo 156 LECiv). En todos estos supuestos no se puede asegurar que la Sentencia haya sido puesta en conocimiento del interesado sino, a lo sumo, que se le ha brindado la posibilidad de tener conocimiento de ella, por lo que, dependiendo de su exclusiva voluntad, ese conocimiento se hará o no efectivo, pero el acto de comunicación se entiende realizado con plenitud de efectos, continuándose la tramitación del procedimiento. Por tanto, si también las Sentencias pueden entenderse notificadas cuando se ha intentado comunicarlas y el intento se ha frustrado por voluntad del destinatario, no debe haber obstáculo para aplicar el mismo criterio a los Laudos. En particular, a la vista de la mayor preponderancia que reviste en los arbitrajes el principio de la autonomía de la voluntad».

efectos anudados al intento frustrado de notificación del laudo arbitral, con el tenor siguiente:

[...] en el Auto de planteamiento de la cuestión se realizan una serie de reflexiones sobre el significado de la exigencia de «indagación razonable» del domicilio, residencia habitual, dirección o último establecimiento conocido de la «demandada» en el laudo, siendo así que esta persona compareció en el procedimiento arbitral y formuló alegaciones. Por tanto, sólo a ella le era exigible un comportamiento acorde con las mínimas reglas de diligencia procesal, comunicando, si era el caso, el cambio de domicilio. La eventual falta de buena fe «procesal» que se apunta en el Auto de planteamiento, de existir, sólo sería achacable a la demandada, no a quienes instan la ejecución del laudo. Abundando en esta misma idea, supuesto que la indagación de la que habla el artículo 5 a) LA hubiera sido realizada sin el rigor lógicamente exigible, es al propio órgano judicial, como garante inmediato de los derechos fundamentales de las partes, a quien corresponde concluir que no merece el calificativo de «indagación razonable» y que, por consiguiente, no ha surtido el efecto previsto en el artículo 5 a) LA. Lo que no cabe es abdicar del ejercicio de esa función de garante de los derechos mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se postula la aplicación a los Laudos arbitrales de un determinado régimen de notificación de las resoluciones judiciales que, como ya se ha puesto de manifiesto, prescinde de los efectos anudados a la imposibilidad de practicarla por causas imputables a la parte.

En definitiva, se pone de manifiesto el carácter dispositivo del arbitraje por contraposición al carácter reglado de la jurisdicción y, con ello, la posibilidad de ser una opción que tienen las partes, distinta al proceso, para la solución de sus controversias.

La alternativa a la vía judicial que el arbitraje supone se hace más patente en la esfera internacional.<sup>9</sup> Es en el contexto de los intercambios comerciales transfronterizos donde el recurso a la solución arbi-

---

<sup>9</sup> Tal es así que según datos recientes el arbitraje es el sistema de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal más empleado por las empresas españolas, en particular por aquellas que operan en la esfera internacional, y el número de arbitrajes se incrementa en nuestro país cada año en todos los ámbitos. Así, a modo de ejemplo, el Tribunal de Barcelona administró en 2004 un 18% más de

tral se convierte en la opción más elegida por las empresas. Esta preferencia es debida al momento álgido en el que se encuentra la evolución de la economía y la integración internacional de España. Nuestro país se ha transformado y también las relaciones económicas con el extranjero. Como manifestación de este cambio, se constata la inserción de la economía española en una economía mundial, en una perspectiva uniformizadora de las relaciones comerciales, que ha situado al arbitraje español en el lugar que le corresponde, y que no es otro, que el de erigirse en un foro atractivo de arbitrajes internacionales, haciéndolo competir con otros países de más larga tradición y mejores y demostradas habilidades en la ubicación y atracción de arbitrajes llegados de otros países.<sup>10</sup> A la consecución de este último objetivo ha contribuido de manera clara la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje, la 60/2003 de 23 de diciembre de 2003,<sup>11</sup> aunque también se han perseguido otros por el legislador, como el homologar nuestra legislación a los países más dinámicos en el arbitraje internacional; modernizar la norma de 1988 en diversas materias como el convenio arbitral, la posibilidad de dictar medidas cautelares para los árbitros, etc.; definir y regular el arbitraje internacional; y atraer arbitrajes del área latinoamericana con el que España se halla histórica, cultural y económicamente vinculada.<sup>12</sup> En cualquier caso, son las cuestiones relativas al arbitraje internacional las que centrarán nuestros comentarios en el siguiente trabajo, por ser este elemento una novedad significativa res-

---

arbitrajes que en 2003 y cuenta, desde su fundación en 1989, con un número superior a 1300 arbitrajes que han pasado por dicho Tribunal. Al respecto, *vid* M. Gonzalo Quiroga, «Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos». En GONZALO QUIROGA M. (Ed.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid, 2006, p. 208.

<sup>10</sup> En definitiva, se trata de inscribir al arbitraje de nuestro país en la órbita de modernidad que impregna la tendencia actual en la regulación de esta materia. Estos planteamientos se expresan por J.M. Chillón Medida, «Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular». En GONZALO QUIROGA M. (Ed.). *Op. cit.*, p. 255.

<sup>11</sup> BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2003, que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 26 de marzo de 2004. Esta regulación deroga la anterior Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre de 1988.

<sup>12</sup> Así lo manifiesta R. Mullerat, «Principales innovaciones de la nueva Ley de Arbitraje». En *Diario La Ley*, n.º 5999, año XXV, 19 de abril de 2004, versión electrónica en Base de Datos General La Ley 1/2007, p. 1.

pecto a las normas anteriores, que no lo recogían expresamente o lo hacían de manera deficitaria.<sup>13</sup>

## II. CARÁCTER INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE

La actual ley de arbitraje, la 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, se inspira en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985.<sup>14</sup> Ello supone, de acuerdo con la exposición de motivos de la propia Ley,<sup>15</sup> en su apartado II, lo siguiente:

---

<sup>13</sup> De manera parecida se expresa J.M. Chillón Medida, cuando dice que: «Pero sin duda, el aspecto que más llama la atención en nuestra Ley vigente de Arbitraje de 2003, es la inclusión, de manera explícita y sin rodeos, del arbitraje internacional, como singular y diferente del arbitraje común o del interno que se aplica a relaciones conectadas en todos sus elementos al derecho patrio. Esto constituye una novedad mayor, tanto más que nunca en el ordenamiento español se había abordado de manera tan explícita esta suerte de arbitraje ni se habían dedicado preceptos aplicables a la nueva categoría extraída del fondo común del arbitraje en general. Interesa conocer en consecuencia el sentido, el carácter, la naturaleza y el alcance del arbitraje internacional entre nosotros, para dar cuenta de los lineamientos de un sistema que se percibe mas como un *jus singulare*, que como un *jus specialis*, propiamente dicho». En «Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular». En GONZALO QUIROGA M. (Ed.). *Op. cit.*, pp. 248 y 249.

<sup>14</sup> Dicha norma se encuentra en el Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I y se puede consultar en: <http://www.uncitral.org/sp-index.htm//>.

Además, a título informativo sobre el Derecho comparado indicamos, a continuación, que se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en los siguientes territorios: Alemania, Australia, Austria (2005), Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Bielorrusia, Bulgaria, Camboya (2006), el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca (2005), Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua (2005), Nigeria, Noruega (2004), Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia (2005), la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía (2001), Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe.

<sup>15</sup> Sobre el valor jurídico de toda exposición de motivos, se comparte la opinión de J. Burgos Ladrón de Guevara, de considerar que, sin ser propiamente texto legal,

Que en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista.

Además, para justificar esta tendencia reguladora de índole unificadora, la misma exposición de motivos, en su mismo apartado II, continúa diciendo que:

Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto 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 primera conclusión que podríamos extraer de los párrafos transcritos de la exposición de motivos de la ley sería la existencia de una única regulación, aplicable tanto al arbitraje interno como al internacional. Pero, al mismo tiempo, si nos adentramos en el articulado

---

tiene trascendencia como fuente de interpretación de aquellos preceptos a los que precede, constituyendo la parte preliminar o pórtico en la que se exponen y justifican las motivaciones y fundamentos del nuevo texto legal, haciendo de frontispicio de la Institución y permitiéndonos observarla con intensidad en su posible marco de operatividad jurídica. En «Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje». *Op. cit.*, p. 1.

de la ley observamos la presencia de preceptos dedicados exclusivamente al arbitraje transnacional, aunque no nos vamos a detener ahora mismo en el análisis de dichos preceptos, sino que dedicaremos las líneas que siguen a compartir con una amplia generalidad de la doctrina, la existencia de una pluralidad de factores, de distinto tipo, condición y relevancia, que convierten a un arbitraje en internacional. Encontramos un conjunto de datos que producen la vinculación del arbitraje con la legislación de uno o más Estados y convierten a la resolución extrajudicial de conflictos en internacional, cuando afectan a los siguientes elementos:

- 1) A las partes: como su nacionalidad, su domicilio, su residencia o sede social, en el caso de las personas jurídicas.
- 2) A la naturaleza del litigio: en particular, el lugar en que se concluyó el contrato o en el que debía cumplirse, la localización de los bienes en disputa, el lugar en que se produjo o manifestó el ilícito.
- 3) A su vez, se hace mención a determinados aspectos referidos a los árbitros: la nacionalidad o domicilio de los mismos, por ejemplo.
- 4) A la institucional arbitral y su localización.
- 5) A distintos extremos del desarrollo del procedimiento arbitral: como la ley aplicable al procedimiento arbitral o al fondo de la disputa, el lugar de desarrollo del arbitraje.
- 6) Igualmente, se hace referencia al país en que se quiera reconocer o ejecutar un laudo dictado fuera de sus fronteras nacionales.<sup>16</sup>

Ahora bien, la presencia de los elementos extranjeros que se acaban de señalar no resta importancia al nexo que el arbitraje genera con el

---

<sup>16</sup> Esta catalogación de supuestos que pueden convertir al arbitraje en internacional se ha obtenido de las aportaciones esgrimidas por C. Esplugues Mota, «Artículo 3. Arbitraje internacional». En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Madrid, 2004, pp. 151 y 152.

lugar en el que se pone en funcionamiento. En este sentido, podemos mantener que el núcleo esencial del arbitraje internacional aparece vinculado con los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, pero el país en el que se desarrolla marca, en última instancia, la legislación aplicable. Tendríamos, por así decirlo, dos estructuras jurídicas bien diferenciadas: por un lado, la compuesta por la relación que mantienen algunos ingredientes del arbitraje con diferentes naciones y que aportan el carácter internacional a la institución; y, por otro, la determinada por el territorio en el que tiene lugar. Aunque esta última es la que ostenta el indudable protagonismo en la regulación del procedimiento arbitral.

### III. NORMATIVA ESPECÍFICA EN LA NUEVA LEY PARA EL ARBITRAJE CON ELEMENTO EXTRANJERO

Con carácter general, la vinculación del arbitraje —internacional— se demuestra especialmente intensa con el ordenamiento jurídico del Estado donde el mismo tiene lugar. Consecuentemente, las soluciones normativas de tal país tienden a jugar un papel relevante en la regulación del procedimiento arbitral, así como de otros extremos del mismo. Sin embargo, el desarrollo del arbitraje comercial internacional en los últimos años, ha favorecido una matización de este planteamiento «territorial». En este sentido, la mundialización de la actividad económica internacional ha fomentado una cierta desacralización del lugar donde se realiza el arbitraje, admitiendo la posibilidad de que se desarrollen arbitrajes «deslocalizados»; en otras palabras, arbitrajes cuyo único nexo de unión con un determinado Estado es el hecho de radicar en su territorio el lugar del arbitraje. Además, el desarrollo del arbitraje como mecanismo de resolución de las controversias surgidas en el comercio internacional fomenta la aparición de arbitrajes auténticamente «anacionales»; esto es, de arbitrajes que ya no sólo se encontrarían desvinculados del país donde tuvieran lugar, sino que estarían totalmente desconectados de ordenamiento jurídico estatal alguno. Y ello, a pesar de las dificultades prácticas que acompañan a esta posibilidad dado que, entre otras circunstancias, la eficacia del laudo que pudiera dictarse en el marco de tal tipo de arbitrajes, en el supuesto de incumplimiento por la parte condenada, dependería de su reco-

nocimiento y ejecución en un concreto Estado.<sup>17</sup> En cualquier caso, el carácter unitario o sistema monista de la ley supone que la mayoría de las disposiciones se apliquen al arbitraje interno y al internacional. Sin embargo, podemos identificar preceptos destinados específicamente al arbitraje internacional debido a la especial tipología de las relaciones jurídicas con elemento extranjero que se entablan en dicho contexto. Al análisis de los mismos dedicaremos a continuación las líneas que siguen.

### *III.1. Artículo 1: Ámbito de aplicación territorial*

De entrada, el precepto que analizamos establece que la ley de arbitraje se aplica a todos los arbitrajes que tengan lugar en el territorio español, sean de carácter interno o internacional. Es evidente la opción elegida por el legislador español de inclinarse por el criterio de la territorialidad para la determinación del ámbito de aplicación espacial de la regulación española. Tampoco la ley modelo se queda al margen de esta preferencia, señalando claramente en su artículo 1.2) que las disposiciones de la presente ley se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.<sup>18</sup> Las razones que justifican esta solución, y que podrían ser trasladadas a la ley española, se basan en la certidumbre que genera este criterio, en que la mayoría de las leyes nacionales adopta esta solución y, cuando facultan a las partes para elegir la ley procesal de un Estado que no es aquél donde se sustancia el arbitraje, se ha observado que las partes rara vez hacen

---

<sup>17</sup> Todo el planteamiento que se acaba de esbozar sobre las consecuencias de la territorialidad del arbitraje comercial internacional se deben a C. Esplugues Mota, «Artículo 3. Arbitraje internacional», *Op. cit.*, pp. 152 y 153.

<sup>18</sup> Aunque en el Informe del Secretario General al proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, documento A/CN.9/264, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XVI, 1985 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.87.V.4), párrafo 4 del comentario analítico al artículo 1, se barajan dos posibilidades para la determinación del ámbito de aplicación territorial del todavía proyecto de norma. Por un lado, se podría utilizar como factor determinante el lugar del arbitraje, es decir, abarcar todos los arbitrajes que tu-



uso de esa facilidad en la práctica. Además, la ley modelo, por su contenido liberal, hace menos necesario aún elegir una ley «extranjera» en lugar de la ley del (modelo) del lugar del arbitraje, sobre todo porque otorga a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales. Por último, el criterio territorial estricto tiene considerables ventajas prácticas en lo que respecta a las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje que se encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo.<sup>19</sup>

### *III.2. Artículo 2.2: Participación de un Estado en un arbitraje interna-cional*

Es posible que los Estados o los organismos dependientes de ellos sean partes de un arbitraje internacional. En estos casos, los entes públicos no podrán invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral. La finalidad de esta norma es lograr una plena equiparación entre los Estados y los particulares. Por otra parte, esta regla se funda en el principio de que el Estado o la sociedad controlada por el Estado que presta libremente su consentimiento al convenio arbitral no puede luego ir contra sus propios actos y pretender acogerse a sus prerrogativas, inmunidad de jurisdicción y de ejecución, para eludir el cumplimiento de lo pactado.<sup>20</sup>

La participación del Estado y de las personas de derecho público en procedimientos de arbitraje de carácter internacional se produce nor-

---

viesen lugar en «este Estado» (X). Por otro, se podría reconocer la libertad de las partes para seleccionar una ley distinta a la del lugar del arbitraje y abarcar todos los arbitrajes que tuvieran lugar en el Estado (X), a menos que las partes hubiesen escogido la ley de otro Estado, así como los arbitrajes «extranjeros» para los que las partes hubiesen seleccionado la ley de «este Estado» (X).

<sup>19</sup> Vid Nota de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la ley modelo de la CNUDMI, en el documento A/CN.9/309, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIX, 1988 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.89.V.8), apartado II.A.13.

<sup>20</sup> Además, se especifica que la aplicación del principio *pacta sunt servanda* ha servido de fundamento a diferentes resoluciones judiciales dictadas en Francia y Suiza en supuestos en que los Tribunales han rechazado las pretensiones de Estados u organi-

malmente a través de contratos de concesión, de suministro, flete, desarrollo económico, inversiones extranjeras, etc., en los que las partes contratantes son con frecuencia los Estados y las empresas controladas por un país en cuestión. En estos casos, el Estado y demás personas de Derecho público intervienen en estos arbitrajes en régimen de simple particular comerciante en su potestad de *iure gestionis* y no en el ejercicio de sus facultades soberanas como un sujeto dotado de *iure imperio*.<sup>21</sup> Centrándonos ya en el contenido literal del precepto que analizamos, podemos señalar que su redacción plantea dos posibles interrogantes relativas a los tipos y condición de los sujetos que participen en el arbitraje. En primer lugar, el precepto se refiere expresamente a varias clases de entes públicos que pueden entablar un arbitraje internacional. En concreto, se habla de Estado o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado. La pregunta que podríamos hacernos es si estamos ante una clasificación que pudiéramos catalogar de *numerus clausus*. La respuesta a esta duda que puede generarse en la utilización de la norma requerirá de la interpretación adecuada por parte de los operadores jurídicos encargados de su aplicación. Pero podemos mantener, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos ante un listado meramente ejemplificativo y que ha sido escrito de ese modo para intentar garantizar la claridad de su comprensión. Una segunda cuestión que puede derivarse de la lectura

---

zaciones estatales de hacer valer las prerrogativas que les reconocen sus derechos para desconocer las obligaciones que libremente había asumido en virtud del convenio arbitral. Todo ello se encuentra en los comentarios de J. Hernández Burriel, «Ar-tículo 3. arbitraje internacional», esgrimidos en la obra colectiva de R. Hinojosa Segovia (Coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Barcelona, 2004, pp. 38 y 39.

<sup>21</sup> Los argumentos proceden de la obra colectiva de J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*. Barcelona, 2004, tomo I, p. 49. Además, dichos argumentos se matizan con las ideas siguientes: «la capacidad del Estado o de los entes públicos estatales para concluir convenios arbitrales es posible desde el momento en que el Estado y las entidades públicas de él dependientes operan en el tráfico comercial internacional como sujetos privados. Como ha manifestado la doctrina de nuestro entorno, «el origen y carácter público de la entidad no se transmite al negocio jurídico». Éste es en efecto, el supuesto al que hace expresamente referencia el artículo 2.2 de la ley de arbitraje».

del precepto es la relativa al sentido que haya de darse a la expresión «controlada por un Estado» que aparece en las organizaciones o empresas de naturaleza pública. En este caso, la solución puede venir explicitada en la exposición de motivos de la propia ley que comentamos, cuando alude al concepto de «entes dependientes» y favorece con ello una interpretación más amplia de la estricta noción de control. Compartimos la opinión que considera que esta última palabra abarca tanto el control económico como la gestión práctica de la entidad.<sup>22</sup> Con lo que no se restringe el precepto a los supuestos de intervención activa estatal, sino que permite incluir en su seno los casos de actuación indirecta, pero con una clara vinculación al ente público.

### *III.3. Artículo 3: Definición de arbitraje internacional*

Son varios los criterios, procedentes mayoritariamente de la ley modelo UNCITRAL que concurren para calificar de internacional un arbitraje según la Ley de 2003. Son de dos tipos: formales, jurídicos, más cercanos a los puntos de conexión habituales de los sistemas de conflicto (el domicilio de las partes en el convenio arbitral y el lugar del arbitraje o de cumplimiento de las obligaciones, etc.) y un criterio material, económico: la afección a los intereses del comercio internacional. Siendo alternativos estos criterios la posibilidad de acierto en calificar como internacional una relación de la que deriva la controversia es mayor, pero la desventaja se hace patente en la necesidad de determinar y dar sentido y alcance a un concepto jurídico indeterminado, como es el señalado en último lugar como material o económico.<sup>23</sup> Por otra parte, no podemos decir que la ley española reproduzca fielmente la definición de arbitraje internacional establecida por el artícu-

---

<sup>22</sup> Así se manifiesta, C. Esplugues Mota, «Arbitraje internacional con intervención de un Estado u organismo estatal». En S. Barona Vilar (Coord.). *Op. cit.*, p. 144.

<sup>23</sup> La clasificación de los criterios que sirven para calificar de internacional a un arbitraje según la Ley de 2003 procede de J.M. Chillón Medida, «Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular». En GONZALO QUIROGA M. (Ed.). *Op. cit.*, p. 259.

lo 1.3 de la ley modelo.<sup>24</sup> En efecto, mientras que el ámbito de aplicación de la ley modelo reduce su ámbito de aplicación al arbitraje comercial, el arbitraje internacional definido por el artículo 3 es de aplicación a todo tipo de controversias disponibles para las partes conforme a derecho. Ello explica el término «establecimiento» utilizado por la ley modelo frente al de domicilio que se refiere en la norma española; y explica igualmente que el lugar de cumplimiento de las obligaciones de la relación comercial a que hace referencia la ley modelo se amplíe en la ley de arbitraje a la relación jurídica en general. En consecuencia, es indiferente el origen comercial o no de las relaciones existentes entre las partes.<sup>25</sup> Pero veamos de forma más pormenorizada

---

<sup>24</sup> Para ilustrar las diferencias entre la definición de arbitraje internacional contenida en la ley española y la prevista en la ley modelo, transcribimos a continuación los preceptos de una y otra norma. El artículo 1.3 de la ley modelo establece lo siguiente: «Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado». Por su parte, el artículo 3 de la ley española señala lo siguiente: «1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual».

<sup>25</sup> Estas consideraciones se han extraído de la obra dirigida por J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Barcelona, 2004, tomo I, p. 59.

las soluciones recogidas en el artículo 3 de nuestra regulación para entender mejor las peculiaridades del arbitraje internacional.

- 1) En primer lugar, la internacionalidad del arbitraje desarrollado en nuestro país vendrá determinada por el hecho de que en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (artículo 3.1.a). Se puede constatar en la ley española la ausencia del criterio de la nacionalidad para atribuir carácter internacional al arbitraje y la preferencia por el domicilio de los sujetos. Se trata de una fórmula que encaja mejor con las relaciones jurídicas patrimoniales que se resuelven en este tipo de controversias y que no afectan a derechos personales ni de estado civil. Además, el domicilio se convierte en el único elemento que permite catalogar de internacional al arbitraje cuando las partes lo tienen en Estados distintos en el instante en que celebran el convenio arbitral. Y ello es así, con independencia de que, en el momento de celebrarse el arbitraje, las partes tengan sus domicilios en el mismo Estado. Por último, nos referiremos, siquiera someramente, a lo que ha de entenderse por domicilio en un arbitraje que se ha de celebrar en España. Al respecto, podemos encontrar en nuestra legislación diversos tipos de domicilio según la normativa que lo regule. Aunque teniendo el arbitraje naturaleza privada, le resultan aplicables los preceptos correspondientes del Código Civil, a saber, los artículos 40 y 41 contenidos en la norma que se acaba de referenciar. De acuerdo con ellos, si se trata de una persona física, su domicilio vendrá determinado por el lugar de su residencia habitual; mientras que tratándose de personas jurídicas, el domicilio estará fijado por la ley que las haya creado o, en su caso, por los estatutos o las reglas de fundación. Pero si nada se hubiera establecido al respecto, se estará subsidiariamente al criterio alternativo siguiente: el domicilio se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.
- 2) El segundo criterio previsto en la ley española para adjetivar de internacional a un arbitraje desarrollado en nuestro país exige que

el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (artículo 3.1.b, primer inciso). Tampoco en este supuesto se tiene en cuenta el estatuto personal de los sujetos participantes en el sistema alternativo de litigios que estamos analizando. Por lo tanto, los casos que entrarían en el ámbito de aplicación de este precepto serían, *v. gr.* los que implicaran a un sujeto o entidad con domicilio en Portugal y otro con domicilio en Francia, que deciden en el convenio arbitral llevar a cabo el arbitraje en España. Cerramos el breve comentario de este precepto con una referencia a lo que debe entenderse por la expresión «con arreglo a éste». Se trata de un concepto cuya determinación dependerá de la interpretación que se le otorgue. Recogemos, en este sentido, las consideraciones esgrimidas por C. Esplugues Mota sobre esta cuestión: «En tal sentido, no siempre cabría aceptar que la selección del lugar del arbitraje por los jueces en defecto de manifestación al respecto por las partes cumple la exigencia de determinación de lugar del arbitraje «con arreglo» al convenio arbitral. Este requerimiento se entendería satisfecho si, efectivamente, las partes han manifestado de forma expresa en el convenio arbitral que serán los árbitros los encargados de fijar en su momento tal lugar. Mas no en aquellas ocasiones en que las partes mantuvieron silencio sobre el lugar del arbitraje y los árbitros, en ejercicio del poder que les atribuyan las distintas normativas nacionales —en el caso español, el artículo 26 de la Ley de Arbitraje— proceden a especificar el mismo. En este último supuesto, no cabría entender que tal determinación realizada por los árbitros se ha llevado a cabo «con arreglo a» lo dispuesto en el convenio arbitral».<sup>26</sup>

- 3) Una tercera posibilidad de que el arbitraje pueda ser considerado internacional radica en que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (artículo 3.1.b, segundo inciso). De entrada,

---

<sup>26</sup> Aparecen recogidas en el capítulo titulado «Artículo 3. Arbitraje internacional». En la obra colectiva de S. Barona Vilar (Coord.), *Op. cit.*, pp. 159 y 160.

lo que llama más poderosamente la atención de este precepto es su imprecisión jurídica, ya que en la norma se alude a «una parte sustancial de las obligaciones» y no se prefiere la expresión más concreta «la parte sustancial de las obligaciones», de forma que cabe que una parte de ellas, aunque no se trate de la más importante, haya de ser cumplida en un Estado extranjero, lo que determinará el carácter internacional del arbitraje. Por ello, en aquellos casos en que una parte de las obligaciones haya de ser cumplida en un Estado extranjero, habrá que determinar si la misma puede ser considerada como «sustancial» a la vista del contenido de los derechos y obligaciones pactado por los contratantes.<sup>27</sup>

- 4) Un cuarto supuesto de internacionalidad en el arbitraje se refiere a que el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (artículo 3.1.b, tercer inciso). Nos encontramos, de nuevo, como en el caso anterior, ante un concepto indeterminado, que requerirá de una labor de precisión de los árbitros para encontrar esa relación más estrecha a la que hace mención el precepto. Resulta ilustrativo el comentario que realiza la Secretaría de Naciones Unidas, sobre la ley modelo, con la conclusión siguiente: «Aun cuando no haya de cumplirse en el extranjero una parte sustancial de las obligaciones, el arbitraje será internacional en virtud del apartado ii) si el objeto del litigio tiene una relación más estrecha con un lugar extranjero. Como los casos de esa naturaleza serán muy excepcionales, cabe aceptar la desventaja de ese criterio, que radica en el hecho de que no se puede determinar el carácter internacional antes de que se plantee el litigio».<sup>28</sup> Por otra parte, el criterio de la

---

<sup>27</sup> Recogemos, para comentar el tercer criterio de internacionalidad del arbitraje en la ley española, los comentarios de J. Hernández Burriel, «Artículo 3. arbitraje internacional», esgrimidos en la obra colectiva de R. Hinojosa Segovia (Coord.), *Op. cit.*, p. 42.

<sup>28</sup> *Vid* Documento A/CN.9/264, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta S.87.V.4), párrafo 30, del comentario analítico al artículo 1 de la ley modelo.

«relación más estrecha» no es totalmente desconocido en la normativa internacional. Así, por ejemplo, el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, se refiere, en el artículo 4.1, a los vínculos más estrechos para determinar la ley aplicable al contrato a falta de elección por las partes.<sup>29</sup> También la Convención de Viena de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, utiliza la frase «relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento» para determinar, en caso de pluralidad de establecimientos, el preferido por la Convención.

- 5) Finalmente, la ley española apoda de internacional al arbitraje, cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional (artículo 3.c). Tal y como indica la propia exposición de motivos de la ley, se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Otra vez, estamos ante un supuesto difícil de objetivar, pero que debe recibir, en cualquier caso, una interpretación amplia. Esta última idea subyace en la ley modelo que, además, sin ánimo de exhaustividad nos aporta ejemplos de relaciones de índole comercial. En concreto, alude a 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, aso-

---

<sup>29</sup> Resulta interesante mencionar la presunción que contiene el artículo 4.5 del Convenio sobre la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Al respecto, se establece que lo tendrá con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica,



ciaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

### *III.4. Artículo 8.6: Exequátur del laudo arbitral*

El precepto referenciado regula expresamente el órgano jurisdiccional competente para otorgar el exequátur de laudos extranjeros. La fórmula elegida para determinar la competencia es una remisión al órgano al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Se está refiriendo a los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente, del año 2000.<sup>30</sup> Sin embargo, las últimas modificaciones legislativas llevadas a cabo en este ámbito han operado un cambio muy significativo en la competencia que, hasta ese momento, ostentaba la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

En efecto, el artículo 955 de la Ley de 1881 ha sido reformado por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social,<sup>31</sup> para declarar competentes a los Juzgados de Primera Instancia. Aunque, unos días antes, la Ley Orgánica 19/

---

su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de una actividad profesional de esta parte, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento. Evidentemente, no estamos ante criterios extrapolables a la determinación del lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, ya que este dato se considera una cuestión de hecho que depende en cada caso de las pretensiones de las partes. En este sentido, se manifiesta la obra dirigida por J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Op. cit., p. 65.

<sup>30</sup> BOE n.º 7 de 8 de enero. Dicha ley entró en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>31</sup> BOE n.º 313, de 31 de diciembre. En concreto, el artículo 136 de la Ley 62/2003, establece literalmente lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las soli-

2003, de 23 de diciembre de 2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial,<sup>32</sup> ya había realizado también los ajustes pertinentes en este terreno. Concretamente, el artículo único de dicha ley, en su número cuatro, suprimía el apartado 4 del artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía, antes de la derogación, lo siguiente: «La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá: [...] 4. De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal». Al mismo tiempo, en el número once, del único artículo de la Ley Orgánica 19/2002, se da nueva redacción al artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pasando a tener ahora el texto que se indica a continuación:

**Artículo 85.-** «Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal».

En consecuencia, no queda ninguna duda sobre el órgano que debe despachar la homologación de los laudos arbitrales extranjeros, ya que tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley Orgánica del Poder Judicial declaran competentes a los Juzgados de Primera Instancia. Y ello es así a pesar de la redacción inicial que tenía el artículo 8.6 del Proyecto de Ley de Arbitraje.<sup>33</sup> Literalmente el precepto establecía lo

---

citudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos».

<sup>32</sup> BOE n.º 309 de 26 de diciembre.

<sup>33</sup> El mencionado proyecto puede consultarse en el BOCG, Serie A, 3 de octubre de 2003, n.º 173-1.

siguiente: «Para el exequátur de laudos extranjeros será competente la Audiencia Provincial del lugar donde tenga su domicilio la parte frente a la que se pida y, en su defecto, el del lugar donde el laudo haya de ser ejecutado». Al final, una modificación en el proceso legislativo de la Ley de arbitraje prefirió, en buena lógica, a los Juzgados de Primera Instancia, pero en su Exposición de Motivos quedaron reminiscencias del pasado. Se trata de la mención expresa que transcribimos a continuación: «Para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de —como hasta ahora— a la Sala Primera del Tribunal Supremo [...]». Nos encontramos ante una imprecisión técnica que no ha sido subsanada y que puede provocar en el intérprete alguna incertidumbre momentánea. En cualquier caso, compartimos la opinión de Gómez Jene que considera positiva la opción de hacer competentes a los Juzgados de Primera Instancia en esta materia. Y lo es, añade, porque de este modo se consigue una deseable unidad en el tratamiento judicial de la «homologación» del laudo extranjero —«declaración de ejecutabilidad» y despacho de ejecución recaen sobre un mismo órgano— y porque supone tanto como alinearse con los criterios competenciales que en este ámbito recogen los Reglamentos comunitarios.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> En efecto, el artículo 39 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* n.º L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores, *DOCE* n.º L 307 de 24 de noviembre; *DOCE* n.º L 176 de 5 de julio de 2002; modif. *DOCE* n.º L 225, de 22 de agosto de 2002; modif. *DOUE* n.º L 236, de 23 de septiembre de 2003) declara competente para conceder la ejecución al Juzgado de Primera Instancia. Por su parte, los artículos 21 y 29 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) número 1347/2000 (*DOUE* n.º L 338 de 23 de diciembre de 2003) también atribuyen la competencia para el reconocimiento y la ejecución a los Juzgados de Primera Instancia. Todo ello en M. Gómez Jene «El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje», *Diario La Ley*, n.º 5952, año XXV, 11 de febrero de 2004, versión electrónica en Base de Datos General La Ley 1/2007, p. 3.

### III.5. Artículo 9.6: *Derecho aplicable al convenio arbitral*

Para empezar, podemos decir que nos encontramos ante una norma de conflicto compuesta por varios criterios alternativos y aplicable al arbitraje internacional, ya se desarrolle en España o fuera de nuestras fronteras.<sup>35</sup> Se trata, por tanto, de una respuesta flexible a las cuestiones de validez suscitadas por el convenio arbitral. Las posibilidades de considerar eficaz el acuerdo arbitral son tres: si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. Por lo tanto, la ductilidad con la que ha sido diseñado el precepto permite catalogar la regulación que contiene de favorable a la operatividad de la cláusula compromisoria, si se ajusta a cualquiera de las opciones previstas por el legislador.

En relación con el primer criterio de validez del convenio, esto es, si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes, se puede constatar que la selección de esta opción se hace depender de la voluntad de los sujetos, que pueden inclinarse por una regulación estatal o por los usos y costumbres vigentes en un determinado sector del comercio internacional (la llamada *lex mercatoria*). Por su parte, la posibilidad de validar la existencia de un convenio arbitral en base a las normas aplicables al fondo de la controversia, se debe poner en conexión con el artículo 34.2 de la ley española. Dicho precepto determina las normas que rigen el objeto del litigio, atribuyendo la competencia a la elección que realicen las partes y, en su defecto, a la que lleven a cabo los árbitros. Vuelve a otorgarse a la decisión de las partes un valor preponderante en la designación de una regla jurídica que haga viable el convenio arbitral, aunque la ausencia de actuación de los sujetos se puede corregir por la de los árbitros, que decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables. Parece obvio que el concepto de norma jurídica regresa otra vez al

---

<sup>35</sup> En este sentido, el artículo 1.2 de la ley española de arbitraje establece lo siguiente: «Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España».

contexto del derecho aplicable al convenio arbitral para circunscribirse no sólo al Derecho de un Estado, sino también a la denominada *lex mercatoria*.<sup>36</sup> Por último, la cláusula de cierre del sistema se completa con la sujeción del convenio al Derecho español. Referencia que debe entenderse hecha a la ley española de arbitraje y, por ende, a los cinco primeros apartados del artículo 9 de la mencionada ley.

En otro orden de cosas, el apartado 6 del artículo 9 de la ley de arbitraje entra en contradicción con otra norma aplicable a esta materia. Nos estamos refiriendo al Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, al que nos remite expresamente el artículo 46.2 de la ley

---

<sup>36</sup> En contra de esta interpretación se manifiesta A.M. Lorca Navarrete, en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004, pp. 113 y 114, con los siguientes argumentos: «El artículo 9.6 LA asume, por tanto, la técnica de las normas de conflicto. Y renuncia a los usos mercantiles como criterio para evaluar la validez del convenio arbitral. Para justificar esta postura, alude a los planteamientos que esgrimimos a continuación: «La no renuncia a los usos mercantiles como criterio para evaluar la validez del convenio arbitral fue explícitamente invocada en el trámite parlamentario del PLA por el grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados a través de la enmienda número 104 que proponía que el artículo 9.6 PLA tuviera la siguiente redacción: «6. En el comercio internacional, será válido el convenio arbitral celebrado en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado». Según el grupo parlamentario socialista «la verdadera razón de ser de este precepto es la de consagrar los criterios de validez del convenio arbitral tradicionalmente aceptados en los usos mercantiles. En nuestra opinión, para dar cabida a los usos mercantiles como criterio para evaluar la validez del convenio arbitral, bastaría con decirlo expresamente en la norma. Esto es, regulando desde una perspectiva material; renunciando a la técnica conflictual. Un ejemplo en este sentido nos lo brinda el artículo 23.1 c) del Reglamento 44. Su incorporación nos permite tener en cuenta la relevante jurisprudencia del TJCE en la materia, circunstancia que, a su vez, aporta en un alto grado de uniformidad y seguridad jurídica. A mayor abundamiento, debe recordarse que en el Derecho comparado la regulación del convenio arbitral se hace mediante una norma imperativa no disponible para las partes. La enmienda número 104 planteada en el Congreso de los Diputados fue reproducida como la número 42 en el Senado por el grupo parlamentario Entesa catalana de progrés y como la número 58 del grupo parlamentario socialista. Las enmiendas no fueron admitidas».

española.<sup>37</sup> El problema lo plantea el artículo V.1.a) de la Convención, cuando contempla, como uno de los supuestos para denegar el reconocimiento y ejecución, que el convenio arbitral no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia. Por lo tanto, para aquellos supuestos en los que pudieran ser aplicables los requisitos de validez del convenio arbitral de la ley española o de la Convención, se produce una distorsión entre ambas normas. En cualquier caso, aceptamos la opinión que considera que la respuesta nos la da el propio Convenio de Nueva York en el artículo VII según el cual prevalecerá la normativa más favorable para el reconocimiento y la ejecución.<sup>38</sup> En consecuencia, dado que en este caso la disposición neoyorkina es más restrictiva que la española en cuanto a la forma y efectos del convenio; se entiende que la validez del convenio arbitral internacional deberá hacerse en España a partir de ahora sobre la base del artículo 9 de la ley de arbitraje.<sup>39</sup>

### *III.6. Artículo 15.1: Arbitrajes que exigen abogados en ejercicio*

En una primera toma de contacto con el precepto que analizamos ahora, llama poderosamente la atención la distinta regulación que se establece para los arbitrajes de derecho, ya se trate de un procedimiento interno o de índole internacional. En efecto, el artículo que comentamos exige en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad que los árbitros ostenten la condición de abogado en ejercicio, sal-

---

<sup>37</sup> Vid el comentario al artículo 46 de la ley española de arbitraje, *infra*, realizado en el apartado 3.10 de este trabajo.

<sup>38</sup> En concreto, el artículo VII.1 del Convenio señala que: «Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque».

<sup>39</sup> De esta forma se expresa M. Gonzalo Quiroga, «Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos», en M. Gonzalo Quiroga (Ed.). *Op. cit.*, 220.

vo acuerdo expreso en contrario. Aunque es evidente la distinta cualificación profesional que se requiere en el arbitraje doméstico y en el internacional, dicha regla se relaja inmediatamente en el mismo precepto, cuando permite que las partes puedan pactar lo contrario, es decir, podemos apuntar que no estamos ante una norma de aplicación inmediata o necesaria. Dicha relajación es aún más evidente cuando comparamos la regulación actual con la que contenía la ley anterior de 1988, que establecía el requisito de abogado en ejercicio para los árbitros que participaran en un arbitraje de derecho, pero sin posibilidad para las partes de acordar algo diferente.

Ahora bien, no pueden resultarnos ajenas las amplias críticas que ha recibido el artículo 15.1 de un importante sector de la doctrina. Así, por un lado, la aprobación de la ley de arbitraje ha sido catalogada como un acto legislativo de «entreguismo». Se ha dicho que el arbitraje se ha «entregado» a unos profesionales (los abogados en ejercicio) que en la práctica han sido los máximos obstáculos para que finalmente no exista una cultura del arbitraje en España.<sup>40</sup> Por otro, se ha aludido a la dificultad de vislumbrar el motivo por el cual se exige esa particular cualificación de los árbitros únicamente en los arbitrajes internos. Además, se ha añadido que, si la misma ley de arbitraje pretende caracterizarse por seguir una regulación monista de la materia, hubiera sido deseable reservar la distinción entre arbitraje interno e internacional a supuestos más necesarios.<sup>41</sup> En suma, se impide, sin poder

---

<sup>40</sup> Esta posición totalmente contraria al corporativismo de los abogados en ejercicio como únicos profesionales competentes para decidir un arbitraje interno de derecho, se contiene en el prólogo a la obra de A.M. Lorca Navarrete, en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. *Op. cit.* Además, el autor continúa diciendo que: «Cuando un profesional no cree decididamente en el arbitraje «entregarle» la institución arbitral es asegurar su más atinado fracaso. No sería descartado indicar que la Ley 60/2003 es una ley contraria al arbitraje. Los que no sean abogados en ejercicio han sido preteridos. Sólo les queda aconsejar la modalidad de arbitraje de equidad recluyéndose el arbitraje de derecho en unos profesionales que, por lo demás, no están preparados, por muy abogados en ejercicio que sean, para ser árbitros».

<sup>41</sup> *Vid* Gómez Jene, M. «El arbitraje *internacional* en la nueva Ley de Arbitraje». *Op. cit.*, pp. 3 y 4.

llegar a entender muy bien el motivo, a otros profesionales cualificados del mundo jurídico, como pudieran ser los profesores de Derecho, participar en un arbitraje interno de derecho, aunque ya hemos dicho que esta regla admite acuerdo en contrario. Por su parte, pueden decidir la controversia en el arbitraje internacional de derecho, todas las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidas en el ejercicio de su profesión, es decir, no se exige la condición de abogado en ejercicio para este caso.

### *III.7. Artículo 34.2: Derecho aplicable al fondo*

En el tráfico comercial internacional es frecuente que los sujetos acepten el sometimiento de sus relaciones jurídicas a la legislación de un determinado Estado. Solución que también se recoge para el arbitraje internacional en la ley española. En concreto, se establece que, en el arbitraje internacional, los árbitros aplicarán al fondo de la controversia las normas jurídicas elegidas por las partes y, en su defecto, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. Se vuelve a otorgar protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes como criterio preferente para la solución de cuestiones diversas en el arbitraje internacional.<sup>42</sup> En esta ocasión, además, la solución que aporta la norma aparece desprovista de cualquier límite o condicionamiento, como pudiera ser el vincular la legislación elegida por las partes con el negocio jurídico principal o con la controversia y que se recogía en la ley anterior de 1988. Por lo tanto, tal y como señala la exposición de motivos de la ley vigente: «Siguiendo la orientación de los ordenamientos más avanzados, se suprime la exigencia de que el derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia, ya que se trata de un requisito de difusos contornos y difícil control».

Sobre el tipo de normas que pueden ser elegidas por las partes, tanto la ley modelo UNCITRAL como la ley española son muy claras a

---

<sup>42</sup> También pudimos ver cómo la libertad de las partes servía para resolver el derecho aplicable a la validez del convenio arbitral en el comentario al artículo 9.6, *ut supra*, contenido en el apartado 3.5 de este trabajo.



este respecto y dejan libertad a los sujetos para remitirse a las normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional, a las normas de varios ordenamientos o a las reglas comunes del comercio internacional.<sup>43</sup> Esta libertad de la que hace gala el precepto se complementa con el rechazo a la técnica conflictual, en el sentido de entender que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Finalmente, en el caso de que las partes no hayan llegado a ponerse de acuerdo sobre las normas aplicables al fondo del litigio o hayan guardado silencio sobre el particular, la ley española señala que los árbitros aplicarán las normas jurídicas que estimen apropiadas. Para la decisión del tipo de normas que los árbitros aplicarán en este supuesto, la ley española se aparta de la ley modelo UNCITRAL, ya que esta última se inclina por aplicar las normas de conflicto de leyes que el tribunal arbitral considere convenientes. Para entender esta solución, considerada contraria a la práctica del arbitraje comercial internacional, traemos a colación la explicación aportada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la ley modelo de la CNUDMI y que dice así: «Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley, es decir la ley nacional, que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables».

### *III.8. Artículo 37.2: Plazo para dictar laudo y artículo 39.5: Corrección, aclaración y complemento del laudo*

Aunque las cuestiones que analizaremos en este apartado no guarden relación entre sí, podemos estimar que tienen un nexo en común, cual es el de referirse a momentos temporales inadecuados para el ar-

---

<sup>43</sup> Estas referencias se contienen, por un lado, en los comentarios de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la ley modelo de la CNUDMI, en el documento A/CN.9/309, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIX, 1988 (publicación de las Naciones Uni-

bitraje internacional. Comenzaremos por referirnos al plazo para dictar el laudo arbitral y que tiene en la ley española una duración de seis meses, desde la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla. La ley admite la prórroga de este plazo por los árbitros, siempre que haya acuerdo expreso de las partes, por un plazo no superior a dos meses y mediante decisión motivada. Llama especialmente la atención que el tiempo más amplio del que pueden disponer los árbitros para dictar el laudo no excede de ocho meses, tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Pues bien, es justo en este último supuesto donde pueden plantearse problemas en el cumplimiento de los plazos. Y ello es así, tal y como indica Gómez Jene, porque no existe en la práctica un arbitraje internacional de cierta relevancia que no sobrepase el año o incluso el año y medio de duración. Además, añade y nosotros compartimos que, de cara al futuro, sería deseable que la interpretación de esa restricción del plazo que fija el artículo 37.2 *in fine* se circunscribiera únicamente a los arbitrajes internos. De tal forma que, por lo que hace al arbitraje internacional, la autonomía de la voluntad de las partes debería interpretarse en términos más amplios, permitiendo que ellas mismas estableciesen con la mayor libertad posible el plazo para dictar el laudo.<sup>44</sup>

Por lo que respecta a la corrección, aclaración y complemento del laudo, también la ley de arbitraje española establece unos plazos para la realización de estas actuaciones. En concreto, para el arbitraje interno, las partes disponen de un plazo de diez días, siguientes a la notificación del laudo, para solicitar la realización de cualquiera de los supuestos anteriores. Si los árbitros actúan de oficio, sólo podrán realizar una corrección de errores, aunque también dispondrán del plazo de los diez días. Por su parte, los plazos para que los árbitros resuelvan estas modificaciones del laudo son de diez días, para la corrección de errores y aclaración, y de veinte días, para el caso de complemento. Si

---

das, n.º de venta S.89.V.8), apartado II.F.35. Y por otro, en la exposición de motivos de la ley española de 2003.

<sup>44</sup> Vid GÓMEZ JENE, M. «El arbitraje *internacional* en la nueva Ley de Arbitraje», *Op. cit.*, p. 4.

el arbitraje fuera internacional los plazos anteriores se amplían y, en línea con lo que señala la exposición de motivos de la ley española, dicho aumento se produce para que resulte más adecuado a la realidad, dado que en arbitraje internacional puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores. En concreto, los plazos de diez y veinte días pasan a ser de uno y dos meses, respectivamente. Sin embargo, estamos de acuerdo con la postura que esgrime Fortún Costea, cuando señala que, a pesar de las buenas intenciones del legislador, los plazos de 1 y 2 meses en el arbitraje internacional, que imponen a los árbitros para dar audiencia a la parte contraria y resolver sobre la petición, resultan demasiado estrictos, especialmente en el caso de que nos encontremos ante un órgano colegial y que la solicitud sea de complemento del laudo. En estos casos, el procedimiento de deliberación, votación y fallo podría necesitar un plazo mayor para alcanzar la mayoría necesaria.<sup>45</sup>

Por lo tanto, se puede concluir que tanto en el plazo para dictar el laudo, donde no se diferencia entre arbitraje interno e internacional, como en los previstos para su modificación, que sí son más amplios para el arbitraje transnacional, no se están manejando datos realistas y se pueden generar efectos indeseables. Al respecto, piénsese en la posibilidad de que se dictara un laudo fuera de plazo y una de las partes planteara recurso de anulación, en base al artículo 41.1.d), porque el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley de arbitraje, es decir, se ha emitido un laudo extemporáneo. Por lo tanto, si se pretende que España se convierta en sede de arbitrajes internacionales, se estará prácticamente obligando a las partes, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, a pactar plazos para laudar más amplios. En caso contrario, podrían ver su pretensión resuelta, pero posiblemente anulada por una de las partes a quien perjudique, y tampoco les quedaría expedida la vía judicial.

---

<sup>45</sup> Vid en la obra colectiva de R. Hinojosa Segovia (Coord.). *Op. cit.*, p. 208.

### *III.9. Artículo 46: Extranjería del laudo y normas aplicables*

Mucho antes de la entrada en vigor de la nueva ley de arbitraje en España existía normativa internacional suficiente para dar un tratamiento adecuado a los laudos extranjeros que pretendieran desplegar efectos en nuestro país. Nos estamos refiriendo al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958,<sup>46</sup> y del que España forma parte desde 1977. De entrada, conviene recordar que en el momento de la ratificación de la Convención por las autoridades españolas no se hizo uso de ninguna de las dos reservas previstas en el Convenio. Estas últimas están recogidas en el artículo I, apartado 3, y se refieren a la reserva de comercialidad y a la de reciprocidad. La primera, permite a un Estado miembro declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, conside-

---

<sup>46</sup> BOE n.º 164 de 11 de julio de 1977. Actualmente forman parte de dicha Convención los siguientes Estados: Afganistán, Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Benin, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Boswana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Colombia, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chile, China (región administrativa especial de Hong Kong), Chipre, Di-namarca, Djibuti, Dominica, Egipto, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, ExRepública Yugoslava de Macedonia, Filipi-nas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Hon-duras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kiribati, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Maldivas, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República de Corea, República Checa, República Democrática de Laos, República Dominicana, República de Moldavia, Rumania, Federación de Rusia, San Marino, San Vicente y Granadinas, Santa Sede, Senegal, Serbia y Montenegro, Singapur, Siria, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Trinidad y Tobago, Tú-nez, Turquía, Uganda, Ucrania, Uruguay, Uzbequistán, Venezuela, Vietnam, Zambia y Zimbabwe.

radas comerciales por su derecho interno.<sup>47</sup> Por su parte, la reciprocidad, supone aplicar el Convenio únicamente a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante. En consecuencia, la Convención de Nueva York constituye para España un instrumento de carácter universal puesto que todos los laudos dictados fuera de nuestras fronteras caen bajo el objeto de su aplicación.<sup>48</sup>

Siendo evidente la valoración más que positiva que debe merecer la Convención,<sup>49</sup> podría parecer que el artículo 46 de la nueva ley de arbitraje establece otro régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, a saber, el interno o nacional, por su contraposición al internacional regulado en el Convenio. Sin embargo, el propio precepto, en su apartado 2, despeja cualquier duda, al prescribir que el *exequatur* de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958. Por lo tanto, parece claro que con la amplitud del régimen convencional sobraba cualquier otro sistema

---

<sup>47</sup> Ahora bien, siguiendo a la doctrina mayoritaria, el Convenio de Nueva York no resulta aplicable a los laudos que responden a un modelo contractual de controversias como es, por ejemplo, el *arbitrato irrituale* italiano y cuya eficacia es la propia de los contratos. Asimismo, el Convenio tampoco se aplica al «dictamen arbitral», ni al «arbitrio de tercero», puesto que no son laudos en sentido estricto, esto es, decisiones arbitrales que resuelven una controversia jurídica entre las partes y cuyo resultado les vincula y es susceptible de producir efectos análogos a los de una sentencia judicial (cosa juzgada y/o fuerza ejecutiva). Vid Garberí Llobregat J. (Dir.). *Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Barcelona, 2004, tomo II, p. 1455.

<sup>48</sup> Así catalogan al Convenio de Nueva York los autores J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, «Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje». *Op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>49</sup> Al respecto, se puede apuntar que incluso la Unión Europea, en su libro verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002, p. 6, cuando se refiere a la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos excluye expresamente al arbitraje, al mismo tiempo que lo considera perfectamente regulado, tanto en los Estados miembros como a escala internacional, por el Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras.

de reconocimiento de laudos procedentes del extranjero y que la posibilidad de haberlo introducido en la nueva ley de arbitraje hubiera podido ser un elemento de distorsión, sobre todo si se hubieran establecido regulaciones distintas.

Ahora bien, si la ley puede considerarse acertada cuando se remite al Convenio de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, no puede decirse lo mismo cuando define la extraneidad del laudo. El apartado 1, del artículo 46, entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español. Pero se podría haber aprovechado la nueva ley para ampliar el régimen del reconocimiento y conseguir dotar al sistema convencional de mayores atribuciones, en el caso de que se hubiera previsto la catalogación de extranjero para un laudo dictado en nuestro país, pero que no puede ni debe considerarse laudo interno. Dicho más claramente, se ha perdido la oportunidad de haber podido aplicar la Convención a los laudos dictados en el territorio del mismo Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución, pero que deben recibir el tratamiento de extranjeros por contener elementos de internacionalidad suficientemente acreditados.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que el crecimiento de la economía, especialmente de las actividades comerciales, ha traído consigo un incremento de las relaciones contractuales cuyos incumplimientos han generado controversias que deben recibir una respuesta apropiada. Además, estos litigios requieren rápidas soluciones que los procedimientos judiciales no garantizan. A mayor abundamiento, la vía judicial ha llegado a ser más costosa y lenta, sobre todo por su sistema de recursos. Para resolver estos problemas se han creado los métodos alternativos de resolución de conflictos y, en particular el arbitraje, que en España ha adquirido una inusitada relevancia y generalizada aceptación gracias a la aprobación de la vigente Ley 60/2003, de arbitraje. Una comprensión más adecuada de la nueva ley de arbitraje española pasa necesariamente por apuntar que se inclina categóricamente por el monismo en su re-

gulación. Lo que ha sido puesto de manifiesto en algunos párrafos de la exposición de motivos de la propia ley que hemos recogido en este trabajo. Sin embargo, se ha podido comprobar la existencia de normas específicas para el arbitraje internacional. *Stricto sensu* podría pensarse que la vigente norma de arbitraje en España realmente se basa en un dualismo, cuando diferencia normas aplicables al arbitraje interno de las aplicables al internacional. Ahora bien, las consecuencias que de ello se derivan son más bien escasas o insignificantes. Y ello es así, porque la espina dorsal que vertebraba la regulación de ambos tipos de arbitraje, el interno y el internacional, es la misma; dedicando solamente unas cuantas disposiciones al arbitraje con elemento extranjero, necesarias por la flexibilidad con la que debe producirse la práctica arbitral en este terreno. Por lo tanto, existen algunos preceptos aplicables al arbitraje internacional y no al interno, pero la mayor parte de artículos que contiene la ley regulan indistintamente ambos tipos de arbitraje. Se puede inferir de esta idea que la nueva norma de arbitraje no acoge un monismo extremo, pero tampoco se inclina por un tratamiento netamente diferenciado del arbitraje interno respecto del internacional.

Con todo, se pueden extraer algunas conclusiones interesantes sobre los artículos consagrados en la nueva ley al arbitraje internacional. Una primera idea podría girar en torno a la definición recogida en el artículo 3 de la ley española. Si bien los supuestos que en dicho precepto se contienen proceden de la ley modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, podemos encontrar algunas diferencias significativas entre ambas normas. Resaltamos fundamentalmente un cambio que introduce la ley de arbitraje respecto de la regulación internacional y que se traduce en que nuestra norma no recoge el principio de la autonomía de la voluntad de la partes para determinar la extranjería del arbitraje. No es la única variación que presenta el arbitraje español en su comparación con la ley modelo. En este sentido, la regulación del 2003 acepta la internacionalidad del arbitraje cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional, que no se contiene en la ley modelo, y prefiere el domicilio de las partes en lugar del establecimiento, presen-

te este último en la ley UNCITRAL, para la aplicación de los criterios previstos en el artículo 3.1, apartados a y b.

Pero nos vamos a centrar brevemente en la opción elegida por el legislador español de impedir que las partes puedan otorgar la condición de internacional a un arbitraje desarrollado en España. Por ejemplo, podría haber servido para internacionalizar un arbitraje llevado a cabo en nuestro país, entre sujetos domiciliados en España, pero con nacionalidades extranjeras. De acuerdo con el artículo 1.3.c) de la ley modelo, que dice así: «Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado», es obvio que no habría ningún problema para vincular el ejemplo propuesto con el arbitraje internacional. Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de señalar, al no haber diferencias substanciales entre ambos tipos de arbitrajes, por el carácter monista de la ley, las consecuencias prácticas de la eliminación de la autonomía de la voluntad se reducen considerablemente.

Una segunda consideración podría basarse en la dicotomía existente entre los factores que imprimen carácter internacional al arbitraje y la afectación que producen, en última instancia, las soluciones normativas aplicables al arbitraje dependiendo del país en el que se lleve a cabo. Desde una perspectiva extrínseca, podría parecer que la vinculación de algunos elementos de la controversia con distintos ordenamientos jurídicos obliga a tener en cuenta las regulaciones arbitrales de los correspondientes países. Sin embargo, desde un punto de vista más intrínseco, es decir, fijándose en la esencia misma de la institución arbitral, se constata que el desarrollo de un procedimiento de esta naturaleza viene definido y marcado por la ley del lugar donde se vaya a desencadenar el arbitraje. Ahora bien, la territorialidad que gobierna el arbitraje no impide que algunos preceptos de la norma aplicable recojan las peculiaridades de la internacionalidad, dotando al arbitraje de una necesaria flexibilidad; además, de contener, en ciertos casos, artículos específicos que predicen el sometimiento de alguna cuestión a una determinada legislación extranjera. Una particular vía, que se puede reputar muy beneficiosa, para limitar la rigidez de la



regulación española en los arbitrajes internacionales se encuentra en la primacía que se otorga al acuerdo de las partes. Tanto el derecho aplicable a la validez del convenio arbitral, como el aplicable al fondo del asunto, se determinan, en primera instancia, por la ley elegida por los sujetos. Se trata de una solución que pretende dar cabida a las peculiaridades legales de las regulaciones extranjeras en los arbitrajes internacionales celebrados en nuestro país. Por su parte, el plazo para dictar el laudo puede ser también modificado por las partes. Pero, en este caso, no se está pensando en dar entrada a las normas jurídicas de otros países, sino más bien en asegurar que España pueda convertirse en destino preferente de arbitrajes internacionales. Y ello porque ampliar el plazo para laudar se convierte en una posibilidad casi siempre necesaria para poder asegurar el éxito del procedimiento arbitral.



## CAPÍTULO 21

### EL ARBITRAJE Y DERECHO COMUNITARIO EUROPERO

(A PROPÓSITO DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

EN EL MARCO DE ORDENAMIENTOS SUPRANACIONALES

EN MERCADOS ÚNICOS

Cristina Hermida del Llano



## Capítulo 21

### EL ARBITRAJE Y DERECHO COMUNITARIO EUROPERO (A PROPÓSITO DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL MARCO DE ORDENAMIENTOS SUPRANACIONALES EN MERCADOS ÚNICOS)

*Cristina Hermida del Llano*

I. Concepto y fundamento del arbitraje.— II. El auge del arbitraje en Europa en la era de la globalización.— III. Arbitraje y justicia globalizadora.— IV. El arbitraje en el ámbito de la Unión Europea.— V. Reflexiones sobre la idea de orden público comunitario.— VI. El arbitraje: También un método de resolución de controversias en los acuerdos europeos suscritos con otros países.— VII. Otras modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos en la Unión Europea.— VII.1. El Libro Verde.— VII.2. El sistema SOLVIT.— VIII. Conclusiones.

#### I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE

El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha atraído la atención de juristas teóricos y profesionales del Derecho por tratarse de un tema multidisciplinar, además de encontrarse en el centro de los debates filosóficos, si tenemos en cuenta que, como ha hecho notar Oppetit, se revelan en esta figura problemas fundamentales del Derecho como el de la justicia, sus formas y finalidades, la estructura del ordenamiento jurídico o el de las finalidades del Derecho.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*, traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 248.

El arbitraje está fundamentado en la cultura del acuerdo, al tratar de impedir la confrontación directa entre los interesados y la ruptura, sin duda traumática, del negocio.<sup>2</sup> Es una figura relativamente cercana al procedimiento judicial clásico, puesto que el tercero, llamado «árbitro», toma una decisión para solucionar el conflicto. Una explicación clara y sencilla de esta figura podría ser la que sigue: «Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas».<sup>3</sup>

Es especialmente importante el elemento de la confianza depositada por las partes en el tercero dirimente, resaltado ya, por cierto, en textos muy antiguos: «El *arbitrium boni viri* y los explícitos y detallados desarrollos del arbitraje en nuestros textos históricos medievales y en los documentos del Estado absoluto que les siguieron prueban ciertamente el apego de los eventuales justiciables a una institución anclada en el sentimiento tradicional y en la propia naturaleza de las cosas».<sup>4</sup> Como consecuencia de la confianza depositada en el árbitro, la decisión de éste será vinculante para las dos partes en conflicto. Esta decisión puede tomarse bien aplicando normas jurídicas (Arbitraje de Derecho) o mediante el recurso a la equidad o Justicia del caso concreto (Arbitraje de Equidad). La decisión dictada por el árbitro, llamada laudo arbitral, tiene fuerza de cosa juzgada, lo que significa que el conflicto, una vez decidido por el árbitro, no puede, en principio, llevarse ante el juez.

---

<sup>2</sup> Aunque el arbitraje comercial internacional constituye la figura más importante de la solución extrajudicial de conflictos no es la única, como más adelante veremos.

<sup>3</sup> CALVO CARAVACA Alfonso-Luis, y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 55.

<sup>4</sup> GONZALO QUIROGA Marta, *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 17 del «Prólogo».

Me gustaría dejar claro que, en mi opinión, no caben los acuerdos de arbitraje conocidos como *sin ley, anacionales o estrictamente internacionales*; esto es, regulados únicamente por la voluntad de las partes sin sujeción a una legislación estatal, a pesar de que esta idea no la compartan los defensores radicales de la nueva *lex mercatoria*.<sup>5</sup> Éste es, por tanto, el único límite que se reconoce a la partes, al tener la obligación de someter el convenio arbitral a un ordenamiento estatal.

La naturaleza del arbitraje no cambia por el hecho de ser interno o internacional. Precisamente, por ello, las diversas concepciones que del arbitraje interno se tienen han sido trasladadas al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la diferencia sí que es relevante en tanto que el laudo extranjero requiere el *exequátur* para su reconocimiento en el foro, mientras que el nacional no lo necesita.

Si se compara el arbitraje con la justicia que imparten jueces y tribunales estáticos, esta figura presenta, sin duda, ventajas que justifican que su utilización se encuentre en alza. Ello obedece, según explica Lorca, a que:

El proceso arbitral es, por esencia, muy *simple e informal*, frente a las formas *ordinarias* que adoptan los trámites procesales ante juzgados y tribunales, que, por lo general, son *pesadas, lentas y excesivamente formalistas*, características que en el momento actual aparecen como incuestionables y se hallan en progresión con la importancia del asunto. Por ello, en ese contexto la doctrina ha puesto, además de relieve cómo el arbitraje puede cumplir una doble finalidad:

- a) De una parte, desjudicializar la Administración de justicia ofreciendo alternativas de solución rápidas, económicas y con las mismas *garantías que los tribunales* ordinarios.
- b) Servir, de otra, de eficaz estímulo para que el Estado preste una mayor atención al funcionamiento de los tribunales, cuyas deficiencias serán más notables por contraste con las soluciones que aporta el arbitraje.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gandara. *El arbitraje comercial internacional*. Op. cit., p. 73.

<sup>6</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Derecho de Arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 31. Asimismo, como el autor continúa explicando: «De otro lado, el arbitraje se justifica, asimismo, por ofrecen soluciones técnicas a

La eficiencia del arbitraje comercial internacional resulta, a todas luces, indudable. Prueba de ello son también los siguientes datos, resaltados con acierto por Carrascosa:<sup>7</sup> 1) *cumple con el principio de previsibilidad del órgano competente*. 2) *Cumple con el principio de eficiencia intrínseca*. Y ello por cuatro razones: A) se elegirá la institución arbitral que se encuentre en mejor posición para resolver la controversia, pudiéndose optar por un arbitraje *ad hoc* o por arbitrajes institucionales de probada eficacia. B) La competencia de los árbitros no tiene por qué ser excluyente. Puede concurrir, simultánea o sucesivamente, con la competencia judicial internacional de los jueces de un país o países. De tal modo que las partes pueden elegir al juzgador que, en el momento de la controversia, les resulte más conveniente, optimizando así los resultados. C) Las partes pueden indicar a los árbitros qué reglas de Derecho desean sean aplicadas al fondo de la controversia. D) Permite a las partes otorgar facultades a los árbitros para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. 3) *Cumple con el principio de previsibilidad del Derecho Internacional Privado aplicable, que no es otro que el Derecho global*.

Como consecuencia de todo ello, el medio arbitral se ha convertido en el más utilizado para el arreglo de diferencias en el comercio internacional. No voy a insistir más sobre las razones que explican la preferencia de los diversos agentes que operan en el tráfico jurídico internacional por el arbitraje: neutralidad y especialización del órgano arbitral, rapidez y economía del procedimiento, confidencialidad, eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales más allá del Estado en que fueron dictados, etc.<sup>8</sup>

---

conflictos complejos, evitando la vía indirecta de la decisión del juez apoyada en la resolución de un perito técnico o experto en la materia», p. 31.

<sup>7</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Globalización y Derecho Internacional Privado*. LiberLIBRO.com, 2002, pp. 84-86.

<sup>8</sup> Sirva de ejemplo, que recientemente, concretamente el 12 de julio de 2007, la Organización Mundial del Comercio (OMC) acordó la creación de un grupo de arbitraje para analizar la denuncia presentada por Estados Unidos contra el régi-



## II. EL AUGE DEL ARBITRAJE EN EUROPA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

El arbitraje ha ido progresivamente conquistando muchos ámbitos, dentro de una inicial concepción del arbitraje que lo entendía como sustituto o subsidiario de la justicia estatal. De hecho, el arbitraje concebido como forma privada de justicia había permanecido aletargado durante los siglos de exaltación de la soberanía de los Estados. Si bien los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares —otros comerciantes— o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas, la consolidación del Estado-Nación y el fortalecimiento de las ideas de la soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, provocaron que el arbitraje quedara arrinconado como alternativa efectiva para la resolución de disputas transfronterizas.

Su papel no comenzaría así a despuntar hasta mediados del siglo XX cuando, paralelamente al incremento del comercio internacional y de las relaciones privadas transfronterizas, la justicia arbitral comenzó a ganar cada vez más fuerza, sobre todo, a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980. Como explica Carrascosa:

Los Estados pierden, por voluntad propia, el monopolio de impartir Justicia a través de sus respectivos aparatos de Poder Judicial; se deja que las partes otorguen competencia a un órgano no nacional —árbitro, colegio arbitral, instituciones arbitrales internacionales—, que resolverá la controversia pero sin dictar su decisión en nombre de un Estado.<sup>9</sup>

---

men de importación de banano de la Unión Europea. De hecho, la Unión Europea aceptó en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC que se estableciera un grupo de arbitraje para analizar el litigio, al tiempo que otros diez países, entre ellos Nicaragua, Panamá y Ecuador, manifestaron su interés en participar en él como terceras partes.

<sup>9</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Globalización y Derecho Internacional Privado*. *Op. cit.*, pp. 83-84.

Los Estados y sus ordenamientos fueron así progresivamente abandonando su actitud de desconfianza y recelo ante un procedimiento que podía llegar a sustraer bloques enteros de competencias al conocimiento de los tribunales judiciales. Buena prueba de ello es que el propio Tribunal Constitucional español ha considerado el arbitraje como «un 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.<sup>10</sup>

Para entender la favorable acogida que ha tenido el arbitraje en el ámbito continental europeo es preciso, asimismo, recordar que la fórmula decisionista judicial derivada de una concepción estrictamente positivista, implantada en los sistemas continentales del Código Civil desde la Revolución Francesa, se viene considerando anticuada y obsoleta. Como ha precisado Ortuño Muñoz: «El modelo de resolución de conflictos basado en unos jueces técnicos, semiautomatas, sometidos a un reglamentismo legal exacerbado que ha absorbido toda la capacidad de los ciudadanos de negociar sus propios intereses, no es eficaz ni útil para los nuevos litigios que han surgido de un sistema de relaciones sociales que, en parte, era desconocido».<sup>11</sup> Cuestión que nos conduce inexorablemente al tema de la globalización de nuestros días que ha afectado, lo quiera o no, al funcionamiento y desarrollo de la institución arbitral.

### III. ARBITRAJE Y JUSTICIA GLOBALIZADORA

Durante las últimas décadas, el comercio internacional ha aumentado en volumen, hasta lograr grados ciertamente impensables. Este constante crecimiento de los flujos comerciales ha venido seguido de una flexibilidad y complejidad cada vez mayor de la actividad comercial, motivada por una serie de razones que oscilan, desde la instauración

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 288/1993, de 4 de octubre.

<sup>11</sup> ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas». En *Revista Iuris-La Ley*, n.º 77, noviembre 2003, p. 42.

de nuevos sujetos en ella, hasta la variación del objeto de las transacciones desarrolladas, que hacen posible hoy en día la existencia del comercio de bienes inmateriales o servicios. A ello se suma la consolidación de nuevas figuras contractuales y el auge de la contratación entre ausentes.<sup>12</sup>

El fenómeno globalizador ha generado un progresivo crecimiento de la participación de las empresas en el comercio internacional, favorecido por el fortalecimiento de las políticas neoliberales y por la desregularización de las relaciones económicas internacionales. La globalización se halla en la época actual en una encrucijada en la que tanto las ventajas como los inconvenientes que a ella se asocian, corren de forma paralela a las polémicas planteadas entre las corrientes liberalizadoras y proteccionistas, defensoras y detractoras, respectivamente de la misma.<sup>13</sup>

En el ámbito del comercio internacional, la justicia globalizadora se reconduce a la institución del arbitraje hasta el punto de que en nuestros días globalización y arbitraje parecen ir de la mano en muchos asuntos. Aún más, podría decirse que el auge de figuras como el arbitraje, como método alternativo de resolución de controversias frente a la justicia estatal, es una de las consecuencias de la globalización donde los intereses en juego ya no son los estatales sino los intereses de los particulares,<sup>14</sup> grupos, empresas, corporaciones, etc. De hecho, el desarrollo del arbitraje internacional privado se encuentra estrechamente unido al desarrollo de los intercambios comerciales entre empresas de diferentes Estados. Como explica Gonzalo Quiroga:

---

<sup>12</sup> Cfr. ESPULGUES MOTA, Carlos y Daniel HARGAIN (Coordinadores). *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*. Madrid: Reus, 2005, p. 3.

<sup>13</sup> Desde la perspectiva que aquí voy a asumir, la liberalización podría identificarse con la propia institución arbitral, como forma privada de justicia. Mientras que, por otra parte, el proteccionismo vendría a coincidir con el orden público, considerado como el límite tradicional del arbitraje. Cuestión sobre la que me detendré más adelante.

<sup>14</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Globalización y Derecho Internacional Privado*. *Op. cit.*, p. 259.

Las cláusulas compromisorias insertas en la práctica totalidad de los contratos internacionales consolidan el papel de los árbitros como principales valedores de la justicia privada y el de la propia institución arbitral como instrumento que inevitablemente es y será la fuente principal de resolución de controversias en este ámbito globalizado y globalizador del mercado.<sup>15</sup>

El verdadero detonante de la globalización del arbitraje internacional se encuentra en el *Convenio de Nueva York de 1958* sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY). Fecha ésta en la cual se puede decir que verdaderamente comienza la globalización en la institución arbitral. Por ello, se viene considerando al mencionado Convenio como el auténtico promotor y precursor de la mundialización en el arbitraje internacional.<sup>16</sup>

La importancia del Convenio de Nueva York deriva de que los signatarios garantizan la validez de los laudos arbitrales realizados en el extranjero, dentro de su propio ámbito jurisdiccional.<sup>17</sup> El Convenio neoyorkino se ha convertido en el protagonista indiscutible para conseguir la cohesión de la institución arbitral desde su implantación en el ámbito internacional. Su gran influencia armonizadora en los distintos sistemas arbitrales de todo el mundo se ha tornado ya incuestionable.

Los grandes avances que ha sufrido el comercio internacional en las últimas décadas han originado un claro interés por intentar armonizar la normativa de los diversos Estados en relación con el comercio

---

<sup>15</sup> GONZALO QUIROGA, Marta. *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 36.

<sup>16</sup> *Vid, ibidem*, p. 37.

<sup>17</sup> Casi todos los países del mundo han firmado esta Convención de 10 de junio de 1958, por eso el Arbitraje donde quiera que se haya realizado tiene validez universal. Si bien los Estados europeos se han mostrado receptivos al Convenio de Nueva York, éstos a su vez han desarrollado su propia legislación a través de sus Códigos Civiles, Comerciales y Procesales.

transnacional, como manera de lograr un nivel de seguridad suficiente para mejorar y favorecer los intercambios entre los diferentes países. Varias han sido las instituciones que se han preocupado de este objetivo. Aquí me referiré, particularmente, a dos: por un lado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y, por otro, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI).

En primer lugar, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida como UNCITRAL), fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional, y desde luego su labor en las últimas décadas le ha hecho merecedora de grandes elogios. Concretamente, en el ámbito del arbitraje y de la conciliación internacional, interesa resaltar el ya citado Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que es administrado por la CNUDMI, a pesar de no haber sido elaborado por ella; el Reglamento de arbitraje de 1976 sobre arbitraje comercial internacional; la ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985. Igualmente, habría que destacar los trabajos realizados por la CNUDMI en el ámbito de la conciliación: el Reglamento de Conciliación de 1980 y, más reciente en el tiempo, la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

En segundo lugar, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) se presenta a sí misma como una organización empresarial mundial, establecida en 1923 con sede en París, que agrupa a varios miles de empresas de más de 130 países. Las actividades desarrolladas por la CCI son muy variadas. Nos interesa aquí destacar sus tareas sobre el arbitraje y la resolución de conflictos, al contar en su seno con el Tribunal Arbitral Internacional. Junto a la trascendencia inherente de la práctica arbitral desarrollada por su Tribunal Arbitral Internacional, la CCI, a través de sus distintas comisiones, desarrolla una amplísima actividad de reglamentación —de naturaleza privada— en el ámbito

del comercio internacional.<sup>18</sup> Resta señalar que la CCI, cuyo Reglamento fue renovado en 1998, es la institución arbitral que tiene un carácter más global en cuanto al número de participantes, casos decididos y miembros que la componen.

#### IV. EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al igual que ocurre en otras partes del mundo, la importancia del arbitraje en la Unión Europea, en buena parte, obedece al incesante crecimiento de los intercambios comerciales, así como al permanente aumento de los contenciosos derivados de esta modalidad de tráfico jurídico. Tengamos en cuenta que el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir la decisión de justicia. El arbitraje se regula tanto en los Estados miembros como a escala internacional por el ya citado Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras, y, en el marco del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de 1966 por el que se establece una ley uniforme en materia de arbitraje.

Asimismo resulta necesario recordar que el artículo 220 *in fine* del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957) disponía que «los Estados miembros entablarán, *en tanto sea necesario*, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: [...] la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los *laudos arbitrales*».

Aunque resulte sorprendente la Unión Europea no cuenta con normativa específica en materia de arbitraje comercial internacional. Como han apuntado Calvo Caravaca y Fernández de la Gandara, «La falta de

---

<sup>18</sup> Tengamos en cuenta que la CCI se preocupa por la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, la lucha contra la corrupción o la lucha contra el crimen comercial.

un Convenio específico de los Estados comunitarios que tenga por objeto asegurar la extraterritorialidad de los laudos arbitrales se explica, sobre todo, por una razón práctica: la dificultad, hoy por hoy, de superar los logros del Convenio de Nueva York de 1958». <sup>19</sup> Es más, el hecho de que los distintos países miembros de la Unión fueran parte del Convenio de Nueva York de 1958 determinó, en su momento, que la materia arbitral se excluyera del Convenio de Bruselas de 1968 re-lativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículo 1.II.4) y del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículo 1.2.d), permaneciendo este asunto en manos del legislador nacional.

Ahora bien, la ausencia de normativa específica sobre arbitraje comercial internacional en el marco de la Unión Europea no ha ido, sin embargo, en detrimento de la voluntad de fomentar el recurso al arbitraje y a otros medios de resolución alternativa de conflictos. <sup>20</sup>

A partir de este dato y de la verificación fáctica del amplio uso del arbitraje en el ámbito de la Unión Europea, puede constatararse la existencia de un notable proceso de reformas de las distintas normativas nacionales en materia arbitral, tanto interno como internacional. Este proceso de reforma presenta como denominador común una creciente utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985 como texto de referencia. En este sentido, puede decirse que la normativa de arbitraje en países como Alemania, Chipre, Escocia, Grecia, Hungría, Irlanda, Malta o Reino Unido se considera por la propia CNUDMI como normativa «Ley Modelo». A este listado podría añadirse la Ley española de Arbitraje, de diciembre de 2003. <sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *El arbitraje comercial internacional*. Op. cit., p. 13.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje de consumo, en el cual entre otras actuaciones se ha constituido la denominada Red EJE.

<sup>21</sup> VID ESPLUGUES MOTA, Carlos y Daniel HARGAIN (Coordinadores). *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*. Op. cit., pp. 746-747.

El arbitraje se encuentra así en la época actual en el punto de mira de la doctrina, por haber sido entendido por algunos como «un mecanismo a través del cual los operadores económicos internacionales pueden lograr la huida de la normativa, en especial, del orden público y las normas imperativas, y de la jurisdicción de los ordenamientos estatales». <sup>22</sup> Se ha llegado a sostener, por parte de reconocidos autores, que el fenómeno de huida de los operadores económicos de los ordenamientos y las jurisdicciones estatales lo ha protagonizado el recurso a la *lex mercatoria* y al arbitraje comercial internacional. <sup>23</sup> Desde mi punto de vista, estas afirmaciones resultan a todas luces exageradas e injustificadas, sobre todo, si tenemos en cuenta que, como ha subrayado Cremades, <sup>24</sup> la potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los juzgados y tribunales, puesto que mientras que los jueces tienen poder de ejecutar lo juzgado, atribuido *ex lege*, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes no baste para cumplir lo decidido en el laudo o llevar a buen fin el procedimiento. De este modo, jueces y tribunales desempeñan una función esencial en el éxito del arbitraje: por un lado, mediante el apoyo y control del arbitraje; por otro, en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral. Por consiguiente, el arbitraje no conlleva «un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado, sino que otra función, jurisdiccional y arbitral se complementan». <sup>25</sup> Con otras palabras: jueces y árbitros han de colaborar como verdaderos socios a la hora de garantizar la libertad contractual de las partes en litigio.

---

<sup>22</sup> GONZALO QUIROGA, Marta. *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*. Op. cit., pp. 35-36.

<sup>23</sup> Así, entre otros autores, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «El paradigma de la norma de conflicto multilateral». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Derecho Civil y Derecho Público. Madrid: Civitas, 1996, tomo IV, p. 5269.

<sup>24</sup> CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española». *Lima Arbitration* n.º 1, 2006, p. 186.

<sup>25</sup> Vid, *ibidem*, p. 190.



El mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido la postura de que el servicio ofrecido por un árbitro es el de «[...] resolver una controversia entre dos o más partes [...]» que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que de las partes efectúan los abogados. Pensemos, por poner un ejemplo, que en España el árbitro no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, por estar reservada a los órganos judiciales (artículo 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el TJCE, por no ser un órgano jurisdiccional.

#### V. REFLEXIONES SOBRE LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO

La realidad actual refleja que ha crecido la confianza de los Estados en la institución arbitral como justicia alternativa que camina al ritmo de la internacionalización de la economía y de las demandas sociales.<sup>26</sup> Ahora bien, mientras que la confianza se convirtió en el requisito indispensable para el desarrollo y la autonomía del arbitraje, por su parte, el orden público, entendido en sentido de mínimos, se erigió como el referente esencial que marcaba hasta dónde podía llegar la autonomía de la institución arbitral: «así pues, el orden público y la arbitrabilidad han pasado a ser los dos indicadores principales de la evolución y la autonomía del arbitraje en el nuevo milenio».<sup>27</sup>

Tengamos presente que si en las vinculaciones mercantiles transfronterizas funciona el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el Derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda, los límites a dicha autonomía vienen marcados por el llamado «Orden público en los distintos sistemas jurídicos. Como

---

<sup>26</sup> Cfr. GONZALO QUIROGA, Marta. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la Competencia. Condiciones Generales de Contratación: Arbitraje Internacional de Consumo, Seguros y Trabajo*. Granada: Ed. Alhulia, 2003, p. 15, correspondiente al «Prólogo» de José María Chillón Medina.

<sup>27</sup> Vid, *ibidem*, p. 34.

es de suponer, una de las cuestiones que más preocupa no es sólo en manos de quién está el poder para manejar la liberalización, que también ha afectado a la propia institución arbitral, sino la de los límites sobre el uso de dicho poder que debería existir a escala internacional, donde el orden público transnacional juega un papel verdaderamente importante.

Los principios de orden público se considera que son los que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general —observa Carbonnier— responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato.<sup>28</sup> Por consiguiente, se trata de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales.

El arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como Libro Verde, pone de relieve la distinción entre orden público interno e internacional. En el Glosario de Derecho Internacional Privado se define el orden público interno así: «Conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada «débil» (consumidor, trabajador, menor, etc.)». Con respecto al orden público internacional, también el Libro Verde se pronuncia: «Des-pués de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un

---

<sup>28</sup> CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Traducción por Manuel M. Zorrilla Ruiz. Barcelona: Editorial Bosch, 1971, vol. II, tomo II, p. 266.

resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley.<sup>29</sup>

Se alude también a un orden público comunitario, compuesto por valores fundamentales compartidos en zonas de integración regional, como la europea, y así lo expresa el Libro Verde, según el cual «tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un «orden público europeo».

Del mismo modo que el poder legislativo trasciende y sobrepasa la idea del Estado-nación, pudiéndose hablar ya de un poder normativo a nivel comunitario, resulta difícil de entender por qué razón las reglas de conflicto deberían siempre referirse al Derecho privado de un Estado, y por qué la noción de orden público debería únicamente deducirse a partir de los derechos locales. En esta línea, creo que es razonable pensar que el orden público también puede extraerse de valores transnacionales compartidos.

El orden público comunitario goza de una importancia singular, al haber contribuido a dar contenido progresivamente al orden público internacional o transnacional, encargado éste, como sabemos, de marcar los límites al arbitraje internacional.<sup>30</sup> Concretamente, gracias a tres decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) a este respecto (la STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97; la STJCE de 28 de marzo

---

<sup>29</sup> *Vid* Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

<sup>30</sup> A pesar de ello, actualmente, todavía no se puede decir que estén perfectamente definidos los límites del arbitraje comercial internacional por el orden público comunitario.

de 2000, Krombach c. Bamberski, C7/98; la STJCE de 11 de mayo de 2000, Renault c. Maxicar y Formento, C-38/98) se ha afirmado que existe una «comunitarización» del concepto de orden público o un orden público comunitario que consagra la existencia de un orden público internacional de fuente comunitaria.

Detengámonos a examinar la decisión que tomó el TJCE en el caso *Eco Swiss China Time v. Benetton (1999)*. La sociedad holandesa Benetton había celebrado un contrato de licencia con Eco Swiss y Bulota, por el que Benetton concedía a Eco Swiss, por un tiempo determinado, el derecho a fabricar relojes con la mención «Benetton Bulota». En virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato, y a raíz de la resolución anticipada del mismo por Benetton, las partes iniciaron un arbitraje ante el Instituto Neerlandés de Arbitraje. Cuando el Tribunal Arbitral dictó dos laudos condenando a Benetton al pago de una in-demnización, Benetton solicitó la anulación de los laudos ante los tribunales holandeses, alegando que dichos laudos eran contrarios al orden público debido a la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia comunitario.

El *Hoge Raad der Nederlanden* planteó una serie de cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 234 Tratado CE (antiguo 177)<sup>31</sup> sobre si el hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impidiera la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho comunitario de la competencia, implicaba que el juez nacional debiera estimar la acción de anulación que contra ese laudo arbitral se hubiera planteado. El TJCE precisó:

[...] un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE (ex artí-

---

<sup>31</sup> Según esta disposición, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene que aplicar Derecho comunitario, en relación con una causa de la que esté conociendo, dicho tribunal podrá suspender el procedimiento nacional y formular una solicitud al TJCE sobre la forma en que debe interpretarse un acto jurídico comunitario o los Tratados de la Unión Europea.

culo 85 del Tratado de Roma), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

El Tribunal de Luxemburgo puso de relieve que la norma de defensa de la competencia del artículo 85 del Tratado de Roma constituía una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Y como consecuencia de ello, precisaba:

En la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado». El TJCE constataba en esta decisión que al ser nulo el contrato objeto del arbitraje, por vulnerar el orden público comunitario, la sentencia arbitral que se había dictado sobre el mismo también asimismo era nula. Como ha observado Cremades: «La decisión del TJCE pone de manifiesto que los árbitros, en la toma de decisiones, no deben ignorar los principios básicos de orden público, al amparo de las formalidades que pueda presentar una determinada relación contractual. Sin duda alguna, existe un proceso de ósmosis entre jueces y árbitros, por el que los órganos jurisdiccionales efectúan un examen pormenorizado del cumplimiento en el arbitraje de principios que forman parte del denominado orden público.<sup>32</sup>

Una prueba más de la estrecha relación entre jueces y árbitros es que en Europa, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención de Roma de 1950, de cuyos preceptos se desprende un orden público europeo o comunitario, y así lo ha expresado el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por ejemplo, en el muy citado *caso Krombach (C-7/98) del año 2000*. El Tribunal de Luxemburgo sostuvo que entre las manifestaciones del orden público comunitario se encuentran las indicaciones proporcionadas por los ins-

---

<sup>32</sup> CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española». En *Lima Arbitration*, n.º 1, *Op. cit.*, p. 216.

trumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a cuyo respeto los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, entre ellos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por lo demás, la Unión Europea constituye una organización supranacional cuyo Derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados miembros. En cada uno de estos Estados el Derecho comunitario forma parte del sistema jurídico nacional. Es más, en caso de conflicto prevalece el Derecho europeo sobre el autóctono. Al mismo tiempo, hay que tener presente que algunas reglas básicas del Derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia, forman ya parte del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que ha provocado que el orden público nacional quede en algunos casos relegado.

Por último, el *caso Renault (C-38/98) del año 2000*, me parece llamativo en cuanto que el TJCE señala que aunque no le corresponde a él definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, «Sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante»,<sup>33</sup> cuestión en la que remite a la sentencia Krombach. Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo deja bien claro que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>34</sup>

Junto a estos tres casos referidos, también otro caso digno de consideración es el de *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc. del Tribunal de Justicia del año 2000 (C-381/98)*. El Tribunal de

---

<sup>33</sup> Apartado 28 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de mayo de 2000.

<sup>34</sup> Apartado 32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de mayo de 2000.

Luxemburgo planteó el tema de que determinadas disposiciones del Derecho comunitario, podían gozar de carácter imperativo. Éste era el caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, que establece una protección especial a los agentes en sus vinculaciones internacionales. De tal manera que las disposiciones de protección mínima establecidas en esta Directiva comunitaria debían considerarse de orden público europeo y, por tanto, debían prevalecer sobre un resultado supuestamente contrario al que pudieran llevar las normas de conflicto.

A nivel comunitario, este fallo del TJCE trataba de impedir que se evadieran fraudulentamente disposiciones imperativas recurriéndose a otro Derecho aplicable. Concretamente, se puso de relieve el carácter imperativo de artículos 17 a 19 de la Directiva, cuya finalidad era proteger al agente comercial, una vez que se hubiera extinguido el contrato. Se observó, además, en la sentencia que las medidas de armonización establecidas en esta Directiva tenían como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. Debido a que el objetivo último de los artículos 17 a 19 de la Directiva era proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resultaba necesaria. De ahí que el TJCE dictaminara que resultaba esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerciera su actividad dentro de la Comunidad, no pudiera eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Ello se debía a que la función que desempeñaban estas disposiciones exigía que éstas se aplicaran cuando el agente comercial desempeñara su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hubieran pretendido someter el contrato.

Según ha advertido Moreno Rodríguez, este orden público europeo ha sido citado también en casos arbitrales, como en los pronunciamientos de la Cámara de Comercio 4132 de 1983 y 6197 de 1995. Es más, se ha llega-

do a cuestionar si no se está, en el fondo, ante un orden público «nacional». Curiosamente en 1998, la Corte Suprema Austriaca concluyó en dos ocasiones que la norma de Derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados miembros es, por razón de su supremacía, automáticamente parte del orden público nacional austriaco.<sup>35</sup>

No debería perderse de vista que el orden público comunitario tiene un carácter regional. Funciona de una manera parecida, en la idea de territorialidad, al orden público interno, ya que si el Derecho comunitario se implementa como Derecho interno el orden público comunitario deviene un orden público interno de los Estados miembros. La aplicación de la normativa imperativa y del orden público es fundamental en el ámbito comunitario, dado que las legislaciones de los Estados miembros de la UE restringen la posibilidad de recurrir al arbitraje únicamente en caso de controversia de Derecho privado y consideran nulas las decisiones arbitrales contrarias al orden público o a las buenas costumbres.<sup>36</sup>

De este modo, el examen por parte de los órganos jurisdiccionales estatales de los Estados miembros en la UE, tanto en fase de ejecución como en anulación del laudo arbitral, de determinados aspectos de fondo que traigan a colación la vulneración del orden público, se establece como un mecanismo de control que pretende evitar el recurso al arbitraje como si de un fraude procesal se tratara.

En el ámbito europeo, un orden público comunitario en el arbitraje ha sido esbozado por P. Schlosser, a través de una definición que recoge dos aspectos: Por una parte, la violación del conjunto de normas que

---

<sup>35</sup> Vid MORENO RODRÍGUEZ, José A. «Orden Público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur». Recogido en <http://www.cedep.org.py/doctrina.asp>

<sup>36</sup> Así lo ha declarado en su punto número 2 la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso al arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos, *Arbitraje en los conflictos de orden jurídico*, A3-0318/94, DOCE, viernes, 6 de mayo de 1994.



limitan la libertad contractual comportarían la violación del orden público comunitario. Por otra parte, la esencia de este orden público la constituirían las cinco libertades fundamentales.<sup>37</sup>

Tengamos también en cuenta que en el ordenamiento jurídico comunitario confluyen países con una larga tradición arbitral, reconocida internacionalmente, frente a otros que gozan desde hace no tanto de nuevas leyes arbitrales. Ello provoca la constatación de una realidad bastante heterogénea desde el punto de vista que aquí se aborda.

#### VI. EL ARBITRAJE: TAMBIÉN UN MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS EUROPEOS SUSCRITOS CON OTROS PAÍSES

El arbitraje encuentra encaje en los Acuerdos Europeos, al establecer éstos un método para la resolución de conflictos que puede considerarse dual.<sup>38</sup> Por una parte, cabe que el Consejo de Asociación sea el órgano encargado de resolver mediante una decisión, cualquier conflicto relativo a la interpretación o aplicación del texto de los Acuerdos. El recurso al procedimiento de arreglo de controversias es un instrumento relevante en los Acuerdos para adecuar a los Estados firmantes a cauces democráticos e incluso para solucionar los problemas sobre la cláusula democrática y su interpretación.

---

<sup>37</sup> SCHLOSSER P. F. : «Arbitration and the European Public Policy». En *L'arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 81.

<sup>38</sup> NAVARRO CONTRERAS, Enrique. *La ampliación de Europa y el Derecho del comercio internacional: los Acuerdos Europeos*, Granada, Ahulia, 2002, pp. 228-230.

## VII. OTRAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Aun cuando el arbitraje a menudo no se considera dentro de la categoría de los métodos alternativos de solución de conflictos,<sup>39</sup> creo que dada su importancia cada vez mayor en el ámbito europeo conviene referirse a estos últimos. Y es que ante las dificultades de la justicia convencional para hacer frente a un sinnúmero de causas planteadas en sede de tribunales, las *Alternative Dispute Resolutions (ADR)* o, en terminología francesa, los *Methodes Alternatives de Resolution de Controversies (MARC)*, se constituyen en un instrumento básico para reforzar la resolución extrajudicial de conflictos nacidos de la firma de un contrato en la Unión Europea.

Desde la Comisión de la Unión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los ADR se presentara como un signo de identidad de la nueva Europa, al tiempo que un medio para afrontar la crisis de la administración de justicia, que no constituye sólo un problema nacional, sino que es un grave problema común de todos los Estados miembros.

Tanto su carácter consensual como su flexibilidad de formas permite que las partes, mediante la inclusión de una cláusula específica y vinculante, prevean el posible desacuerdo vinculado a la fase de ejecución del contrato, abriendo un procedimiento alternativo para dar solución a las desavenencias generadas.<sup>40</sup> Incluso, en el supuesto de que los actores no hayan previsto esta fórmula, podrán recurrir a ella en el momento en el que se haya generado el litigio. El papel que juega el tercero es el de facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, de tal modo que éstas nunca dejan de ser las verdaderas protagonistas.

---

<sup>39</sup> Ello se debe a que el laudo arbitral tiene muchas más semejanzas con la sentencia judicial que, por ejemplo, con el acuerdo de mediación.

<sup>40</sup> Las partes pueden decidir su aplicación, quién se hará cargo del proceso, ya sea una persona física o una organización, cómo se va a desarrollar el procedimiento y si van a acudir personalmente o hacerse representar por un tercero durante el desarrollo de la causa.

La mediación, la conciliación o el *mini-trial* constituyen así métodos alternativos de solución extrajudicial de conflictos, cuya misión es acabar con las discrepancias nacidas del acuerdo. Además de caracterizarse por su bajo coste,<sup>41</sup> son rápidos y otorgan seguridad jurídica a la solución definitiva de las controversias.

Las ADR pueden aplicarse por un juez, confiadas por éste a un tercero en el marco de un procedimiento judicial o ser utilizadas por particulares con la finalidad de encontrar una respuesta de consenso al conflicto generado por un contrato, más aún cuando el litigio goza de un carácter transfronterizo.

La Unión Europea se ha mostrado muy favorable hacia las modalidades alternativas de solución de conflictos. A partir del Plan de Acción de Viena de diciembre de 1998<sup>42</sup> y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre 1999, el Consejo de Ministros Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un *Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas al arbitraje*, en el que analizara la situación existente e iniciara una amplia consulta con miras a la prepa-

---

<sup>41</sup> En lo que al coste se refiere, lo usual es que éste sea sufragado por las partes. Puede suceder que la propia organización encargada del procedimiento, especialmente en el supuesto de que tenga carácter público, corra con los gastos producidos por su gestión, o que los profesionales responsables de la ADR no perciban remuneración alguna.

<sup>42</sup> Apartado 83 de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena de 1998: «El Consejo Europeo aprueba el plan de acción del Consejo y de la Comisión referente a las modalidades óptimas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia». Este plan de acción se publicó en el DO C 19 de 23 de enero de 1999, p. 1. El párrafo b) del apartado 41 de este plan de acción dispone que: «estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares». Las conclusiones de las reuniones del Consejo Europeo pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://ue.eu.int/fr/Info/euroconcil/index.htm>

ración de las medidas concretas que conviniera adoptar. Debía darse prioridad a la posibilidad de establecer principios fundamentales, en ámbitos generales o específicos, que ofrecieran garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales supusiera el nivel de seguridad requerido en la administración de justicia.

La Comisión Europea, al ser plenamente consciente de las dificultades que atravesaba la justicia en sus Estados miembros (lentitud, falta de conocimientos específicos en materia comercial por parte del juzgador, dilación en la obtención de la sentencia firme...), ha tratado con insistencia de animar el uso de las *Alternative Dispute Resolutions* como instrumento de mejora de una situación preocupante, haciendo de su uso una verdadera prioridad política. Su confianza en estas figuras, entre las que destaca la mediación,<sup>43</sup> le condujo a defender que ésta podía contribuir a una mayor sostenibilidad de las tendencias económicas y sociales al preservar la relación entre las partes tras la solución del litigio, a diferencia de los efectos con frecuencia perturbadores de la resolución de pleitos a través de un proceso judicial. Parecía así más probable para la Comisión que los acuerdos de resolución alcanzados a través de la mediación se cumplieran voluntariamente y también que preservasen una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios resultaban aún más perceptibles en situaciones con elementos transfronterizos.

---

<sup>43</sup> La Comisión Europea ha definido la mediación del siguiente modo: «Todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro.

No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio».

Por otra parte, entiende por mediador: «Todo tercero que lleva a cabo una mediación, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro concernido y del modo en que haya sido designado o se le haya asignado la mediación». *Vid* Directiva marco sobre la mediación, a la que me referiré de un modo exhaustivo más abajo.

### VII.1. *El Libro Verde*

La Comisión Europea publicó el 19 de abril de 2002 el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil.<sup>44</sup> En él, la Comisión analiza en profundidad las ADR, intentando brindar soluciones a un problema en el que se encuentran envueltos al mismo tiempo la justicia y los ciudadanos europeos.<sup>45</sup>

Si las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil suscitan un interés especial en la Unión Europea, ello se debe a tres razones:

- (i) «Se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello.
- (ii) Las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo.
- (iii) Las ADR representan una prioridad política —confirmada en varias ocasiones— para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad. Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflic-

---

<sup>44</sup> Bruselas, 19.04.2002. COM (2002) 196 final. El Libro Verde trata de las ADR en el ámbito del Derecho civil y mercantil, incluidos el Derecho laboral y el relacionado con el consumidor.

<sup>45</sup> El objetivo principal de este Libro Verde era proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se planteaban respecto a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

tos («ODR» por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet».<sup>46</sup>

En el Libro Verde, tras reconocerse las indudables ventajas de la aplicación de la justicia privada desarrollada en un ámbito de consenso, define la figura como una modalidad alternativa de solución de conflictos aplicada por un tercero imparcial, de los que el arbitraje queda excluido por entender que el objetivo del laudo es sustituir a la decisión de la justicia.

En su Libro Verde, la Comisión recordaría que el desarrollo de estas formas de solución de los litigios no debía considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, podía ser más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero, fuera un juez o un árbitro.

Las ADR están en auge desde hace algunos años. Interesa recordar que en 1994 se creó una red de centros de arbitraje y mediación mercantil, con sede en España, Francia, Italia y el Reino Unido, bajo forma de agrupación europea de interés económico. Esta red, llamada «Red Europea de Arbitraje y de Mediación» (REAM) o «European Network for Dispute Resolution» (ENDR) pudo disfrutar en sus comienzos, en particular, de un apoyo financiero comunitario administrado por la Comisión Europea, Dirección General XXIII «Pequeña y mediana empresa».

Las modalidades alternativas de solución de conflictos, como, por ejemplo, la mediación, permiten que las partes vuelvan a entablar un diálogo para encontrar una verdadera solución a su litigio mediante la negociación, en vez de encerrarse en una lógica de conflicto y confrontación que desemboca normalmente en una situación de vencedores y

---

<sup>46</sup> Libro Verde, *ibidem*, p. 5.

vencidos. Ellas mismas eligen la manera de solucionar el desacuerdo, desempeñando un papel activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que les conviene mejor. La importancia de este método es evidente, por ejemplo, en los conflictos familiares, aunque su utilidad potencial es muy amplia en otros tipos de litigios desde el momento en que se posibilita superar el debate propiamente jurídico y de encontrar una solución personalizada y adaptada al conflicto.<sup>47</sup>

El Libro Verde tenía por objeto esencialmente encontrar respuestas al delicado equilibrio entre la necesidad de mantener la flexibilidad de estos procesos garantizando al mismo tiempo su calidad, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales. Al mismo tiempo, el Libro Verde hacía hincapié en las realizaciones e iniciativas ya adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y la Comunidad.

Al publicar este Libro Verde, la Comisión participó en la continuación de los debates en curso en los Estados miembros y a nivel internacional sobre la mejor manera de garantizar que las modalidades alternativas de solución de conflictos se desarrollaran en un entorno óptimo.

Las 21 preguntas planteadas en el Libro Verde se referían a los elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos, tales como la cuestión de los acuerdos para hacer uso de estos procesos, el problema de los plazos de prescripción y caducidad, la exigencia de confidencialidad, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos en particular, su ejecución, la formación de los mediadores y otras terceras partes, su acreditación, su régimen de responsabilidad.

---

<sup>47</sup> Por ello, se viene usando cada vez más en complicados litigios comerciales en los que las partes, además de solucionar el conflicto, quieren seguir manteniendo en la medida de lo posible una relación comercial. De hecho, está siendo muy común en los litigios derivados de accidentes médicos en los que mediante la mediación se puede llegar a la adopción de soluciones creativas e innovadoras, fuera del alcance de los tribunales de justicia.

*En julio de 2004 la Comisión decidió crear un código de conducta de los mediadores* que fue aprobado por una amplia mayoría de expertos en mediación y adoptado el 22 de octubre de 2004 por la Comisión y sometido al Parlamento y el Consejo europeo como *Directiva marco sobre la Mediación*.<sup>48</sup>

El Libro Verde, el Código de Conducta y la propuesta de Directiva se inscriben todos ellos en el marco de los trabajos que la Comunidad Europea realiza para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente para garantizar un mejor acceso a la justicia. Este el objetivo por antonomasia:

Que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. En este contexto, el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial.<sup>49</sup>

La Directiva intentaba contribuir al logro de este objetivo, facilitando el acceso a la resolución de litigios a través de dos tipos de disposiciones: por un lado, las dirigidas a consolidar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial, creando unas disposiciones de mínimos en la Comunidad sobre varios aspectos esenciales del procedimiento civil; por otro, facilitando los elementos necesarios para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan de una manera activa el uso de la mediación, pero sin necesidad de convertirla en obligatoria ni tampoco condicionarla a sanciones concretas.

---

<sup>48</sup> Bruselas, 22.10.2004 COM (2004) 718 final. 2004/0251 (COD). «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». SEC (2004) 1314. Presentada por la Comisión.

<sup>49</sup> Vid Exposición de motivos de «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». Bruselas, 22. 10. 2004. COM (2004) 718 final. 2004/0251 (COD). SEC (2004) 1314. Presentada por la Comisión, p. 2.



Según ha defendido la Comisión Europea de un modo literal:

La utilidad de ampliar el recurso a la mediación lo constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos. La Comisión cree que la mediación es una cantera sin explotar como método de resolución de litigios y de dar acceso a la justicia entre particulares y empresas.

Sin embargo, la promoción directa de la mediación por parte de la Comunidad es necesariamente limitada y la única medida concreta al respecto contenida en la propuesta es la obligación de los Estados miembros de permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes. Asegurar una relación dinámica entre la mediación y los procedimientos judiciales, sin embargo, contribuirá indirectamente también a promover la mediación.<sup>50</sup>

No es la intención de la Comisión presentar la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad avanzada que puede ser el más acertado para algunos litigios, pero claramente no para todos. Por otra parte, subrayaría la Comisión que «la disponibilidad de métodos ADR (*alternative dispute resolution*) en general no puede en modo alguno sustraer la obligación de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye uno de los pilares clave de una sociedad democrática».<sup>51</sup>

La Comisión Europea argumentaba que fomentar el uso de la mediación y otras formas alternativas de resolución de conflictos (MASC) facilitaría su resolución, ayudaría a evitar los problemas, el tiempo y coste implícitos a los litigios ante los tribunales de justicia y serviría a los ciudadanos como una vía real de garantizar sus derechos reales.

---

<sup>50</sup> Vid, *ibidem*, p. 3.

<sup>51</sup> Vid, *ibidem*, p. 4.

El problema que deriva de esta forma de resolución de litigios es que los Estados miembros no tienen una normativa marco que pueda tratar al detalle y de forma uniforme todos los aspectos jurídicos vinculados a las ADR.

En lo que se refiere a las ADR desarrolladas en el ámbito de los procedimientos judiciales, las leyes de enjuiciamiento civil permiten la preceptiva consulta al juez a efectos de llegar a la conciliación entre las partes, o más bien, establecen esa conciliación como elemento obligatorio del procedimiento. Como se puede observar, el cometido del juzgador dista mucho de las funciones que normalmente le asigna la ley.

Las ADR encomendadas por el juez a terceros sí cuentan con regulación específica de alcance general, incluso en algunos países se recoge la obligación de recurrir a una ADR antes de ir al pleito, ya sea por una decisión adoptada por el juez o por imperativo legal (Francia, Bélgica, Alemania). La elección del tercero designado para resolver el litigio tiene su origen en una serie de criterios: puede tratarse de un funcionario (por ejemplo Grecia, en materia de conflictos laborales), o un particular, inscrito en una lista que acredita el cumplimiento de unos requisitos previos (por ejemplo, Francia, en materia de conciliación judicial exige al intermediario cumplir con los requisitos de moralidad y profesionalidad) o, finalmente, ser elegido por razón del caso en el que va a intervenir.

La ADR convencional no cuenta con ningún tipo de normativa, ni general ni específica, siendo regulada por disposiciones de Derecho contractual y los correspondientes principios generales inspiradores de toda relación jurídica; sin embargo, algunos Estados miembros han logrado establecer legislaciones de carácter sectorial que establecen la creación de servicios específicos para impartir justicia mediante este instrumento.

Una de las cuestiones planteadas por la aplicación de la ADR a la resolución del conflicto parte del supuesto de que fracase su procedimiento y prescriba el plazo para acudir a tribunales. Algunos Estados

han determinado expresamente que el recurso a la ADR acarree la suspensión automática de plazo de prescripción de la denuncia objeto de litigio (por ejemplo, Alemania), pero esto obligaría a todos los países miembros a reformar las leyes de enjuiciamiento civil, cuestión difícilmente aplicable a la práctica legislativa en la actualidad.

Si las partes llegan a un acuerdo a través de la figura de una ADR deberíamos también preguntarnos cuál es su alcance jurídico, especialmente porque no todos los Estados le conceden la misma validez y eficacia. Se trata entonces de buscar un denominador común, y éste se encuentra en que cualquier modalidad de ADR constituye una forma de transacción. Los acuerdos son posibles siempre que se haya consignado la orden de ejecución forzosa, porque el juez los apruebe o porque las partes recurran a una escritura pública.<sup>52</sup>

## *VII.2. El sistema SOLVIT*

Es evidente que en el ámbito mercantil, la tendencia a buscar sistemas alternativos de resolución de conflictos se ha traducido en el impulso de figuras como el arbitraje, la mediación y los mecanismos de autorregulación. Sin embargo, en el Derecho administrativo, y para el caso de conflictos entre particulares o empresas y administración pública, las iniciativas a favor de estos sistemas han tenido menos acogida. Ahora bien, incluso en este ámbito administrativo, el arbitraje se va imponiendo para solventar conflictos que puedan generarse entre organismos públicos.

En este marco, la Comisión Europea ha impulsado un sistema extrajudicial con la idea de que se resuelvan de forma rápida y eficaz las situaciones en las que una empresa o un particular detecte que un Estado miembro incumple o aplica incorrectamente alguna norma de Derecho comunitario relacionada con el establecimiento del mercado

---

<sup>52</sup> En algunos Estados miembros las transacciones inscritas en los actos de una instancia de ADR autorizada sí que tienen título ejecutivo.

interior. El sistema, denominado SOLVIT, pretende facilitar al ciudadano y a las empresas el ejercicio de los derechos que las normas comunitarias establecen en materia de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, sin necesidad de iniciar procedimientos legales.

Podría decirse que SOLVIT es una red en línea de resolución extrajudicial (informal) de problemas transfronterizos entre una empresa o un ciudadano y una autoridad pública nacional que deriven de una posible aplicación incorrecta de la legislación comunitaria. Los centros SOLVIT forman parte de las administraciones nacionales y tratan de ofrecer ayuda para la tramitación de reclamaciones de ciudadanos y empresas de un modo rápido, gratuito y eficaz sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.<sup>53</sup> La red actúa en cualquier Estado miembro de la UE, además de Noruega, Islandia y Liechtenstein.

SOLVIT comenzó a funcionar en julio de 2002 y se ha mostrado útil a la hora de resolver los problemas transfronterizos en la Unión Europea relacionados con el trabajo, el reconocimiento de títulos universitarios, la matriculación de automóviles o la creación de empresas.

Aunque son los Estados miembros los que gestionan el servicio, la Comisión Europea proporciona medios y, en caso necesario, ofrece asistencia para acelerar la resolución de problemas.<sup>54</sup> Es más, la Comi-

---

<sup>53</sup> Otros sistemas de resolución informal de conflictos entre consumidores y empresas son: 1) la Red FIN-NET, que permite a los consumidores obtener una resolución rápida de los problemas en el sector de los servicios financieros transfronterizos; 2) la Red de centros europeos de los consumidores «Red CEC» o ECC-NET para la resolución de litigios de consumo transfronterizos. La Comisión participó también en la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica ECODIR para la resolución de conflictos relacionados con el consumo.

<sup>54</sup> En este sentido hay que destacar la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 2001 sobre los principios para la utilización de «SOLVIT» —Red de Resolución de Problemas en el Mercado Interior— [Diario Oficial L 331 de 15.12.2001]. El Consejo ha ratificado esta Recomendación de la Comisión. *Vid*

sión se ocupa de velar por la mejora de los servicios SOLVIT ante la ampliación y el éxito de la red.<sup>55</sup>

Las soluciones que emite esta red de resolución extrajudicial de conflictos no son vinculantes. En caso de que el cliente considere la propuesta inaceptable, siempre puede acudir a la vía judicial para resolver el conflicto. El Estado miembro de que se trate tiene entonces obligación de resolver el conflicto. Si el Estado miembro no hiciera nada al respecto, la Comisión se reserva el derecho de adoptar medidas. De hecho, la Comisión realiza periódicamente tareas de evaluación de los centros para constatar no sólo la eficacia de la red sino el tipo y forma de soluciones que se están adoptando.

### VIII. CONCLUSIONES

En el marco del Derecho comunitario, el arbitraje como método de resolución de controversias alternativo a la justicia estatal, ha ido en aumento. Ahora bien, en ningún caso debería ser éste un instrumento para evadir disposiciones imperativas del orden público. En la actualidad, asistimos a un proceso de comunitarización del orden público, que confirman diversos fallos dictados por el TJCE y que condicionan el desenvolvimiento de la institución del arbitraje en el ámbito de la Unión Europea.

Desde las instancias comunitarias se está animando al uso no sólo del arbitraje sino de otros métodos nuevos de resolución extrajudicial de controversias. En cualquier caso, todos ellos no pueden perder de vista el objetivo para el que fueron creados: garantizar a los ciudadanos europeos un verdadero acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la sociedad de nuestros días.

---

Conclusiones del Consejo sobre la red «SOLVIT». Consejo «Mercado interior» de 1 de marzo de 2002 [no publicadas en el Diario Oficial].

<sup>55</sup> *Vid* Documento de trabajo de la Comisión de 27 de septiembre de 2005 relativo al sistema de resolución de conflictos en el mercado interior (red SOLVIT) [SEC (2005) 543 —no publicado en el Diario Oficial—].



## CAPÍTULO 22

### ARBITRAJE Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Nicolás Zambrana Tévar





## Capítulo 22

### ARBITRAJE Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES

*Nicolás Zambrana Tévar*

I.- Orígenes, necesidad y características básicas del arbitraje de inversiones.—  
II. El consentimiento arbitral.— III. Requisitos relativos a las partes del arbitraje.— IV. Requisitos relativos a la controversia objeto del arbitraje.— V. El tribunal arbitral.— VI. El procedimiento arbitral.— VII. Derecho aplicable.—  
VIII. El laudo arbitral y su nulidad.— IX. Reconocimiento y ejecución de laudos.

#### I. ORÍGENES, NECESIDAD Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Frente a los riesgos meramente comerciales que padecen las inversiones exteriores (aumento de costes, disminución de precios, etc.), existen otros, denominados riesgos «políticos»: pérdida de la inversión a causa de una nacionalización o expropiación, perjuicios motivados por acciones armadas dentro del Estado receptor de la inversión —llevadas a cabo por órganos del Gobierno o por opositores a éste—, alteración del marco regulatorio de la inversión, manifestado en nuevas normas sobre medioambiente, control de cambios, derechos de los trabajadores, impuestos etc., decisiones arbitrarias de órganos administrativos o judiciales o inactividad de los mismos y, finalmente, alteraciones del marco económico, como puede ser una modificación forzosa de las tasas o precios públicos con los que se generan los ingresos del inversor.

Una de las características fundamentales de estos riesgos «políticos» es que no tienen su origen en las fuerzas del mercado, propia-

mente dicho. Es decir, el daño a la inversión no proviene de una persona física o jurídica de naturaleza privada sino del Estado receptor de la inversión, entendido de modo genérico como estructura de poder capaz de dictar normas aplicables (por lo menos) en todo su territorio, hacer que se cumpla su contenido y sancionar su incumplimiento. El inversor trata de protegerse frente a este tipo de riesgos de diversas maneras: compartir los riesgos con inversores locales (mejores conocedores del entorno legal y económico), suscripción de seguros u obtención de garantías de entidades como el MIGA<sup>1</sup> o mediante la previsión de mecanismos de resolución de conflictos futuros con el Estado.

Estos conflictos surgen, básicamente, cuando el inversor entiende que ha sufrido un perjuicio económico en su inversión, causado por la infracción de alguno de sus derechos por parte del Estado, al violar éste una norma contenida en su propia legislación, en convenios internacionales, o en acuerdos suscritos con el inversor. Los concretos perjuicios proceden de la materialización de los riesgos políticos mencionados más arriba.

Existen diversos mecanismos de resolución de controversias originadas por daños causados por el Estado receptor de las inversiones: tribunales ordinarios (del Estado receptor o de otros Estados), Tribunales internacionales (permanentes, como la Corte internacional de justicia, comisiones mixtas creadas por el Estado receptor y el Estado de origen del inversor, etc.) o tribunales arbitrales —interestatales o de carácter mixto—, cuya principal característica es su carácter privado y consensual.

Acudir a los tribunales (civiles o administrativos) del propio Estado receptor puede parecer la opción más obvia, por dos razones. La primera es la mayor conexión que tendrán todos los elementos de la controversia con el territorio en el que dichos tribunales ejercen sus funciones, lo que normalmente conducirá a que los tribunales del Estado

---

<sup>1</sup> MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency.

receptor asuman competencia y los de otros Estados se inhiban, en aplicación, cada uno, de sus propias normas de competencia judicial internacional. La segunda razón es la condición de ente soberano que tiene el Estado receptor, lo que puede impedir a los tribunales de otros Estados ejercer su competencia sobre él, en razón de su inmunidad de jurisdicción. Los ordenamientos de algunos Estados tienen una concepción restringida de esta inmunidad y sus tribunales pueden entender de demandas contra otros Estados cuando el objeto de la controversia es un acto de naturaleza comercial (actos *iure gestionis*). No obstante, en materia de inversiones y de contratos de Estado, los Estados receptores muchas veces actúan en uso de su soberanía (actos *iure imperii*), sin que en estos casos haya excepciones a la inmunidad de jurisdicción. Además, en los países de tradición anglosajona, los tribunales pueden aplicar la doctrina del *act of State*, por la que se abstendrán de juzgar las acciones y decisiones de un Estado soberano, en uso de su soberanía, dentro de su territorio. El fundamento de estos obstáculos a la competencia de los tribunales es que se entiende que el propio Estado es el único capaz de regular y juzgar sus propias acciones y decisiones, en cuanto se circunscriban al ámbito territorial en el que ejerce dicha soberanía. Por último, también se suele señalar que actos tales como las nacionalizaciones o las expropiaciones tienen un fuerte componente político, por lo que la jurisdicción ordinaria (la del Estado receptor y, menos aún, la de otros países) no sería apropiada para evaluarlos.

Por otro lado, los tribunales internos o nacionales suponen serias desventajas para el inversor extranjero: menor conocimiento de su ley procesal, la posibilidad de una judicatura inexperta o manipulable, o la casi seguridad de que las normas locales de conflicto de leyes señalarán a la ley nacional como ley aplicable al fondo de la controversia. Esto iría en menoscabo del inversor, pues la ley interna suele ser más favorable al Estado que a aquél, sobre todo en lo que respecta a su Derecho público y a la posibilidad de modificar los términos de los contratos o acuerdos suscritos con el inversor, en uso del *ius variandi* de la Administración. La ley del Estado receptor también puede contener lagunas y es modificable, bien por el Parlamento (leyes), bien por la Administración (reglamentos, etc.).

Tradicionalmente, la alternativa al sometimiento a los tribunales internos era el recurso a la violencia o la protección diplomática. Ésta consistía en que el inversor, después de agotar todos los recursos ante el Estado receptor, podía solicitar al Estado de su nacionalidad —aunque éste podía negarse— que mediara ante el Estado receptor o que le demandara ante un tribunal internacional, como la Corte permanente de justicia internacional, o ante un tribunal arbitral constituido *ad -hoc*, sobre la base de que un perjuicio a uno de sus nacionales era una ofensa indirecta a su propio Estado. La progresiva implantación de la doctrina Drago<sup>2</sup> impidió el uso de la fuerza para proteger a los propios inversores. La doctrina Calvo —seguida sobre todo en Latinoamérica, hasta los años noventa— prohibía la protección diplomática y que tribunales distintos de los nacionales entendieran de este tipo de controversias.

Durante la primera mitad del siglo veinte, algunos «contratos de Estado» para la extracción de minerales, suscritos entre multinacionales y Estados soberanos, empezaron a incluir cláusulas que trataban de «deslocalizar» o «internacionalizar» la controversia.<sup>3</sup> En lo que se refiere a la resolución de disputas, el objetivo de estas cláusulas era que cualquier controversia se dirimiera ante tribunales arbitrales, resolviendo así el riesgo de manipulación de los tribunales internos por el Estado parte, así como los prejuicios hacia los inversores extranjeros. Además, frente a los miedos y rigideces de los procesos judiciales ordinarios, el arbitraje posibilitaba elegir árbitros expertos y de confianza, una decisión inapelable sobre el fondo —con lo que se ahorraban costes—, la discrecionalidad de un procedimiento a puerta cerrada, así como poder adaptar el mismo a las necesidades concretas de cada controversia, sobre todo en materia de prueba y de presentación de alegaciones. En cuanto al Derecho aplicable, en dichos contratos se incluían cláusulas de elección de principios generales del Derecho, tendentes a evitar la aplicación del Derecho nacional, así como cláusulas de «esta-

---

<sup>2</sup> Vid Convención de la Haya de 1907 (convención Drago-Porter), sobre la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales.

<sup>3</sup> Vid casos *Lena Goldfields*, *Sapphire*, *Ruler of Qatar* y *Ruler of Abu Dhabi*.

bilización» cuya finalidad era lograr que, de aplicarse el Derecho nacional, éste no pudiera modificarse en detrimento de la inversión. A este respecto hay que reseñar que, de modo habitual, las nacionalizaciones y expropiaciones se llevaban a cabo mediante algún tipo de norma nacional que legitimaba dicha acción.

Acabada la época de las grandes nacionalizaciones, que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial y originadas en parte por el proceso descolonizador, se fue cuajando un consenso acerca de la necesidad de las inversiones extranjeras para el despegue económico de los países en vía de desarrollo. También creció el convencimiento de que para atraer inversiones se debía crear un marco legal favorable a las mismas, parte del cual serían mecanismos fiables de solución de disputas con los que los inversores pudieran defender sus derechos frente a los Estados, organismos públicos y empresas estatales. Esto contribuyó a afianzar el arbitraje como medio habitual de solución de controversias derivadas de incumplimientos de contratos de Estado, siempre que estos acuerdos contuvieran la muy frecuente «cláusula arbitral» de sometimiento a arbitraje, ya fuera institucional —administrado por una corte de arbitraje como la CCI— o *ad-hoc*, en cuyo caso no hay ninguna institución que intervenga en el procedimiento arbitral, aparte de los jueces de apoyo previstos en la ley de arbitraje que fuera aplicable.

Este consenso también estuvo en la base de las negociaciones que desembocaron en la redacción del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados (Convenio CIADI), presentado a los gobiernos miembros del Banco Mundial, que había auspiciado dichas negociaciones, el 18 de marzo de 1965.<sup>4</sup> Este convenio daba un paso importante en la protección de inversiones porque creaba un marco institucional y regulatorio específico para las disputas de inversiones entre Estados parte del Convenio e inversores de nacionalidad de otros Estados miembros. El CIADI, en

---

<sup>4</sup> Donde no se diga otra cosa, este trabajo sigue la regulación del arbitraje contenida en el Convenio CIADI.

tanto que organismo dependiente del Banco Mundial, actúa como una corte de arbitraje comercial, proporcionando diversos servicios a las partes, e impidiendo que la ausencia o falta de cooperación de una de ellas entorpezca el procedimiento. Los reglamentos arbitrales existentes hasta ese momento, así como los convenios internacionales que aseguraban el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados conforme a esos reglamentos —de los cuales el más importante era y es el Convenio de Nueva York de 1958— habían sido redactados teniendo en cuenta, sobre todo, conflictos de naturaleza comercial entre personas o entidades no estatales.

Posteriormente, las oportunidades de acudir al arbitraje de inversiones se han visto aumentadas con iniciativas puntuales o regionales como el *Iran-United States Claims Tribunal*, creado por la *Claims Settlement Declaration*, de 19 de enero de 1981, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito entre Estados Unidos, Méjico y Canadá el 17 de diciembre de 1992, la *Energy Charter Treaty* (ECT), de 17 de diciembre de 1994, suscrita entre la Unión Europea, sus Estados miembros y otros países, en su mayoría europeos, o los Protocolos de Brasilia, de 17 de diciembre de 1991, de Olivos, de 18 de febrero de 2002 y Colonia, de 17 de enero de 1994, en el marco del MERCOSUR, el *Agreement for the promotion and protection of investments*, aprobado el 15 de diciembre de 1987 en el seno de la *Association of South-East Asian Nations* (ASEAN) o la red de más de 2000 Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs), tratados internacionales todos ellos que contienen mecanismos de resolución de disputas entre inversores y Estados receptores. Estos mecanismos son similares al del Convenio CIADI o se remiten a él. Asimismo, en 1978 se aprobó el Reglamento del Mecanismo Complementario, que atribuye competencia al CIADI en algunos casos en que no existiría dicha competencia. Estos casos son aquéllos en que el Estado parte en el arbitraje no es parte del Convenio CIADI, siempre que el inversor sí sea nacional de un Estado parte; los casos en que el inversor no sea nacional de un Estado parte pero el Estado demandado sí lo sea; o cuando la controversia no surja direc-

tamente de una inversión —con tal de que dicha controversia sea distinguible de una transacción comercial ordinaria—, y siempre que el Estado parte en la disputa o el Estado del inversor sea parte en el Convenio CIADI.<sup>5</sup> Aunque este reglamento conceda competencia a los tribunales del CIADI y éste administre los arbitrajes, el Convenio CIADI no les es aplicable y, por tanto, tampoco la obligación de sus artículos 53 y 54 de acatar el laudo. No obstante, en el reglamento del Mecanismo complementario se prevé que los arbitrajes tengan lugar en países signatarios del Convenio de Nueva York, para facilitar el reconocimiento de los laudos en virtud del mismo.<sup>6</sup> Tampoco serían aplicables a los arbitrajes, conforme al mecanismo complementario, los preceptos del Convenio CIADI relativos a nulidad de los laudos, por lo que la validez de dichos laudos sí podría ser controlada por tribunales estatales.

El Convenio CIADI permite que tanto el inversor como el Estado actúen como demandantes en el arbitraje —en el caso del TLCAN o la ECT sólo el inversor puede ser demandante—, sin embargo, en la práctica totalidad de los casos, siempre es el inversor el que interpone una demanda arbitral frente a un Estado, que actúa como demandado.

También hay que advertir que tanto el Convenio CIADI como otros instrumentos (Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL, Reglamento CCI, etc.) prevén la posibilidad de someter la controversia a conciliación, en vez de arbitraje. La conciliación es otro mecanismo voluntario de resolución de disputas, en el que un tercero imparcial, después de oír a las partes, propone una solución a la controversia, pero que las partes no están obligadas a acatar. La conciliación es más barata que el arbitraje, más flexible incluso, y el menor antagonismo que provoca entre las partes hace que a su término sea más sencillo reanudar relaciones económicas.

Las cláusulas de resolución de disputas que mencionan al CIADI o

---

<sup>5</sup> Vid artículos 2 y 4 del Reglamento del mecanismo complementario.

<sup>6</sup> *Ibid.* artículo 20.

a alguna otra institución, pero sin especificar si el método elegido es el arbitraje o la conciliación, pueden dar lugar a discusiones y problemas. Por ejemplo, en el caso del CIADI, si una parte opta por requerir a la otra para acudir a la conciliación, la parte requerida no podrá iniciar un arbitraje —ni acudir a los tribunales— incluso después de finalizada la conciliación, a no ser que se haya establecido claramente que puede hacerlo. También en el caso del CIADI, cuando en la cláusula se menciona tanto el arbitraje como la conciliación, se suele entender que la parte que inicie el procedimiento tiene la posibilidad de elegir entre uno u otro método.<sup>7</sup>

## II. EL CONSENTIMIENTO ARBITRAL

La competencia de los árbitros y de la institución arbitral se basa en el consentimiento de las partes de acudir al mismo para resolver de modo definitivo una o varias controversias, existentes o futuras. Este consentimiento se expresa en el llamado convenio arbitral o acuerdo de sumisión y puede estar sometido a diversos requisitos de forma, exigiéndose habitualmente que se recoja por escrito.

El Convenio CIADI no obliga a los Estados miembros a someterse a arbitraje pero, en caso de haber manifestado su consentimiento para ello en una cláusula arbitral de un contrato o acuerdo, en un convenio internacional o en la legislación interna, siempre que el inversor también lo haya manifestado, el Convenio y su reglamento contienen las normas que rigen el procedimiento arbitral y, de modo más importante, establecen una prohibición de carácter internacional que impide que el Estado parte se desligue de su compromiso de acudir al arbitraje.<sup>8</sup> El Convenio también prohíbe al inversor y al Estado receptor el acudir ante cualquier otro foro, a no ser que el Estado haya supeditado su consentimiento a que se agoten las vías de recurso ante los tribuna-

---

<sup>7</sup> *Vid* SPP v Egipto, segunda decisión sobre jurisdicción, de 14 de abril de 1988.

<sup>8</sup> *Vid* artículo 25(1) Convenio CIADI.

<sup>9</sup> *Ibid.* artículo 26.



les internos.<sup>9</sup> Asimismo, el Convenio prohíbe la protección diplomática, una vez sometidas ambas partes a arbitraje y establece una obligación de cumplir el laudo final que dicten el tribunal o árbitro único.<sup>10</sup> Esta obligación también es de carácter internacional y afecta tanto al Estado condenado como al resto de Estados parte del Convenio CIADI.<sup>11</sup>

Como en el arbitraje comercial, en los contratos de Estado entre un inversor y un Estado soberano, o un órgano estatal, puede incluirse una cláusula arbitral mediante la que las partes contractuales expresen su voluntad de someter cualquiera o determinadas disputas a un tribunal arbitral, constituido conforme al Convenio CIADI u otro reglamento arbitral, como el de la UNCITRAL. El Convenio CIADI sólo exige que el consentimiento se otorgue por escrito,<sup>12</sup> sin ningún otro formalismo, por lo que puede estar contenido en varios documentos, del conjunto de los cuales se desprenda dicho consentimiento.<sup>13</sup>

El consentimiento también puede hallarse en una oferta de acudir al arbitraje, realizada por el Estado receptor a todos o determinados inversores extranjeros, y contenida en su legislación interna,<sup>14</sup> o en un tratado internacional.<sup>15</sup> En este sentido, muchos APPRI y tratados multilaterales contienen ofertas de sometimiento a arbitraje, suscritas por el Estado parte en el tratado. Las expresiones con las que se manifiesta el consentimiento, tanto en normas internas como en internacionales, pueden ser diversas, mencionándose que las partes del tratado consienten en someterse al CIADI, afirmando que cualquier controversia relativa a arbitraje con un inversor de la nacionalidad de otra parte del tratado se someterá a arbitraje o dando directamente al inversor la posibilidad de iniciar dicho arbitraje.

---

<sup>10</sup> *Ibid*, artículo 27.

<sup>11</sup> *Ibid*, artículos 53 y 54.

<sup>12</sup> Artículo 25(1).

<sup>13</sup> *Vid Amco v. Indonesia*, decisión de jurisdicción de 25 de septiembre de 1983. <sup>14</sup> *Vid SPP v. Egipto*, laudo final de 20 de mayo de 1992.

<sup>15</sup> *Vid Maffezini v. Reino de España*, decisión de jurisdicción de 25 de enero de 2000.

Aunque el consentimiento generalmente se expresa de manera amplia, nada impide que tanto el Estado, en la oferta, como el inversor, en la aceptación a la oferta, lo limiten, aunque ello puede causar dificultades a la hora de determinar la exacta competencia del tribunal arbitral. Tampoco se impide que el consentimiento se supedite a determinadas condiciones, siempre que las mismas no se opongan a las normas imperativas del Convenio CIADI o del tratado internacional aplicable. El Estado receptor puede exigir que, antes de que se inicie el arbitraje, se agoten las vías administrativa y judicial. Sin embargo, no se puede establecer dicha condición después de que se perfeccione el consentimiento. Pocos Estados plantean dicha exigencia, que puede elevar mucho los costes de la controversia y ser causa de una humillación para el Estado, en el caso de que el tribunal arbitral contradiga (revocando, en la práctica), una decisión de los tribunales ordinarios. Tampoco es frecuente que se requiera un previo e infructuoso proceso de conciliación, antes de acudir al arbitraje. Una condición que sí es frecuente es la de intentar un acuerdo amistoso mediante consultas o negociaciones de buena fe. Para evitar que este requisito se convierta en una táctica dilatoria, los tratados suelen prever períodos de tiempo máximos, pasados los cuales, si no se ha llegado a un acuerdo, queda libre la vía del arbitraje. EL TLCAN, además, dispone de un período máximo de tres años, desde que el inversor conociera los hechos, para presentar la solicitud de arbitraje.<sup>16</sup> Otras normas indican que la controversia tiene que ser fundamental para la inversión o que debe tener relación con una inversión debidamente aprobada.

La legislación interna de los Estados receptores o los tratados internacionales pueden prever distintos métodos de resolución de disputas —tribunales nacionales, arbitraje ante un tribunal de la CCI, CIADI, conforme al reglamento UNCITRAL, etc.— dejando al inversor la elección definitiva.<sup>17</sup> También se puede mencionar, simplemente, la posibilidad de solucionar las controversias con el inversor mediante arbi-

---

<sup>16</sup> Artículo 1116(2) TLCAN.

<sup>17</sup> *Vid* SPP v Egipto, laudo CCI sobre el fondo, de 16 de febrero de 1983, para. 37.

traje, pero advirtiendo de que para ello será necesario un acuerdo posterior entre el Estado y el inversor. Algunas normas nacionales exigen que los inversores soliciten y obtengan licencias de inversión, en las cuales se describirán los diversos métodos de resolución de disputas disponibles. Ciertos APPRIs sólo contienen la obligación del Estado receptor de otorgar el consentimiento en el futuro, por ejemplo, cuando lo solicite un inversor que quiera iniciar un arbitraje,<sup>18</sup> pero sin que ese consentimiento se otorgue efectivamente mediante el tratado. Otro ejemplo de este mecanismo son los APPRIs en los que se prevé que cualquier inversor podrá exigir que se incluya una cláusula arbitral en sus contratos con el Estado receptor.<sup>19</sup> En presencia de estas disposiciones, un Estado receptor que se negara a prestar su consentimiento o a incluir una cláusula arbitral en el contrato incumpliría su legislación interna o el tratado internacional de que se tratara, pero probablemente, la institución arbitral rechazaría la solicitud de arbitraje que presentara el inversor, o el tribunal arbitral se declararía falto de competencia si el Estado persistiera en su negativa. En otras ocasiones el Estado receptor simplemente afirma que se considerará con detenimiento cualquier solicitud de someterse a arbitraje, afirmación que sólo se podría interpretar como impidiendo una negativa arbitraria o de mala fe a acudir al arbitraje.

El TLCAN<sup>20</sup> y la ECT<sup>21</sup> contienen la oferta de todos los Estados parte de dichos tratados internacionales para someterse al arbitraje del CIADI o del Mecanismo Complementario (o, en su caso, conforme al Reglamento UNCITRAL), según puedan uno u otro ser utilizados, en función de que los Estados parte y los Estados de la nacionalidad del inversor demandante hayan ratificado ya el Convenio CIADI.

La retirada de la oferta por el Estado receptor, contenida en un tratado internacional, puede ser considerada una violación del tratado o

---

<sup>18</sup> Vid artículo 10 del APPRI Países Bajos-Pakistán, de 1988.

<sup>19</sup> Vid artículo 5 del APPRI Francia-Malasia de 1975.

<sup>20</sup> Vid artículo 1122 TLCAN.

<sup>21</sup> Vid artículo 26 ECT.

simplemente ser inválida, si no cumple con los requisitos necesarios para la denuncia de tratados, según el Derecho internacional.<sup>22</sup>

Una vez realizada esta oferta, se entiende que el convenio arbitral existe desde que el inversor acepta válidamente dicha oferta –también por escrito–, con anterioridad al nacimiento de la controversia o con posterioridad. El inversor puede incluso manifestar su consentimiento, simplemente, mediante la iniciación del arbitraje, interponiendo una demanda de arbitraje o dirigiendo una solicitud de arbitraje al Secretario General, en el caso del CIADI.<sup>23</sup> La legislación interna o el tratado aplicable puede establecer ciertas condiciones, plazos o formalidades para la aceptación, como la obtención de una licencia o permiso de inversión. Algunos APPRI establecen que el inversor debe aceptar la concreta oferta del Estado receptor y sólo después podrá solicitar el inicio del arbitraje.

La aceptación por el inversor deberá especificar el método de resolución de disputas escogido, en caso de que la legislación ofrezca varios: arbitraje o conciliación ante una u otra institución, o conforme a uno u otro reglamento arbitral. La aceptación también puede ser más reducida que la oferta del Estado, restringiendo el arbitraje a determinada controversia, únicamente. Como se ha dicho, la aceptación convierte el consentimiento en irrevocable, conforme al Convenio CIADI, con lo que la sumisión a arbitraje seguiría siendo válida incluso si la legislación interna que contenía la oferta se deroga con posterioridad a la aceptación del inversor.<sup>24</sup> Tampoco afectará al consentimiento la denuncia del Convenio CIADI por el Estado receptor o el de la nacionalidad del inversor,<sup>25</sup> ni la denuncia de la invalidez o resolución del contrato de Estado donde se contuviera la cláusula arbitral, porque el tribunal arbitral es competente para determinar su propia competencia<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> *Vid* artículos 54 *et seq.* Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>23</sup> Artículo 36(1) Convenio CIADI.

<sup>24</sup> *Ibid.* artículo 25(1).

<sup>25</sup> *Ibid.* artículo 72.

<sup>26</sup> *Ibid.* artículo 41(1).

—aunque la misma dependa de la validez y efectos del convenio arbitral— y porque conforme a la universalmente aceptada doctrina de la autonomía del convenio, éste está aislado del resto del contrato, por lo que su validez no depende de las normas sobre validez aplicables al contrato, sino de las normas aplicables al arbitraje en sí.<sup>27</sup> Por último, tendrán poco peso las alegaciones del Estado referidas a la invalidez, conforme a su propia ley, de su consentimiento o de la falta de capacidad de los agentes estatales que firmaran el contrato en el que se contuviera la cláusula arbitral. Un Estado tiene el deber de asegurar el cumplimiento de su propia ley y no puede beneficiarse de la violación de sus propias normas.

No obstante, las partes pueden resolver el convenio arbitral de mutuo acuerdo antes o después del comienzo del procedimiento arbitral. Sin embargo, incluso si el Estado parte pretendiera haber revocado su consentimiento y se negara a participar en el arbitraje, se podría constituir el tribunal arbitral<sup>28</sup> y el procedimiento podría continuar *ex parte*<sup>29</sup> hasta la ejecución del laudo.<sup>30</sup>

Las ambigüedades en las leyes nacionales de inversión o en la aceptación del inversor pueden dar origen a discusiones sobre la interpretación de las manifestaciones de consentimiento y el alcance de la competencia del tribunal, previas al estudio del fondo del asunto. Los Estados suelen invocar una interpretación restrictiva de su consentimiento, sobre la base de que el mismo sería una derogación de su soberanía. Los inversores demandantes han hecho uso a veces del principio *ut res magis valeat quam pereat* o *effet utile*, por el que se debe dar a los términos confusos el significado adecuado para alcanzar la finalidad del negocio jurídico pretendido. Los tribunales del CIADI no han aceptado ninguna de las dos teorías, afirmando que el consentimiento no

---

<sup>27</sup> Artículos 6(4) Reglamento CCI y 21(2) Reglamento UNCITRAL.

<sup>28</sup> *Vid* artículos 37(2)(b) y 38 Convenio CIADI.

<sup>29</sup> *Ibid.* artículo 45.

<sup>30</sup> *Ibid.* artículo 54.

debe ser interpretado ni restrictiva ni expansivamente, sino de buena fe, tratando de averiguar la intención de las partes y las consecuencias que las partes tuvieron que prever que tendrían sus compromisos, en el espíritu del Convenio CIADI y de sus objetivos de proteger las inversiones, sin que tampoco haya una presunción de competencia.<sup>31</sup>

Otro problema clásico de interpretación del convenio arbitral es el de la presencia de varias cláusulas arbitrales en diferentes contratos o acuerdos de inversión. Esto puede ocurrir cuando la operación es compleja y en ella intervienen más de dos partes, o cuando se desarrolla en etapas a lo largo del tiempo. En ocasiones, las cláusulas o los contratos se hacen referencia unos a otros o incluyen cláusulas idénticas, pero otras veces no es así. En principio, cada cláusula arbitral concede competencia a un sólo tribunal arbitral para entender del contenido del contrato en el que está contenida la cláusula, por lo que se deberían constituir tantos tribunales como contratos. Las evidentes dificultades de este planteamiento han hecho que los tribunales del CIADI realicen interpretaciones amplias del consentimiento de las partes, considerando la transacción en su conjunto.

La fecha de la sumisión a arbitraje se determina por el momento en que ambas partes emitieron válidamente su consentimiento. En los casos de ofertas de sometimiento, emitidas por el Estado receptor, con anterioridad al sometimiento del inversor, la fecha de sumisión suele venir determinada por la solicitud de arbitraje de éste último. El inversor no está constreñido a manifestar su consentimiento o presentar la solicitud en un momento determinado, aunque la oferta del Estado o un tratado internacional sí pueden establecer que la aceptación se produzca en un determinado plazo. Asimismo, puede ser conveniente que

---

<sup>31</sup> *Vid Amco v Indonesia* («a convention to arbitrate is not to be construed *restrictively*, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties») y *SPP v. Egipto*.

el inversor exprese su aceptación lo antes posible, para evitar discusiones en caso de que el Estado derogue la legislación o denuncie el tratado en que se contenga la oferta.

El momento de la sumisión también es importante a otros efectos. En primer lugar, ambas partes deben haber dado su consentimiento a acudir al arbitraje en el momento de iniciarse el procedimiento. En caso contrario, puede que la institución arbitral (CIADI, CCI) rechace la solicitud de arbitraje. Otra cosa es que existan dudas respecto a la existencia de consentimiento válido, en cuyo caso será el tribunal arbitral el que decida.<sup>32</sup> A este respecto, un tribunal examinará la validez y alcance del consentimiento, sólo si una parte presenta una excepción a la competencia del tribunal. De no hacerlo así al comienzo del procedimiento, no podrá oponerse a la competencia del tribunal más adelante. Sin embargo, la falta de comparecencia de una parte ante el tribunal no puede, lógicamente, interpretarse como una sumisión tácita al mismo.

Si el Estado receptor ratifica el Convenio CIADI tras la conclusión del contrato de Estado en el que se incluye la cláusula arbitral o tras la aceptación por el inversor de su oferta de arbitraje, la fecha de la sumisión será la de la entrada en vigor del Convenio respecto a ese Estado. *Mutatis mutandi*, lo mismo ocurre cuando es el Estado de la nacionalidad del inversor el que ratifica el Convenio CIADI después de que el inversor se someta a arbitraje. La nacionalidad del inversor se determina con referencia a la fecha en que se emite el consentimiento, lo cual es importante porque el inversor debe ser nacional de un Estado contratante en dicha fecha. A partir de la fecha del consentimiento, además, estará prohibido acudir a otros foros de resolución de disputas y estará excluida la protección diplomática. El Reglamento de arbitraje que se aplique será el que esté en vigor en la fecha en que ambas partes han emitido su consentimiento.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Artículos 6(2) del Reglamento CCI y 41(1) Convenio CIADI.

<sup>33</sup> Artículos 6(1) del Reglamento CCI y 44 Convenio CIADI.

### III. REQUISITOS RELATIVOS A LAS PARTES DEL ARBITRAJE

Para que un tribunal arbitral sea competente conforme al Convenio CIADI —y también conforme a otros tratados internacionales— se deben satisfacer los requisitos *ratione personae*, relativos a las partes en la controversia, el más importante de los cuales es el de nacionalidad. El Convenio CIADI sólo permite iniciar un arbitraje a los Estados parte o a los nacionales de un Estado parte y sólo, respectivamente, frente a un nacional de un Estado parte o frente a un Estado parte del Convenio, de manera que el arbitraje siempre sea entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte.<sup>34</sup> Conforme al TLCAN y al ECT, los Estados no pueden tener la condición de demandantes.<sup>35</sup>

Un Estado se convierte en Estado parte del Convenio CIADI 30 días después de depositar el instrumento de ratificación del Convenio y deja de serlo seis meses después de notificar por escrito al CIADI su voluntad al respecto.<sup>36</sup> Como se ha dicho, esto no afecta al consentimiento que el Estado ya haya otorgado, siempre que haya sido aceptado por el inversor. Asimismo, un Estado puede no ser parte del Convenio cuando emitió su consentimiento, pero puede ratificarlo después.<sup>37</sup> El momento con respecto al cual se debe determinar la cualidad de Estado parte, es el de la solicitud de arbitraje. Si no goza de esa cualidad en ese momento, el CIADI rechazará la solicitud de arbitraje.

El artículo 25(1) del Convenio CIADI también permite que sea parte cualquier «subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado». Este precepto permite al inversor demandar a entidades distintas de un Estado parte cuando quien ha perjudicado la inversión ha sido una subdivisión territorial del Estado (provincia, Estado federado), un organismo

---

<sup>34</sup> *Ibid*, artículo 25(1).

<sup>35</sup> Artículos 1115 a 1117 TLCAN y 26(4) ECT.

<sup>36</sup> Artículos 68 y 71 Convenio CIADI.

<sup>37</sup> *Vid* Holiday Inns v. Morocco, decisión sobre jurisdicción de 12 de mayo de 1974 (no publicada).



público (Ministerio, Banco Central) o incluso una empresa pública que ejerce funciones estatales. En ocasiones, son estas empresas públicas las que suscriben los acuerdos de inversión con el inversor extranjero o las que tienen competencias normativas en materia de, por ejemplo, medioambiente, que pueden afectar a la inversión.

Para poder demandar a estas entidades, las mismas han tenido que ser designadas al CIADI y su consentimiento habrá tenido que recibir la aprobación del Estado al que pertenecen, a no ser que el mismo Estado notifique al Estado que tal aprobación no es necesaria.<sup>38</sup> Esta aprobación no requiere una forma determinada y no tiene que comunicarse a nadie. De modo práctico, la aprobación puede estar contenida en un acuerdo separado entre el inversor o el Estado, o ser comunicada de modo oficial al CIADI. También puede estar limitada a una determinada inversión o inversiones. La aprobación también se puede conseguir introduciendo al Estado como parte en el contrato entre el inversor y la subdivisión o agencia. Como en el caso de los Estados, una vez emitido válidamente el consentimiento por la subdivisión o agencia, no podrá retirarse. La aprobación del Estado puede realizarse antes o después de que la subdivisión o agencia exprese su consentimiento pero, en caso de que se haga después, la fecha real del consentimiento será la de la aprobación, pues sólo entonces la subdivisión o agencia reunirá todos los requisitos para ser parte. Además, la aprobación habrá de haberse producido antes de la presentación de la solicitud de arbitraje, a riesgo de que ésta se rechace por el Secretario General del CIADI.<sup>39</sup>

Como se ha dicho, el Estado puede comunicar al CIADI que no es necesaria la aprobación del consentimiento para determinadas subdivisiones estatales que el Estado indique. La razón estriba en que, siendo algunas subdivisiones las que, conforme a algunas constituciones, ejercen determinadas competencias que en otros países sólo co-

---

<sup>38</sup> Artículo 25(3) Convenio CIADI

<sup>39</sup> *Ibid*, artículo 36(3).

rresponden a la Administración central, sería inconstitucional que se exigiera el consentimiento de dicho Gobierno central para realizar una actividad que le corresponde por derecho a la subdivisión. El CIADI tiene una lista de subdivisiones y agencias designadas por los Estados parte. La lista también indica las subdivisiones o agencias con respecto a las cuales un determinado Estado parte ha comunicado que no hace falta aprobación.

La mencionada aprobación del Estado no implica el consentimiento del Estado receptor para someterse a arbitraje, que tendría que dar su consentimiento por separado para ser parte. Si el Estado hiciera desaparecer a la subdivisión o agencia, o de cualquier modo suprimiera su capacidad de actuar en un arbitraje, después de que ésta haya emitido su consentimiento y se haya obtenido la aprobación, se podría argumentar que el Estado ha sucedido a la subdivisión o agencia como parte en el arbitraje.

Conforme al artículo 25(2) del Convenio CIADI, para ser parte en un arbitraje CIADI, un inversor persona física debe ostentar la nacionalidad de un Estado parte del Convenio CIADI, distinto del Estado parte en la controversia —para evitar que se sometan al CIADI disputas que se deben resolver en los tribunales locales—, tanto en la fecha del consentimiento de someterse a arbitraje, como en la fecha en que se presenta la solicitud de arbitraje. Una posible excepción a esta regla se daría cuando el Estado receptor confiriera su nacionalidad a un inversor contra la voluntad de éste, con vistas a bloquear la competencia del CIADI. El hecho de ostentar otra nacionalidad o nacionalidades en el período comprendido entre esas dos fechas no impide la condición de parte en el arbitraje.

La nacionalidad de una persona física se determina por la legislación del Estado cuya nacionalidad se alega tener. Los criterios que se suelen emplear son los del lugar de nacimiento y la filiación. Un acuerdo o contrato entre el inversor y el Estado receptor, en el que se especifique que la nacionalidad de aquél, crea una presunción al respecto, que no puede ser contradicha si más tarde se demuestra que el inversor tiene una nacionalidad distinta.

Conforme al mismo artículo 25(2), para ser parte en un arbitraje CIADI, un inversor persona jurídica (habitualmente, una sociedad mercantil) debe poseer la nacionalidad de un Estado parte en el Convenio CIADI, pero tan sólo en la fecha en que ambas partes consintieron en someterse a arbitraje. Los criterios habituales de determinación de la nacionalidad de las sociedades son el lugar de su sede social, el lugar de su administración central o su centro de actividad principal. Los tribunales del CIADI no han tenido en cuenta, a efectos de determinar la nacionalidad de una sociedad, el control sobre la misma a través del accionariado o a través del poder de votación o de dirección. Conforme a diferentes legislaciones, una persona jurídica puede tener más de una nacionalidad, en cuyo caso se puede argumentar que deberá demostrar que ostenta la nacionalidad de un Estado parte en el Convenio conforme a la teoría de la sede social.

De modo paralelo a lo que se ha dicho sobre los inversores personas físicas, pueden existir acuerdos sobre la nacionalidad del inversor persona jurídica, cuando ésta no tiene la sede social en un Estado parte del Convenio CIADI, pero sí está controlada por un nacional de un Estado parte. Estos acuerdos han sido aceptados por tribunales del CIADI en alguna ocasión.<sup>40</sup>

Distintos de estos acuerdos son los previstos en el artículo 25(2)(b), previsto para los casos en que el Estado receptor exige que el inversor extranjero opere a través de una sociedad local, lo que le confiere la nacionalidad del Estado parte. Para permitir que estas sociedades puedan ser parte en el arbitraje, en razón de su nacionalidad, debe haber un acuerdo con el Estado receptor y parte en el arbitraje, que refleje su intención de atribuirle el carácter de «nacional de otro Estado contratante». Además, debe existir un elemento objetivo de control extranjero, controlable por el tribunal arbitral,<sup>41</sup> aunque la presencia de un acuerdo ya implica una presunción de control extranjero.

---

<sup>40</sup> *Vid Mine v. Guinea*, laudo de 6 de enero de 1988.

<sup>41</sup> *Vid Vacuum SALT v. Ghana*, laudo de 16 de febrero de 1994.

El acuerdo mencionado puede estar contenido en el mismo convenio arbitral. Los tribunales del CIADI han sido muy flexibles a la hora de determinar la existencia de estos acuerdos, admitiendo acuerdos implícitos cuando existía alguna referencia a una «empresa extranjera»<sup>42</sup> o incluso cuando únicamente había una cláusula que daba competencia al CIADI.<sup>43</sup>

Una ley nacional o un tratado internacional, bilateral o multilateral, que contiene una oferta de someterse a arbitraje, también puede contener preceptos en los que se indique que una sociedad local, por estar controlada por capital extranjero, será considerada como extranjera, en general, o a efectos del artículo 25(2)(b). Cuando el inversor acepte esta oferta de arbitraje, estos preceptos entrarán a formar parte del convenio arbitral y se considerará que esta parte del requisito de nacionalidad está cumplida.

Además del acuerdo, la persona jurídica domiciliada en el Estado receptor debe estar controlada por nacionales de un Estado parte en el Convenio CIADI, lo que se desprende, no de la letra del artículo 25, pero sí de los trabajos preparatorios y de los objetivos del Convenio de promover la resolución de disputas entre Estados parte y nacionales de otros Estados parte. Los elementos considerados por los tribunales para determinar que el inversor está sometido a control extranjero son la titularidad del capital, el control indirecto, el poder de voto o el control de dirección.

El control indirecto se refiere a las situaciones en las que una sociedad que controla a la sociedad inversora con sede en el Estado receptor, es a su vez controlada por otra sociedad extranjera. En algunos casos,

---

<sup>42</sup> *Vid* Amco v. Indonesia.

<sup>43</sup> *Vid* Klöckner v. Cameroon, laudo de 21 de octubre de 1983. El tribunal afirmó que sería absurdo incluir una cláusula CIADI si las partes no hubieran estado de acuerdo en que, debido al control extranjero, el inversor podía ser parte en el arbitraje. *Vid*, asimismo, LETCO v Liberia, decisión de jurisdicción de 24 de octubre de 1984.

los tribunales se han negado a mirar más allá del primer nivel de control.<sup>44</sup> En otros casos, se ha considerado suficiente el control indirecto.<sup>45</sup>

Por último, el inversor persona jurídica debe ser una entidad privada y actuar como tal, aunque sea parcial o totalmente de titularidad de un Estado. Lo esencial es que no desempeñe funciones estatales, consideradas propias de un Estado soberano.

#### IV. REQUISITOS RELATIVOS A LA CONTROVERSIA OBJETO DEL ARBITRAJE

Conforme al artículo 25(1) del Convenio CIADI, y como requisito añadido al consentimiento y a la nacionalidad de las partes, sólo se pueden someter a arbitraje, y los tribunales arbitrales sólo tienen competencia para entender de, las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (requisitos *ratione materiae*). Como ya se ha dicho, el Reglamento del mecanismo complementario permite al CIADI administrar arbitrajes cuyo objeto sea una controversia que no surja directamente de una inversión, si se dan otros requisitos.<sup>46</sup>

Para que exista una controversia es necesario un desacuerdo entre las partes en una cuestión fáctica o legal —sin que tenga nada que ver el que se autorice al tribunal a decidir esta cuestión en equidad—, o una negativa a obrar conforme a una petición de la otra parte. El Informe de los directores ejecutivos indica que no se pueden someter a arbitraje los «simples conflictos de intereses» y sí «la existencia o [el] alcance de un derecho u obligación de orden legal, o la naturaleza o el alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal». Se quieren evitar las meras disputas comerciales y las políticas. Asimismo, el requisito de que la controversia surja «directamente» de una inversión —requisito derivado de la naturaleza espe-

---

<sup>44</sup> Vid *Amco v. Indonesia*.

<sup>45</sup> Vid *SOABI v. Senegal*.

<sup>46</sup> Vid artículos 2 y 4 del Reglamento del mecanismo complementario.

cializada del CIADI— se ha de entender como exigiendo una relación estrecha entre controversia e inversión.<sup>47</sup>

El Convenio CIADI no ofrece una definición de inversión, pues ninguna de las definiciones propuestas durante la redacción fue totalmente satisfactoria y se consideró que el requisito del consentimiento de las partes suplía la necesidad de definirla de antemano, así como la posibilidad de que, al otorgar dicho consentimiento, se estableciera de antemano entre las partes qué clases de inversiones o transacciones podían someterse a arbitraje e incluso acordando que la transacción objeto del contrato de Estado se debía considerar inversión.<sup>48</sup> Sin embargo, la discrecionalidad de las partes en este sentido no es infinita, pues se trata de un requisito objetivo. Algunas de las características objetivas y típicas de una inversión serían: una cierta duración, regularidad de los ingresos y beneficios, asunción de riesgo por las dos partes y que contribuya al desarrollo de la economía del Estado receptor. Los APPRIs y algunos tratados multilaterales también contienen definiciones amplias y sencillas como la de «cualquier clase de activo», seguidas de una lista extensa, pero no cerrada de activos y transacciones consideradas inversiones: bienes muebles e inmuebles, propiedad intelectual e industrial, hipotecas, prendas y garantías, acciones, derechos de crédito, concesiones, etc.<sup>49</sup> Cuando el consentimiento arbitral está contenido en un APPRI o en un tratado multilateral, el inversor tendrá que demostrar que el objeto de la controversia es una inversión conforme al tratado y conforme al Convenio CIADI. En ocasiones, las categorías de inversiones incluidas en las listas de los tratados no coinciden con el ámbito de aplicación del Convenio CIADI, como sucede cuando un APPRI concede un derecho de establecimiento al inversor, mientras que conforme al Convenio sólo se pueden exigir derechos derivados de una inversión ya realizada. En otros supuestos, un APPRI puede no

---

<sup>47</sup> *Vid* *Ceskoslovenska Obchodni Banka, S.A. v. Slovak Republic*, decisión de jurisdicción de 24 de mayo de 1999, para. 75.

<sup>48</sup> Informe de los directores ejecutivos, punto 27.

<sup>49</sup> *Vid* artículo 1.1 APPRI España-China de 2005.

permitir la sumisión a arbitraje de ciertas controversias que, conforme al Convenio CIADI, sí se pueden someter, como cuando un APPRI permite el arbitraje de la cuantía de la compensación por expropiación, pero no la discusión de si dicha expropiación es conforme a Derecho. En este caso prevalece el APPRI, que es el instrumento donde se recoge el consentimiento del Estado, que queda limitado de ese modo. El artículo 25(4) del Convenio CIADI también prevé que, al ratificar, aprobar o aceptar el Convenio, un Estado pueda comunicar al CIADI qué clase de controversias acepta someter o no a la competencia de los tribunales arbitrales. Sin embargo, esta comunicación sólo es a efectos informativos, no equivale al consentimiento del Estado y no constituye una reserva al Convenio.

Algunos tipos de inversiones no presentan dificultades para su consideración como tales, como las concesiones mineras y petrolíferas. Ha habido cierta discusión respecto a si son inversiones los contratos de construcción,<sup>50</sup> o respecto a la competencia del CIADI en materia de normas que, al afectar al comercio internacional de bienes y servicios, podían originar una controversia relativa a una inversión, considerando como tal la empresa que exportaba o importaba dichos bienes y servicios.<sup>51</sup> Los derechos de crédito derivados de préstamos y emisiones de bonos también pueden ser considerados como inversiones.<sup>52</sup> En un caso, un tribunal rechazó que el Estado receptor debiera devolver al inversor las cantidades gastadas durante las negociaciones, antes de que éstas se materializaran en una inversión.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> *Vid* Salini v. Morocco, decisión de jurisdicción de 23 de julio de 2001, donde el tribunal entendió que el contrato de construcción sí era una inversión.

<sup>51</sup> *Vid* SD Myeres, Inc. v. Canadá, laudo parcial de 12 de noviembre de 2000, en la que el tribunal afirmó que tenía competencia.

<sup>52</sup> *Vid* Fedax NV v. Venezuela, decisión de jurisdicción de 11 de julio de 1977, donde el tribunal afirmó que el capital era substancial, se había prestado durante un período sustancial, originaba ingresos regulares en forma de intereses y tenía un riesgo.

<sup>53</sup> *Vid* Mihaly v. Sri Lanka, laudo de 15 de marzo de 2002.

## V. EL TRIBUNAL ARBITRAL

Las partes son libres de acordar el método de elección de árbitros, que no tendrán que pertenecer a las listas creadas por el CIADI o la Secretaría del TLCAN.<sup>54</sup> Si no hay acuerdo y sin entrar en detalles, el Convenio y el Reglamento CIADI, así como el TLCAN prevén que cada parte nombre a un árbitro y que los dos árbitros de parte nombren al presidente del tribunal. Si transcurrieren 90 días sin que se constituyera el tribunal —y sobre todo con vistas a impedir que la demandada obstaculice el arbitraje—, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI o, en su caso, el Secretario General del TLCAN nombrará a los árbitros necesarios. A no ser que se acuerde otra cosa, cuando el tribunal esté formado por tres árbitros (es lo más frecuente), las partes no podrán escoger árbitros de su misma nacionalidad.<sup>55</sup> Las partes tampoco podrán escoger árbitros que no sean independientes de ellas.<sup>56</sup> Un árbitro nombrado por una de las partes puede presentar su renuncia, que requiere el consentimiento del resto de los árbitros.<sup>57</sup> Una parte puede recusar a un árbitro, por entender que no tiene las cualidades requeridas por el artículo 14(1) Convenio CIADI, por falta de independencia o de los requisitos de nacionalidad, presentando una propuesta al Secretario General. Decidirán sobre la recusación el resto de árbitros y, en caso de empate, el Presidente del CIADI.<sup>58</sup> Habitualmente, las vacantes en el tribunal se llenan con el mismo método empleado en el nombramiento original.

<sup>54</sup> Las cuestiones relativas al tribunal y al procedimiento arbitral no contienen tantas diferencias respecto al arbitraje comercial, por lo que se van a tratar con menor profundidad.

<sup>55</sup> Artículos 36 a 40 Convenio CIADI; artículos 2, 3 y 4 Reglamento CIADI; artículos 1123 a 1125 TLCAN. El reglamento UNCITRAL tiene sus propias, pero similares, normas al respecto.

<sup>56</sup> Artículo 14(1) Convenio CIADI.

<sup>57</sup> Artículos 56 Convenio CIADI y 8 Reglamento CIADI.

<sup>58</sup> Artículos 57 y 58 Convenio CIADI y 9 Reglamento CIADI.



## VI. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El procedimiento arbitral del CIADI tiene, respecto al arbitraje comercial, particularidades derivadas de la imposibilidad de aplicar leyes nacionales de arbitraje y de la no intervención de tribunales nacionales. El precepto fundamental del Convenio CIADI es el artículo 44, que establece que, en materia de procedimiento, se aplicará dicho Convenio y, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Reglamento arbitral del CIADI. Cuando una cuestión no esté prevista por el Convenio, un acuerdo de las partes o por el reglamento, decidirá el tribunal. Los preceptos del Convenio CIADI (o, en su caso, del Reglamento del mecanismo complementario) son aplicables a los arbitrajes iniciados conforme al TLCAN y a la ECT, excepto en lo previsto expresamente en estos tratados.

El procedimiento arbitral comienza con la presentación de la solicitud de arbitraje al Secretario General del CIADI. Debe estar por escrito, en un idioma oficial del CIADI (inglés, francés o español) y debe adjuntarse un anticipo sobre los gastos administrativos a pagar al CIADI. La falta de pago de los anticipos puede conllevar la suspensión del procedimiento.<sup>59</sup>

La solicitud debe informar sobre el objeto de la controversia, la identidad y nacionalidad de las partes y la existencia de consentimiento arbitral. El Secretario General la examinará, registrará y trasladará a la otra parte, a no ser que entienda, *prima facie* y asumiendo que la información proporcionada es correcta, que el CIADI no tiene manifiestamente competencia.<sup>60</sup> Naturalmente, en caso de admitirse la solicitud, la decisión definitiva concierne al propio tribunal arbitral, que es competente para resolver de oficio sobre su propia competencia. Las partes también pueden presentar objeciones a la competencia del CIADI y del tribunal arbitral, pero ha de hacerse lo antes posible y nunca

---

<sup>59</sup> Regla 14(3)(d) Reglamento Administrativo y Financiero CIADI.

<sup>60</sup> Artículos 2 y 6 de las Reglas de iniciación y 36 Convenio CIADI; artículos 2 a 5 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario).

después del plazo fijado para la presentación por el demandado del «memorial de contestación», salvo en el caso de que se hayan conocido más tarde los hechos en los que se basa la objeción.<sup>61</sup> Tras el registro de la solicitud, sólo es posible poner fin al procedimiento con el acuerdo de la otra parte.<sup>62</sup> El lugar del procedimiento, a no ser que las partes hayan previsto otra cosa, será la sede del CIADI, en la ciudad de Washington,<sup>63</sup> aunque este emplazamiento no tiene relevancia jurídica. En los arbitrajes a los que se aplique el Reglamento del mecanismo complementario será el tribunal arbitral el que determine la sede del arbitraje, con tal de que esté en un Estado parte del Convenio de Nueva York.<sup>64</sup>

Para evitar el gasto y complicación de procesos paralelos y decisiones contradictorias acerca de las mismas medidas o normas estatales, que pueden afectar a diferentes inversiones, el Convenio CIADI autoriza al tribunal a decidir demandas incidentales, adicionales o reconventionales, relacionadas directamente con el objeto del arbitraje, si así lo pide una de las partes.<sup>65</sup> Estas demandas también deben cumplir el requisito de surgir directamente de una inversión. Asimismo, para evitar el gasto y complicación de varios procedimientos y posibles decisiones contradictorias acerca de las mismas medidas o normas estatales, que pueden afectar a diferentes inversiones con la misma finalidad, el TLCAN<sup>66</sup> permite que, a petición de cualquiera de las partes, se constituya un tribunal conforme al reglamento UNCITRAL, que decidirá si se deben consolidar dos o más arbitrajes que ya estuvieran pendientes, en razón de presentar dichos arbitrajes cuestiones comunes de hecho o de Derecho.

---

<sup>61</sup> Artículo 41 Convenio CIADI, artículo 41 Reglamento CIADI; artículo 45 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario).

<sup>62</sup> Artículo 43 Reglas de Arbitraje CIADI; artículo 49 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario).

<sup>63</sup> Artículos 62 y 63 Convenio CIADI.

<sup>64</sup> Artículos 19 y 20 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario); artículo 1130 TLCAN.

<sup>65</sup> *Ibid*, artículo 46.

<sup>66</sup> Artículo 1126 TLCAN.

Si las partes no acuerdan lo contrario, el tribunal puede recomendar medidas cautelares, cuyo cumplimiento no es obligatorio para las partes, pero el tribunal puede tomar en consideración su incumplimiento. Las partes pueden solicitarlas en cualquier momento del procedimiento y el tribunal las recomendará, después de darles audiencia, si está convencido de su necesidad y urgencia para la salvaguarda de los derechos de las partes. Las medidas no son ejecutables por los tribunales ordinarios y, salvo acuerdo en contrario de las partes, tampoco podrán solicitar de éstos la adopción de medidas cautelares.<sup>67</sup> Conforme al TLCAN y al Reglamento del mecanismo complementario, el tribunal puede, no sólo recomendar, sino ordenar la adopción de medidas cautelares.<sup>68</sup>

Habitualmente, las partes presentarán uno o varios escritos de alegaciones —memorial, memorial de contestación, réplica y dúplica—, acompañados de documentación probatoria. Los escritos contendrán las posturas de las partes sobre los hechos y el Derecho aplicable, así como con el fallo que se solicita del tribunal. El tribunal decide sobre la admisión de las pruebas y su valor probatorio y podrá requerir a las partes para que presenten documentos, testigos y peritos, tomando nota cuando no lo hagan. Durante las audiencias orales (las partes tienen derecho al menos a una), el tribunal podrá interrogar a las partes, testigos y peritos. El tribunal podrá reabrir el procedimiento si fuera necesario.<sup>69</sup>

## VII. DERECHO APLICABLE

Conforme a la primera parte del artículo 42(1) del Convenio CIADI, las partes pueden escoger las normas jurídicas aplicables al fondo del asunto, es decir, a los derechos y obligaciones de las partes. El procedi-

---

<sup>67</sup> Artículos 47 Convenio CIADI y 39 Reglamento CIADI.

<sup>68</sup> Artículos 1134 TLCAN y 46 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario).

<sup>69</sup> Artículos 31 a 38 y 46 Reglamento CIADI; artículos 36 a 44 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario); artículo 1133 TLCAN.

miento en sí, o la competencia del tribunal, están regulados por el Convenio. Otros reglamentos como el del Mecanismo complementario y el de la UNCITRAL también establecen la libertad de elección.<sup>70</sup> Las normas elegidas formarán parte del mandato de las partes al tribunal. El tribunal incumpliría dicho mandato si aplicara normas distintas de las escogidas (distinto de aplicar erróneamente el Derecho) y habría riesgo de nulidad del laudo por extralimitación manifiesta en las facultades del tribunal<sup>71</sup> o porque el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes.<sup>72</sup>

La elección puede realizarse mediante una cláusula específica en el contrato entre Estado e inversor. Cuando el consentimiento para acudir al arbitraje se encuentra en una ley sobre inversiones extranjeras, en un APPRI o en un tratado multilateral y dicho convenio internacional o norma interna contienen un precepto sobre el Derecho aplicable, se entenderá que dicho precepto indica las normas jurídicas escogidas por las partes. Los artículos 1131 del Tratado TLCAN y 26(6) de la ECT establecen que las disputas entre estados e inversores iniciadas con base en dichos tratados se decidirán de acuerdo con el Tratado y las normas aplicables de Derecho internacional. El artículo 41 del Proto-colo de Ouro Preto señala que las fuentes del Derecho aplicables en disputas a resolver en el ámbito del MERCOSUR son el Tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos adicionales, acuerdos con-cluidos en este marco, Derecho derivado (decisiones del Consejo del Mercado Común, resoluciones del Grupo del Mercado Común y di-rectivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR), en la medida en que hayan sido ratificados por los estados miembros.

Hay que resaltar que el artículo 42(1) se refiere a «normas jurídicas» y no a una «ley aplicable», con lo que hay que entender que las

---

<sup>70</sup> Artículos 54 Reglamento de Arbitraje (mecanismo complementario) y 33(1) Reglamento UNCITRAL.

<sup>71</sup> Artículo 52(1)b Convenio CIADI.

<sup>72</sup> Artículo 34(2)(a)iv Ley Modelo UNCITRAL, que se aplicaría cuando no resultara aplicable el Convenio CIADI y sí la ley de la sede del arbitraje, de haberse adoptado dicha ley modelo.

partes podrán escoger, no sólo un ordenamiento nacional, sino también normas y principios anacionales (Nueva *lex mercatoria*, Derecho transnacional) e internacionales. No es aconsejable escoger el propio contrato de Estado (*lex contractus*) como único sistema de normas aplicables. En este sentido, es frecuente que las cláusulas de elección del Derecho aplicable en los contratos de Estado o en APPRI y tratados multilaterales, indiquen diversas fuentes de Derecho, como el Derecho del Estado parte, el propio APPRI, otros tratados suscritos entre el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversor, otros acuerdos existentes entre las partes del arbitraje (como el contrato que, en su caso, hayan suscrito inversor y Estado), el Derecho internacional —cuyas fuentes están recogidas en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia—<sup>73</sup> o sus principios generales.<sup>74</sup> La elección del Derecho internacional o principios generales siempre ha tenido el significado de evitar las alteraciones o incertidumbres que, en detrimento del inversor, suele tener el Derecho del Estado receptor y parte en el arbitraje. Sin embargo, el Derecho del Estado receptor será naturalmente aplicable en algunas materias estrechamente conectadas con su territorio y que forzosamente no pueden ser reguladas por el Derecho internacional, como pueden ser cuestiones de Derecho administrativo, laboral, tributario, etc. En otras ocasiones, el Derecho internacional se aplicará en razón de formar parte del ordenamiento nacional aplicable.<sup>75</sup> A pesar de todo, el lugar del Derecho internacional en la jerarquía de fuentes del Derecho de distintos países no es uniforme, pudiendo estar por debajo de la ley emanada del Parlamento. La aplicación del Derecho internacional ha cobrado cada vez más importancia en razón de la gran cantidad de arbitrajes que se inician al amparo de los APPRI, que contienen en su articulado normas sustantivas de Derecho internacional de protección de inversiones, aplicables por vía de las cláusulas de Derecho aplicable de los propios APPRI.

---

<sup>73</sup> Vid Informe de los Directores ejecutivos, n.º 40.

<sup>74</sup> Artículo 8(6) del APPRI entre Países Bajos y la República Checa de 1991.

<sup>75</sup> Vid SPP v. Egipto.

Otro mecanismo habitual para evitar lagunas, faltas de certeza y cambios futuros en el Derecho estatal aplicable es la inclusión en los contratos de Estado de las llamadas «cláusulas de estabilización». Estas cláusulas pueden estar redactadas de diversa forma y tener diversos efectos. Pueden prohibir cualquier cambio normativo que afecte negativamente a la inversión, objetivo difícilmente alcanzable por cuestiones de soberanía legislativa. También pueden admitir que se produzcan cambios legislativos generales, pero advirtiéndolo que los mismos no afectarán a la inversión. Asimismo, pueden establecer que, de producirse un cambio normativo que perjudique la inversión, el Estado compensará económicamente al inversor. Para garantizar la eficacia de estas cláusulas, es oportuno especificar que su validez y eficacia estará regulada por el Derecho internacional y no por el Estatal. También es planteable que, incluso en ausencia de cláusula de estabilización o de elección del Derecho internacional, modificaciones legislativas que tengan por objeto, pura y simplemente, la justificación de un incumplimiento de las obligaciones del Estado, expropiaciones o nacionalizaciones, serían contrarias a normas imperativas de Derecho internacional, como el estándar mínimo de trato a los extranjeros (prohibición de denegación de justicia, expropiación discriminatoria o negativa arbitraria a cumplir compromisos estatales), que serían aplicables en cualquier caso, por tratarse en teoría de un foro internacional.

Las partes también pueden escoger el Derecho aplicable una vez iniciada la controversia. La elección puede no ser expresa, sino estar implícita en diversas manifestaciones y/o alegaciones de las partes antes o durante el arbitraje.<sup>76</sup> Es incluso posible que el tribunal aprecie una «elección negativa», es decir, una voluntad implícita de las partes de que no se aplique la ley nacional de ninguna de ellas.<sup>77</sup>

En ausencia de elección de las partes, o en presencia de una laguna normativa que verdaderamente no pueda ser rellenada con los meca-

---

<sup>76</sup> Vid *LETSCO v. Liberia*, donde el tribunal apreció una elección implícita en la mención al Derecho nacional en el contrato de concesión.

<sup>77</sup> Vid *Laudo CCI sobre cuestiones preliminares*, de 5 de junio de 1996, caso n.º 7375 (arbitraje comercial).

nismos propios del Derecho escogido, la segunda parte del artículo 42(1) prevé que se aplicará la legislación del Estado parte en el arbitraje (incluyendo sus normas de conflicto de leyes) y las normas de Derecho internacional que «pudieren ser aplicables». Este artículo es un compromiso entre los países importadores y exportadores netos de inversiones. Para los primeros (países en vías de desarrollo y, en su día, recientemente independizados), la aplicación de su propio Derecho era una cuestión de soberanía y una manera de asegurar que podrían dirigir su economía —en lo que a inversiones extranjeras se refiere— de la manera que estimaran apropiada. La aplicación del Derecho internacional junto al nacional, como se ha dicho antes, protegía al inversor frente a normas abusivas<sup>78</sup> y aseguraba la aplicación de ciertos principios y normas consuetudinarias internacionales, como la obligación de pagar indemnización en caso de expropiación. Por otro lado, durante la negociación del Convenio CIADI, se aseguró que el Derecho estatal sería de aplicación primordial, afirmando que tan sólo se aplicarían ciertos principios del Derecho internacional como el de buena fe y *pacta sunt servanda*. La segunda parte del artículo 33(1) Reglamento UNCITRAL, así como el artículo 54 del Reglamento del mecanismo complementario, indican que el tribunal arbitral aplicará la ley —normas jurídicas— que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. En este caso, el tribunal empleará principios y reglas generales como el *centre of gravity test* o el *closest connection test*, lo que debería llevarlos a la aplicación exclusiva del Derecho del Estado parte, pues ahí coinciden casi todos los puntos de conexión de la transacción, Derecho tal vez atemperado por normas imperativas de Derecho internacional.

Tanto en el caso de elección por las partes como en ausencia de elección, surge el problema de las relaciones entre Derecho nacional e internacional, que ya se han apuntado al decir que las normas imperativas internacionales podrían ser aplicables en todo caso. La práctica

---

<sup>78</sup> Artículo 3 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

arbitral del CIADI ha establecido que dichas relaciones pueden ser de complementariedad, subsidiariedad o corrección.<sup>79</sup> En concreto, las cuestiones de fondo se han de examinar primero a la luz del Derecho nacional y luego del internacional, que rellenará lagunas en el nacional y prevalecerá sobre el mismo en caso de oposición entre uno y otro. De otro modo, se dice, podrían pasarse por alto normas de *ius cogens* internacional (inderogables) y se contradiría el objetivo del Convenio CIADI de estimular las inversiones mediante la consecución de un entorno favorable a las mismas. Asimismo, se argumenta que los Estados parte del Convenio no habrían aceptado la renuncia a ejercer la protección diplomática —que se lleva a cabo conforme al Derecho internacional— si el Derecho internacional no tuviera un papel de barrera frente al Derecho nacional.

En la práctica, el Derecho nacional tiene cada vez menos importancia a la hora de determinar las responsabilidades del Estado parte en el arbitraje, en razón de la segunda parte del artículo 42(1) y en razón de las normas sustantivas de los APPRI, que se aplican directamente tanto a las demandas de incumplimiento de tratado como a las de incumplimiento de contrato, por el juego de las llamadas *umbrella clauses*. Estas cláusulas de los APPRI, dependiendo de su redacción, pueden interpretarse como obligando a que cualquier incumplimiento de un acuerdo entre inversor y Estado sea considerado un incumplimiento del APPRI.<sup>80</sup>

Las partes pueden escoger que los árbitros decidan *ex aequo et bono*,<sup>81</sup> lo cual no es una licencia para decidir arbitrariamente, sino para moderar los contenidos del contrato —en el caso de que exista— o de las normas jurídicas, si su aplicación rígida contradice criterios de justicia material.<sup>82</sup> El tribunal no puede abstenerse de decidir sobre el fondo (prohibición de *non liquet*) y cualquier laguna tendrá que ser

---

<sup>79</sup> Vid Antoine Goetz v. Burundi, laudo de 29 de enero de 1999, *paras.* 97-99.

<sup>80</sup> Vid Siemens v. Argentina, laudo de 6 de febrero de 2007, *paras.* 245 et seq.

<sup>81</sup> Artículos 42(3) Convenio CIADI, 54(2) Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario) y 33(2) Reglamento UNCITRAL.

<sup>82</sup> Vid Benvenuti et Bonfant srl. v. The government of the People's Republic of Congo, laudo de 8 de agosto de 1980.



rellenada con los mecanismos dispuestos en el ordenamiento aplicable: la analogía, los principios generales, la jurisprudencia, escritos académicos, códigos de conducta, etc.

### VIII. EL LAUDO ARBITRAL Y SU NULIDAD

El laudo final sobre el fondo se decidirá por mayoría de votos, dentro de los 120 días siguientes al cierre del procedimiento. El tribunal puede extender este plazo 60 días. El laudo se dictará por escrito y lo firmarán los árbitros que votaron a favor, será motivado y resolverá todas las pretensiones de las partes. Pueden dictarse laudos parciales, por ejemplo, decidiendo sobre la competencia del tribunal. Se podrán adjuntar votos particulares y no se publicará sin el consentimiento de las partes. Su fecha será la del envío a las partes.<sup>83</sup> El tribunal puede condenar a una parte al pago total o parcial de las costas y gastos del procedimiento.<sup>84</sup> Habitualmente, cada parte paga sus gastos y la mitad de las costas. No obstante, el tribunal puede tener en cuenta el éxito de sus pretensiones, la cooperación con el tribunal o la buena o mala fe manifestada.

Cualquiera de las partes puede solicitar el complemento (en caso de omisiones) o rectificación (errores materiales o aritméticos) del laudo final, dentro de los 45 días siguientes a la fecha del laudo. Decidirá el mismo tribunal que dictó el laudo, después de oír a las partes. La rectificación o complemento constituirá parte del laudo.<sup>85</sup> También se puede solicitar, sin plazo, la aclaración del laudo final, que llevará a cabo el tribunal que dictó el laudo, y si eso no fuera posible, se constituirá otro tribunal. El tribunal podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.<sup>86</sup> Se puede solicitar, al mismo tribunal o, de

---

<sup>83</sup> Artículo 48 y 49 Convenio CIADI, Reglas 46 y 47 Reglamento CIADI, artículo 52 Reglamento de Arbitraje (Mecanismo complementario) y anexo 1137.4 TLCAN.

<sup>84</sup> Artículo 61(2) Convenio CIADI.

<sup>85</sup> *Ibid.* artículo 49(2) y regla 49 Reglamento CIADI.

<sup>86</sup> *Ibid.* artículo 50 y 54 Reglamento CIADI.

no ser posible, a otro distinto que se constituya al efecto, la revisión del laudo final, si se descubre un «hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo», dentro de los 90 días tras el descubrimiento, siempre que fuera desconocido para el tribunal y para la parte solicitante y que el desconocimiento no fuera debido a la negligencia de ésta. El tribunal puede suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si así se solicita, se suspenderá provisionalmente la ejecución hasta que el tribunal decida definitivamente sobre dicha solicitud. La solicitud de revisión no se podrá hacer pasados tres años, contados desde la fecha del laudo.<sup>87</sup>

En el procedimiento de nulidad de laudos, que debe solicitar una de las partes y sólo respecto a laudos finales, no se entra a valorar el fondo del asunto, sino las garantías del procedimiento arbitral. La nulidad supone la desaparición del laudo o parte de él, sin reemplazarlo por otra decisión. Es posible renunciar al derecho de solicitar la nulidad del laudo explícitamente, o no objetando con prontitud a una inobservancia de las disposiciones del arbitraje.<sup>88</sup> En los arbitrajes sometidos al CIADI, los laudos no pueden ser anulados por tribunales ordinarios. Los motivos de nulidad son tasados:<sup>89</sup> la incorrecta constitución del tribunal incluye contravenciones de los requisitos de nacionalidad, cualificaciones, independencia y hechos no revelados al respecto; la extralimitación en las facultades del tribunal aparece cuando el tribunal se excede en su competencia, como ocurre si la controversia no surge directamente de una inversión entre un Estado parte del Convenio CIADI y un nacional de otro Estado parte o cuando, dándose esos requisitos, el tribunal afirma no tener competencia; también hay extralimitación cuando el tribunal se aparta del mandato de las partes, como ocurre cuando el tribunal decide en equidad sin estar autorizado o se aparta claramente de las normas aplicables en presencia o en ausencia de elección por las partes, lo que no se puede confundir con la

---

<sup>87</sup> *Ibid.* artículo 51 y regla 51 Reglamento CIADI.

<sup>88</sup> Regla 27 Reglamento CIADI.

<sup>89</sup> Artículo 52(1) Convenio CIADI.

aplicación errónea del Derecho;<sup>90</sup> el laudo también es anulable si se prueba la corrupción de un árbitro (motivo nunca alegado hasta ahora), no equiparable al caso de meros prejuicios, en el que el árbitro no obtiene ningún beneficio personal; para que exista un «quebrantamiento grave de una norma de procedimiento», el incumplimiento de una norma o principio tiene que haber privado a la parte del beneficio de dicha norma y haberle supuesto un perjuicio sustancial para defender su posición en el arbitraje; son fundamentales los principios de igualdad de armas y el derecho de audiencia, así como el requisito de deliberación antes de dictar el laudo, aunque los árbitros pueden basar el laudo en argumentos no presentados por las partes;<sup>91</sup> son frecuentes las alegaciones de falta de motivación del laudo: insuficiencia de razones o contradicciones en las mismas;<sup>92</sup> en este sentido, no es falta de motivación el no tratar de todas las alegaciones de las partes, pero sí lo es en caso de que la alegación no mencionada por el tribunal fuera fundamental para el contenido material del laudo.

La solicitud de nulidad se debe interponer en el plazo de 120 días desde la fecha del laudo, más allá de los cuales tampoco se podrán presentar nuevas alegaciones, concretando o desarrollando la solicitud. En caso de corrupción de un árbitro, el plazo es de 120 días desde el descubrimiento de la corrupción, dentro de un plazo general máximo de tres años desde la fecha del laudo.<sup>93</sup> El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrará a los tres miembros del comité *ad-hoc* que decidirán sobre la nulidad. En el proceso de decisión se aplicarán por analogía las normas del procedimiento arbitral. El tribunal puede, discrecionalmente, suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la nulidad. Si así se solicita, se suspenderá provisionalmente la ejecución hasta que el tribunal decida definitivamente sobre la solicitud de ejecución del laudo. Algunos comités *ad-hoc* han exigi-

---

<sup>90</sup> *Vid* MINE v Guinea, decisión sobre nulidad de laudo CIADI, de 22 de diciembre de 1989.

<sup>91</sup> *Vid* Klöckner v Cameroon, decisión sobre nulidad, de 3 de mayo de 1985.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> Regla 50(3) Reglamento CIADI.

do del solicitante de nulidad la aportación de una garantía del pago de la condena, para el caso de que no se anule el laudo. Los laudos anulados en su totalidad o las partes anuladas, pueden someterse de nuevo a arbitraje del CIADI,<sup>94</sup> a cuyo tribunal no podrán pertenecer ninguno de los árbitros del primer tribunal, salvo acuerdo en contrario.<sup>95</sup> Si alguna parte del laudo no se anula, vinculará a las partes y tendrá efectos de cosa juzgada en un nuevo arbitraje entre las mismas partes. Sin embargo, los razonamientos del comité *ad-hoc* no serán vinculantes para el nuevo tribunal y, ante éste, las partes no pueden introducir nuevas pretensiones. Los laudos no crean jurisprudencia, aunque en la práctica sí se les tenga en cuenta en sucesivos arbitrajes.

En lo referente a la nulidad de laudos arbitrales dictados conforme al Reglamento del mecanismo complementario o al Reglamento UNCITRAL, se les aplicará lo dispuesto en las leyes de arbitraje de la sede.

## IX. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

El laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes, sujeto a que su ejecución no esté suspendida. Conforme al TLCAN, tampoco se puede solicitar la ejecución si no han transcurrido, desde la fecha del laudo, 120 días en el caso de arbitrajes sometidos al Convenio CIADI o 90 días en el caso de arbitrajes sometidos al Reglamento UNCITRAL, y siempre que no estén pendientes procedimientos de nulidad o revisión del laudo.<sup>96</sup> En el plano internacional, el Estado receptor es responsable del cumplimiento de un laudo dictado contra una de sus subdivisiones territoriales u organismos, en caso de que ésta rechace dicho cumplimiento, pero en los procedimientos de reconocimiento y

---

<sup>94</sup> Artículo 52(6) Convenio CIADI y Regla 55 Reglamento CIADI.

<sup>95</sup> Regla 1(4) Reglamento CIADI.

<sup>96</sup> Artículos 53 y 54 Convenio CIADI, 1136 TLCAN. Vid asimismo artículos 26(8) ECT, 3 Convenio de Nueva York.

ejecución, el laudo sólo se puede tratar de ejecutar contra la subdivisión u organismo parte en el arbitraje, no contra el Estado al que pertenece. Los Estados parte del tratado internacional, conforme al cual se haya llevado a cabo el arbitraje, tienen la obligación de reconocer en su totalidad el laudo final (no otro tipo de decisiones arbitrales como las que deciden sobre competencia o medidas cautelares) y la obligación de hacerlo ejecutar de acuerdo a sus normas procesales internas, pero sólo en cuanto a las obligaciones dinerarias que imponga dicho laudo. La negativa de un Estado a cumplir con el laudo se considera un incumplimiento del Convenio CIADI o del tratado internacional aplicable. En este supuesto revive la posibilidad de ofrecer protección diplomática al inversor, que puede culminar en un procedimiento del Estado del inversor contra el Estado receptor, arbitral o ante la Corte internacional de justicia.<sup>97</sup> Además, el TLCAN prevé que, frente a un incumplimiento del laudo por un Estado, el inversor pueda solicitar de la *Free Trade Commission* la constitución de un tribunal arbitral que determine que el Estado receptor ha incumplido el tratado y que dicte una recomendación de que debe cumplir el laudo. Hay que recordar que a los arbitrajes a los que se aplica el Reglamento del mecanismo complementario no les es aplicable el Convenio CIADI, ni sus disposiciones sobre obligatoriedad del laudo, que dependerá de la aplicación del Convenio de Nueva York o de la ley interna del Estado parte y del Estado donde se busque el reconocimiento y ejecución. A este respecto, algunos países parte del Convenio de Nueva York han hecho una reserva, en el sentido de que sólo se comprometen a reconocer y ejecutar laudos dictados en arbitrajes comerciales, con lo que surgen dudas sobre la obligación de reconocer laudos dictados en arbitrajes de inversiones. Al contrario, que conforme al Convenio CIADI, el de Nueva York y las normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros sí prevén algún tipo de procedimiento de revisión, así como motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Artículos 27(1) y 64 Convenio CIADI.

<sup>98</sup> Artículos V Convenio de Nueva York y 36 Ley Modelo UNCITRAL.

Las normas sobre inmunidad de ejecución del Estado donde se solicite ésta —incluido el Estado parte en el arbitraje— pueden impedir la ejecución de un laudo, pero no su reconocimiento. Sin embargo, aunque las normas sobre inmunidad soberana impidan la ejecución del laudo, la obligación de cumplirlo para el Estado parte permanece, y de su incumplimiento derivará una responsabilidad de naturaleza internacional para el Estado infractor. Las normas nacionales sobre inmunidad de ejecución difieren, pero habitualmente no se concede inmunidad para los activos usados en transacciones con finalidad mercantil y sí para aquellos empleados para fines de naturaleza estatal. El dinero depositado en cuentas bancarias presenta una dificultad especial, porque puede estar destinado a finalidades diversas. En ocasiones también se exige, para no conceder inmunidad, una relación entre dichos activos y el objeto de la controversia. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, concede inmunidad de ejecución a los locales, mobiliario, vehículos y otras propiedades de la embajada o misión diplomática.<sup>99</sup> Las normas nacionales sobre inmunidad pueden exigir, además, para no conceder dicha inmunidad, que el Estado haya renunciado a ella explícita o implícitamente, de modo general, o respecto a cierto tipo de activos.

---

<sup>99</sup> Artículo 22(3).

## CAPÍTULO 23

EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LAS JURISDICCIONES  
INTERNACIONALES:

LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

Carmen Parra





## Capítulo 23

### EL ARBITRAJE A LA LUZ DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES: LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

*Carmen Parra*

I.- Introducción.— 1. Breves apuntes sobre los sistemas extrajudiciales más habituales en el comercio internacional.— 1.1. Buenos oficios.— 1.2. Conciliación.— 1.3. Mediación.— 1.4. Arbitraje.— 2. Clasificación de los diferentes Tribunales arbitrales.— II. Instituciones arbitrales de Derecho público.— 1. Corte Permanente de arbitraje.— 1.2. Estructura.— III. Instituciones arbitrales de Derecho privado.— 1. La CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).— 1. Estructura.— 2. Cámara de Comercio Internacional CCI.— 2.1. Estructura del sector de la CCI dedicado a la resolución de controversias.— 3. El Tribunal de arbitraje de Londres (LCIA).— 4. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR).— 5. International Bar Association (IBA).— IV. De carácter especializado.— 1. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).— 1.1. El tratamiento por la OMPI del arbitraje respecto a las tecnologías de la información.— 1.2. Otros servicios ofrecidos por el Centro de Arbitraje de la OMPI.— 2. Tribunal Arbitral del Deporte (TAS).— 3. Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones (MIGA).— 4. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).— 4.1. Estructura.— 5. El Tratado sobre la Carta de la Energía.— V. Conclusión.

#### I. INTRODUCCIÓN

Cada vez es más frecuente que los litigios internacionales relacionados con el ámbito empresarial busquen mecanismos de solución de sus conflictos fuera del tradicional marco judicial siendo por ello cada

vez más frecuente que se utilicen nuevos sistemas que aboguen por la búsqueda de métodos que compaginen la rapidez, la especialización y la fiabilidad en los procedimientos. Para cumplir estos objetivos han nacido sistemas de asesoramiento continuado a lo largo de todo el período de vida de los contratos (*Dispute Board*), junto a sistemas de resolución de controversias que ya existían en el ámbito jurídico, pero que se han adaptado al marco internacional como es el caso de los denominados ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Ambos mecanismos se utilizan como sistemas previos al conocido arbitraje que se ha utilizado tradicionalmente como método de arreglo de controversias, contando con unas características propias que lo sitúan en una posición intermedia próxima a las soluciones judiciales, pero con las ventajas de las soluciones extrajudiciales.

Para poner en funcionamiento todos estos mecanismos existen dentro de la sociedad internacional instituciones, organismos especializados y entidades que cuentan con tribunales y órganos dedicados a esta función, con una presencia cada vez mayor dentro del ámbito mercantil.

Es por ello que lo que se pretende con este trabajo es hacer una exposición ejemplificativa de algunas de las instituciones que participen en estos procesos, ya que su número es ilimitado por existir tribunales arbitrales prácticamente en cada asociación profesional.

No obstante esta proliferación nos dará una idea de la dimensión que ha alcanzado este sistema extrajudicial, habiendo elegido para explicar su implementación sólo las que se han considerado significativas por su ámbito de aplicación especial o especialización.

### *1. Breves apuntes sobre los sistemas extrajudiciales más habituales en el comercio internacional*

Sin ánimo de hacer aquí una exposición exhaustiva sobre los diferentes mecanismos de solución de controversia que son considerados como ADR y arbitraje, la intención que se persigue con esta breve introducción es reproducir de forma esquemática aquellos que son utilizados

en el marco de la solución de conflictos de las organizaciones arbitrales aquí estudiadas. Es por ello que no son todos los que son ni son todos los que están, pero nos ayudarán a comprender su función dentro de los mecanismos de solución utilizadas por estas instituciones.

### *1.1. Buenos oficios*

Los buenos oficios consisten en la acción de un tercero que pone en contacto a dos partes en una controversia, a fin de que entablen entre ellos negociaciones con vistas a su arreglo, o que suministra de otro modo una ocasión adecuada para las negociaciones.

Su característica principal es que el tercero se abstiene de expresar opinión alguna sobre el fondo de la controversia, así como de persuadir a las partes para que lleguen a una determinada solución.

### *1.2. Conciliación*

Este sistema de ADR permite que las partes pongan fin a su conflicto con la ayuda de un tercero que no impone ni propone la solución, aunque facilita la negociación al mismo tiempo que la potencia.

Una de sus características es que las partes ponen fin a las discrepancias sin que la solución tenga necesariamente que incluir una renuncia recíproca de las pretensiones iniciales, lo que quiere decir que podría darse el caso de que una parte reconociera al final de la negociación, que la otra parte tenía razón.

### *1.3. Mediación*

De los ADR utilizados por las organizaciones internacionales especializadas en la resolución de conflictos, la mediación es el que mayor implantación ha tenido en los últimos años dentro del ámbito internacional. Se conoce como un sistema por el cual las partes pueden some-

ter su controversia a un procedimiento por el cual el mediador, persona imparcial e independiente, ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, si bien no está facultado para dictar una decisión vinculante o laudo.

La posibilidad de poder llevar a cabo este acercamiento de manera previa, se hace a través de una cláusula que permite publicitar la intención de las partes de adoptar por mediación una solución, antes de pasar al procedimiento de arbitraje.

Un modelo de cláusula sería el siguiente:

Si surge una controversia que se derive de este contrato o que guarde con éste o con su incumplimiento, y si la controversia no puede solucionarse mediante negociación, las partes acuerdan que intentarán de buena fe alcanzar un acuerdo a través de la mediación que se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en un determinado Reglamento antes de recurrir al arbitraje, pleito, u otro procedimiento de resolución de disputas.

Para llevar a cabo la mediación en cualquier lugar del mundo, las instituciones cuentan con una lista de mediadores internacionales especializados que buscan el mejor sistema de evitar llegar al arbitraje o al arreglo judicial, así como de unas normas contenidas en los Reglamentos de cada institución de manera similar a como se hace en las instituciones arbitrales.

#### *1.4. Arbitraje*

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias, en lugar de acudir a los tribunales judiciales.

Las características principales del arbitraje junto a la mercantilidad<sup>1</sup>

y la internacionalidad<sup>2</sup> propias de su especialización dentro del comercio internacional son:

*a) Su carácter consensual*

Esto quiere decir que un procedimiento de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. Para ello, las partes pueden elegir este método alternativo para una posible controversia futura que pudiera derivarse de un contrato, a través de lo que se denomina una *cláusula de arbitraje* en el contrato; o bien elegir este sistema con posterioridad al nacimiento del litigio, pactando las partes el sometimiento al arbitraje en el denominado compromiso arbitral.

A diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente de un proceso de arbitraje.

Un modelo de cláusula muy sencilla sería la siguiente:

«Todas las diferencias surgidas en relación con este contrato se resolverán de acuerdo con el procedimiento de arbitraje».<sup>3</sup>

*b) La selección del árbitro o árbitros*

Esta elección se determina en cada uno de los Reglamentos internos de las diferentes instituciones que resuelven los litigios a través de este método de solución de controversias.

---

<sup>1</sup> La mercantilidad está relacionada con la exclusividad del arbitraje para los conflictos que afectan al ámbito comercial. Existen, no obstante, diferencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos sobre sus límites.

<sup>2</sup> La internacionalidad depende de la nacionalidad del laudo. El arbitraje internacional actúa sobre laudos que deben ser ejecutados en Estados diferentes al lugar donde han sido resueltos. Esta limitación podría ser discutida por su simplicidad, que no tiene en cuenta las normas establecidas en cada ordenamiento jurídico.

<sup>3</sup> Normalmente las partes eligen la institución arbitral a la que someterán la resolución de litigio, en cuyo caso harán referencia al Reglamento que regula dicho arbitraje.

Las fórmulas más habituales incluidas en la mayor parte de los reglamentos internos son:

- La selección conjunta por las partes de un árbitro único.
- Si optan por un tribunal compuesto por tres árbitros, cada parte selecciona a uno de los árbitros y éstos seleccionarán, a su vez, a un tercer árbitro que ejercerá las funciones de árbitro presidente.
- Otra posibilidad es que el organismo arbitral proponga árbitros especializados en la materia en cuestión, o nombre directamente a miembros del tribunal arbitral en función de la materia, ya que estos organismos disponen de amplias bases de datos sobre *árbitros*, que incluye» a expertos con experiencia en el ámbito de la solución de controversias y expertos en todos los aspectos técnicos y jurídicos objetos del litigio.

#### *c) Su carácter neutral*

Esta característica permite a las partes seleccionar árbitros de una determinada nacionalidad, así como especificar elementos tan importantes como el derecho aplicable, el idioma y el lugar en que se celebrará el arbitraje. Esto permite garantizar que ninguna de las partes goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales arbitrales nacionales.

#### *d) Su carácter confidencial*

Se protege específicamente la confidencialidad de la existencia del arbitraje, las divulgaciones realizadas durante dicho proceso, y el laudo. En determinadas circunstancias permite a una parte restringir el acceso a secretos comerciales u otra información confidencial que se presente al tribunal arbitral.

#### *e) La obligatoriedad del laudo arbitral*

Las partes se comprometen a ejecutar el laudo del tribunal arbitral sin demora y con carácter obligatorio, ya que a partir de su compromi-

so de someterse al arbitraje se obligan a acatar el fallo del tribunal arbitral. Los laudos internacionales son ejecutados por los tribunales nacionales en virtud del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho el 10 de junio de 1958 en Nueva York,<sup>4</sup> que sólo permite denegar la ejecución del laudo en un número limitado de excepciones.

Muchas de las instituciones que se ocupan de desarrollar estos sistemas de resolución extrajudiciales recomiendan a las partes que al redactar el contrato o en el momento en que surja la controversia, soliciten asesoramiento a la institución elegida para discutir sobre el método más apropiado a seguir.

## *2. Clasificación de los diferentes tribunales arbitrales*

La existencia de un número cada vez mayor de organizaciones que cuentan con un tribunal arbitral para resolver sus litigios, ha hecho necesaria su clasificación, sobre todo para sistematizar y delimitar la función que cada una de ellas cumple en el ámbito del comercio internacional.

En este sentido los criterios utilizados para clasificar son meramente indicativos, y ni mucho menos pretenden agotar todos los subtipos que existen o pueden existir en un futuro, dada la proliferación tanto de instituciones, como de métodos alternativos que intentan llegar a arreglos pacíficos de controversias fuera del ámbito judicial.

En este sentido podemos distinguir:

- Por su área de actuación
  - Aplican el Derecho público
  - Aplican el Derecho privado

La diferenciación en este caso se basa en la normativa aplicable para solucionar la controversia, si bien hoy en día éste no es un criterio

---

<sup>4</sup> Firmado por 140 países. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

determinante, ya que el alto nivel de intervencionismo dentro de la política comercial de los Estados ha llevado a que estos Tribunales diversifiquen su área de actuación.

No obstante, desde el Derecho Internacional clásico existían tribunales cuyos sujetos eran los Estados y las Organizaciones Internacionales, con lo cual sus soluciones se fundamentaban en las normas del Derecho internacional público (Ejemplo: La Corte Permanente de arbitraje); mientras que otros tribunales actúan en base al derecho privado (civil y mercantil) propio de los Estados, o a través de la *lex mercatoria* (usos y costumbres internacionales) utilizando esta base jurídica para dar contenido a los laudos. (Por ejemplo: La Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje, el Centro Internacional para la resolución de disputas etc.).

- Por la materia:
  - Arbitraje comercial
  - Arbitraje especializado
    - Deportivos
    - Inversiones
    - Propiedad intelectual
    - Dominio de Internet
    - Energía

Esta clasificación es producto de la especialización y la materialización que caracteriza al derecho internacional del Siglo XXI. En este sentido, por un lado existen una serie de tribunales arbitrales generalistas que dictan laudos arbitrales en derecho comercial, utilizando sus expertos y técnicos cuando tratan materias muy especializadas (Ejemplo: El Tribunal de Arbitraje de Londres, el Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional).

Junto a ellos, cada vez proliferan más los tribunales especializados en materias, dado el alto grado de especialización que se está pro-



duciendo en el ámbito del derecho comercial. Materias relativas a la propiedad intelectual, el ámbito del deporte, la energía o las inversiones, cuentan con sus propios sistemas de resolución de controversias, si bien de manera subsidiaria o como una opción más para las partes se refieren a los mecanismos propios de los organismos comerciales de ámbito general. (Por ejemplo: El Tribunal de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual, el Tribunal Arbitral del Deporte, el Tratado de la Carta de la Energía, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones etc.).

- Por los sujetos:
  - Gubernamentales
  - No gubernamentales

Tomando como criterio diferenciador a los sujetos, existen organismos internacionales cuyos sujetos son los Estados, tal como sucede, por ejemplo, en la Corte Permanente de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o el Tratado de la Carta de la Energía, entre otros.

Por otro lado, los tribunales arbitrales forman parte de organismos no gubernamentales de carácter gremial o profesional, que intentan resolver los litigios que afectan a los individuos, ya sean personas físicas o jurídicas que forman parte de estas organizaciones. Nos estamos refiriendo por ejemplo al caso de la Cámara de Comercio Internacional, o el Tribunal de Arbitraje de Londres, ambas instituciones nacidas en el área del comercio, o al *Internacional Bar Association* en el ámbito jurídico, que ofrece servicios de arbitraje y mediación para todo aquél que prefiera este sistema de resolución de conflictos.

Todas estas instituciones cuentan con Reglamentos internos que determinan de manera concreta el desarrollo de los procedimientos, así como todos aquellos aspectos que afectan al laudo que pondrá fin al proceso.

## II. INSTITUCIONES ARBITRALES DE DERECHO PÚBLICO

### 1. *Corte Permanente de Arbitraje*

Es un organismo intergubernamental formado por más de una centena de Estados.<sup>5</sup> Fue creada en 1899 para facilitar el arbitraje así como otras formas de solución de controversias entre los Estados. Su base jurídica se encuentra en el Convenio para la solución pacífica de controversias concluido tras la Primera Conferencia de Paz de La Haya.<sup>6</sup> 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 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.<sup>7</sup>

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 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

---

<sup>5</sup> A fecha de junio del 2007 son 107 Estados miembros.

<sup>6</sup> El Convenio de 1899 fue revisado tras la segunda Conferencia de la Paz de La Haya en 1907.

<sup>7</sup> A diferencia del Tribunal Internacional de Justicia que forma parte del organigrama de Naciones Unidas como uno de sus órganos principales.

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.

### *1.2. Estructura*

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 potencialmente 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 siste-

ma de aportaciones similar al que utiliza la Unión Postal Universal,<sup>8</sup> 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<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> prevé en su Parte XV un sistema para resolver por medios pacíficos las controversias que puedan surgir entre los Estados por la interpretación o aplicación del texto del Convenio. En este sentido, el artículo 284 de esta Convención establece el arreglo a través de la conciliación, mientras que para el caso en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el medio judicial o extrajudicial para arreglar sus diferencias, se acudirá por defecto, al arbitraje.<sup>11</sup>

Si bien el artículo 287 de la citada Convención, establece la posibilidad de crear un Tribunal Internacional de Derecho del Mar, o bien someterse al Tribunal Internacional de Justicia, o a un tribunal arbitral

---

<sup>8</sup> Una de las pocas organizaciones internacionales que existían en 1899.

<sup>9</sup> La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional también denominada UNCITRAL en terminología inglesa, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>10</sup> Ver Doc. A/CONF.62/SR./182.- Conferencia sobre Derecho del Mar de 1982. <sup>11</sup> Ver Sección 2: Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias.

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.

### III. INSTITUCIONES ARBITRALES DE DERECHO PRIVADO

#### 1. *La CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mer-cantil Internacional)*

Como inspirador de la mayor parte de las instituciones arbitrales que actúan a nivel internacional hay que hacer referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>12</sup>

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (RACNUDMI) fue aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1976 tras recoger las opiniones de numerosas instituciones arbitrales y de expertos en la materia. Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó en su Resolución 31/98 el uso del Reglamento para el arreglo de las controversias que surgieran en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, independientemente de su sistema jurídico, social o económico, contribuyendo de esta manera al desarrollo armonioso de las relaciones económicas internacionales.

Con base en esta recomendación, el RACNUDMI ha sido utilizado en todo el mundo como modelo de cláusulas compromisorias o acuerdos de arbitraje, siendo además un instrumento que ha inspirado a numerosos órganos arbitrales en la elaboración de sus propios reglamentos para el desarrollo de este método extrajudicial.

---

<sup>12</sup> Ver nota 9.

Para implantar este procedimiento estandarizado y, de alguna manera homologado por la comunidad internacional, las diferentes instituciones han seguido métodos diferentes en función de su especialidad y de la finalidad perseguida con la implantación de dicho sistema.

En este sentido hay organismos que han copiado su texto íntegro, o en otros casos, han utilizado parte del mismo.

En otras ocasiones, las instituciones han adoptado el texto del RACNUDMI como tal, manteniendo su nombre, incorporando a sus estatutos o reglamentos administrativos una disposición, en virtud de la cual, las diferencias sometidas a dicho Tribunal, se resolverán con arreglo al RACNUDMI, a reserva de las modificaciones propias y necesarias de la institución específica.<sup>13</sup>

Además de estas remisiones específicas a este texto, un gran número de instituciones que tienen un reglamento específico de arbitraje, han aceptado de diferente manera la utilización del RACNUDMI si las partes lo desean, tal como lo han hecho el Tribunal de Arbitraje de Londres o el Reglamento de arbitraje de la CCI.<sup>14</sup>

Otra forma de aceptación del sistema previsto por el CNUDMI, consiste en el ofrecimiento de los servicios administrativos por parte de una institución arbitral en acuerdos de cooperación entre asociaciones de arbitraje o cámaras de comercio.<sup>15</sup>

Para ello es necesario contar con una autoridad nominadora y unos servicios administrativos.

---

<sup>13</sup> Ver el artículo I del Reglamento de Arbitraje del Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur, y los artículos 4 y 11 de los Estatutos del Centro de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo.

<sup>14</sup> Cámara de Comercio Internacional.

<sup>15</sup> Un ejemplo de la utilización de este sistema fue la inclusión de la «cláusula compromisoria optativa» utilizada en los contratos del comercio EEUU/URRS de 1977, en que actuaba la Cámara de Comercio de Estocolmo como autoridad nominadora.

### a) Autoridad nominadora

Las funciones de la autoridad nominadora, se refieren básicamente al establecimiento de unas pautas a seguir dentro del procedimiento a desarrollar dentro de sus instalaciones y bajo un *standard* mínimo de normas aplicables. Así, por ejemplo, deberán contener normas referentes a procedimientos administrativos, así como la forma en que éstas se desempeñen, como pueden ser, entre otros:

El nombramiento de árbitros, los criterios para su recusación, sustitución en caso de que no cumpla con sus funciones, renuncie o cese, baja por muerte, así como la fijación de los honorarios de los árbitros.<sup>16</sup>

### b) Servicios administrativos

En cuanto a los servicios administrativos prestados por estas entidades, deben dejar claro qué servicios quedan comprendidos en sus honorarios administrativos generales y cuáles se facturarán por separado (por ejemplo, los servicios de interpretación). También debe indicar qué servicios puede prestar con sus propios recursos y para cuáles puede contratar la prestación para terceros. Entre los servicios que deben cubrirse destacan:

La transmisión de comunicaciones escritas entre las partes y los árbitros, prestación de asistencia al tribunal arbitral para la celebración de las audiencias (salas de reunión, servicios de secretaría) y el archivo o registro de laudos arbitrales, entre otros.

---

<sup>16</sup> De las muchas instituciones que han declarado estar dispuestas a actuar como autoridad nominadora y proporcionar servicios administrativos en arbitrajes sometidos al RACNUDMI, destaca la Asociación Estadounidense de Arbitraje, que ha creado un conjunto concreto de «Procedimientos administrativos para arbitrajes sometidos al RACNUDMI». En estas normas se enumeran de manera detallada la forma en que esta Asociación desempeña las funciones de autoridad nominadora y el tipo de servicios que ofrece.

## 2. Comisión interamericana de arbitraje comercial (CIAC)<sup>17</sup>

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida bajo la sigla CIAC ó IACAC, es una institución de carácter privado, nacida en 1934 como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada y eficaz, las controversias comerciales suscitadas dentro de la comunidad empresarial internacional.

Desde esta época y en los últimos años, CIAC/IACAC ha contado con el apoyo de los principales centros de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de América, España y Portugal, los cuales son parte de la comisión como sección nacional o sección asociada, permitiendo difundir y consolidar este sistema idóneo de solución de controversias.

Actualmente, forman parte de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, los centros de arreglos de controversias de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Pa-raguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Los objetivos que persigue esta organización son básicamente:

1. Establecer y mantener un sistema de métodos alternativos de resolución de disputas de carácter comercial, mediante la utilización del arbitraje y la conciliación o cualquier otro que resultara propio para tal fin.
2. Fomentar el conocimiento y difusión del sistema dentro de los países que forman la CIAC.
3. Promover la adecuada interpretación y aplicación del Convenio creador de esta institución.
4. Cumplir con las funciones que los Tratados Internacionales y las leyes le atribuyan.

---

<sup>17</sup> Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), [www.ciac-iacac.org](http://www.ciac-iacac.org)



### *1.1. Estructura*

La estructura organizacional cuenta con:

#### *1. Consejo de la Comisión*

Es su órgano supremo, y está formado por un delegado titular y un suplente nombrado por cada sección nacional o asociada, encargándose su dirección superior a un Presidente, y tres Vicepresidentes que son, generalmente, representativos de zonas geográficas significativas de la Región.

#### *2. Comité Ejecutivo*

Está formado por el Presidente de la Comisión, los Vicepresidentes y un Presidente Ejecutivo. Sus funciones son, entre otras:

- Aprobar el organigrama y el manual general de funciones de la CIAC.
- Velar por la confidencialidad, eficiencia y calidad de los procedimientos.
- Proponer la creación de comités o comisiones para el buen funcionamiento de la CIAC.

#### *3. Presidencia del Consejo*

Dirige las reuniones y es representante ante el resto de los órganos de la CIAC.

#### *4. Funcionarios*

- Presidente Ejecutivo.
- Director General.
- Los que se creen de conformidad con los Estatutos.

## 2. *Cámara de Comercio Internacional CCI*<sup>18</sup>

La CCI es una organización empresarial de ámbito mundial que actúa defendiendo la globalización de la economía como una fuerza para el crecimiento económico, la creación de trabajo y la prosperidad. La CCI tiene acceso directo a los gobiernos nacionales de todo el mundo a través de sus comités, y cuenta con una Secretaría Internacional establecida en París desde donde ofrece servicios empresariales a las organizaciones intergubernamentales en los asuntos que afectan directamente a las operaciones empresariales.

La actividad de la CCI cubre un amplio espectro, que va desde el arbitraje y la resolución de conflictos, hasta la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, la lucha contra la corrupción o la lucha contra el crimen comercial.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es, sin duda, un centro pionero en el mundo de los negocios, siendo su Tribunal Arbitral la escuela en la que se han formado un gran número de jueces prove-nientes de diversas nacionalidades y culturas.

Si bien en un principio se entendió que el movimiento arbitral era patrimonio exclusivo de eminentes juristas, especialmente, catedráticos de Facultades de Derecho, la realidad ha demostrado que también son excelentes árbitros los empresarios, hombres de negocio y asesores jurídicos, independientemente de su adscripción a una determinada cultura y procedencia geográfica.

En este sentido, la dicotomía existente entre el Derecho anglosajón y el Derecho continental ha desaparecido, dejando paso a una activa presencia de los países árabes, los países del lejano oriente y, muy especialmente, los países situados en la cuenca del pacífico.

---

<sup>18</sup> Internacional Chamber of Commerce (ICC) [www.iccbo.org](http://www.iccbo.org)

### 2.1. *Estructura del sector de la CCI dedicado a la resolución de controversias*

En lo que se refiere a la estructura de la CCI en su ámbito relativo a la resolución de controversias, cuenta con:<sup>19</sup>

- Un Tribunal Internacional de Arbitraje (TIA)
- Un Centro de *Dispute Boards*
- Un Centro Internacional de Peritaje (CIP) -  
Una Secretaría ADR

a) El Tribunal Internacional de Arbitraje (TIA) de la CCI es el centro de arbitraje adscrito a esta organización que tiene como misión promover la solución de conflictos comerciales de carácter internacional o de aquellos negocios que así acuerden las partes mediante el sistema de arbitraje.

Para ello, cuenta con un Reglamento interno que establece las pautas de desarrollo para estos procedimientos que fue revisado en 1998 para hacer más efectivo su funcionamiento, ya que el gran número de casos presentados ante su Tribunal había repercutido en la rapidez y eficacia de sus laudos. No obstante, se mantuvieron una serie de rasgos esenciales dentro de la actividad arbitral, como por ejemplo, la internacionalidad de los árbitros, el reforzamiento de la figura del Secretario General y la elaboración del acta de misión que compromete a árbitros y partes.

Estos rasgos se mantuvieron sin perjuicio de una cierta flexibilización solicitada por las partes a lo largo del proceso.

Lo que sí ha permitido la nueva redacción del reglamento arbitral de la CCI, ha sido la agilización del procedimiento abreviando los trámi-

---

<sup>19</sup> De todos ellos, sólo vamos a referirnos a los dos primeros, por estar directamente relacionados con el tema objeto de análisis.

tes y los plazos, así como asegurando el derecho de las partes a ser oídas.

Como novedades que se introdujeron en 1998 para responder a las demandas del arbitraje internacional, hay que destacar las siguientes:

- La regulación del denominado arbitraje multiparte que permite el desarrollo de procedimientos arbitrales de gran tamaño.
- La regulación de las medidas provisionales como instrumento de garantía y seguridad de las partes en el proceso.
- El derecho de las partes a reducir los plazos establecidos en el reglamento (*fast-track*) o procedimiento abreviado.
- El derecho de los árbitros para fijar reuniones y deliberar en lugar distinto al de la sede del arbitraje.
- Nuevas normas relativas al idioma del procedimiento y la protección del secreto profesional.
- La pautas de nombramiento para el caso de los llamados tribunales truncados.
- Corrección e interpretación de sentencias, así como criterios para delimitar la responsabilidad de los árbitros y de la institución arbitral.

Como queda patente en esta regulación, la CCI busca la mayor eficiencia posible en los arbitrajes buscando fórmulas que acerquen este tipo de solución de conflictos a la problemática de una sociedad en constante evolución.

#### b) *ICC Dispute Boards*

Con el mismo criterio de novedad y adaptación a las nuevas necesidades en el mundo empresarial, la CCI ha creado un sistema de asesoramiento denominado *Dispute Boards* (DB). Este sistema de asesoramiento se realiza en el Centro de los DB de la CCI, órgano distinto al TIA, al Centro Internacional de Peritaje y de la Secretaría ADR.

El DB es un sistema intermedio que intenta prevenir los litigios, estableciendo un sistema de asesoramiento continuo que intenta evi-

tar el recurso al arbitraje a través de un Comité que resuelve las desavenencias que se pueden plantear desde el inicio de un determinado contrato hasta la finalización del mismo, manteniéndose vigente durante su duración.

El Comité DB desarrolla una función de control y asesoramiento a través de un equipo compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución, asesorando a las partes y ayudándolas en la implementación y ejecución del contrato. Asimismo el Comité del DB emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier diferencia que puedan surgir entre ellos.

Es, por tanto, un mecanismo que funciona ante las desavenencias contractuales a medio o a largo plazo.

Para regular este sistema, la CCI dispone de un Reglamento específico para los DB, un modelo de contrato de miembro del DB y unas cláusulas tipo relativas a los mismos.

- a) Por lo que se refiere al Reglamento, su objetivo es regular el procedimiento a seguir en los DB.
- b) El contrato de miembro del DB se ocupa de los compromisos, los honorarios, así como de la duración del mandato, si bien las partes y miembros del DB son libres de completar o modificar de común acuerdo el contenido del contrato, así como todos aquellos elementos que faciliten la ejecución del mismo.
- c) En cuanto a las cláusulas tipo relativas a los DB, son tres, estableciendo cada una de ellas una clase distinta de DB, seguido del procedimiento de arbitraje como último recurso, si la desavenencia no se puede resolver mediante este mecanismo.

Las partes pueden escoger el tipo de DB que consideren más apropiado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y sus relaciones,

debiendo las partes percatarse de que es susceptible de ejecución atendiendo al derecho aplicable.

Los tres tipos de DB, a disposición de las partes conforme al Reglamento de la CCI, son:

- *Dispute Review Board (DRB)*
- *Dispute Adjudication Board (DAB)*
- *Combined Dispute Board (CDB)*

En cada una de estas cláusulas se considera la posibilidad de acudir al arbitraje (TIA) para el caso en que una de las partes no acate una Recomendación o una Decisión exigida según el Reglamento de los DB.

### 3. El Tribunal de Arbitraje de Londres (LCIA)<sup>20</sup>

El Tribunal de arbitraje de Londres es una de las instituciones más acreditadas para la resolución de conflictos en el ámbito comercial, siendo probablemente la más veterana de todas las instituciones arbitrales existentes.

De hecho, esta institución nació en abril de 1883 como un centro de arbitraje para asuntos internos, así como para solucionar las controversias transnacionales de ámbito comercial dentro del ámbito de la City londinense,<sup>21</sup> siendo en 1884 cuando el Tribunal, administrado en aquel momento por una Corporación, pidió la cooperación de la Cámara de Comercio de Londres.

Como organización internacional dedicada al arbitraje, proporcio-

---

<sup>20</sup> The London Court of Arbitration [www.lcia-arbitration.com](http://www.lcia-arbitration.com)

<sup>21</sup> En su inauguración se dijo lo siguiente: «*This Chamber is to have all the virtues which the law lacks. It is to be expeditious where the law is slow, cheap where the law is costly, simple where the law is technical, a peacemaker instead of a stirrer-up of strife*».

na la infraestructura para la resolución de litigios, organiza actividades y ofrece servicios en todo el mundo, para lo que ofrece la posibilidad de organizar tribunales arbitrales en cualquier sede y bajo cualquier ley aplicable con unos costes de gestión muy competitivos.

Su carácter internacional garantiza eficacia, flexibilidad y neutralidad para las partes litigantes que acepten resolver sus diferencias bajo sus auspicios.

Con el fin de adaptar su procedimiento a las necesidades del tráfico comercial, el Reglamento de esta institución fue revisado en 1998, incorporando en su texto el resultado de las consultas recogidas a diversos expertos en arbitraje provenientes de un amplio abanico profesional.

En lo que se refiere a su estructura la LCIA cuenta con tres partes:

a) La sociedad

Es una figura mercantil sin ánimo de lucro que se ocupa, básicamente, de impulsar las actividades llevadas a cabo por la LCIA.

b) La Secretaría

Desarrolla el trabajo administrativo de la institución, si bien hoy en día se caracteriza por su alto nivel de informatización que permite ofrecer un gran apoyo a las partes.

c) El Tribunal arbitral

Es la máxima autoridad en materia de arbitraje dentro de la organización y representa la mayor vía de internacionalización de la LCIA.

Está formada por 35 miembros escogidos en el mundo de la práctica comercial internacional, pertenecientes tanto al ámbito legal como a otras profesiones relacionadas con el mundo empresarial, no pudiendo ser más de seis de ellos de nacionalidad británica.

La función del tribunal es básicamente la de nombrar a los miembros que resolverán un litigio concreto, trazar la política que debe seguir el Tribunal y controlar los costes; para ello cuentan con un Presidente, un Vice-Presidente y un Secretario.

Su sede principal se encuentra en Londres, pudiendo las partes elegir cualquier otro lugar siempre que hayan expresado su voluntad de elegir otra sede para el proceso a través de las reglas de la LCIA.

Además de la sumisión a sus propias reglas, la LCIA al igual que otras instituciones que aquí analizamos tiene un acuerdo con la CNUDMI para aplicar sus normas de arbitraje utilizando sus servicios.

Por otro lado, la LCIA ofrece servicios de mediación a través de otro instrumento normativo que contiene reglas específicas para este sistema de ADR, y también cuenta con un departamento de expertos para procedimientos muy especializados.

##### *5. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR)*<sup>22</sup>

La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) es una institución con una larga experiencia en el ámbito de las resoluciones alternativas de diferencias que proporcionan servicios tanto a personas como a organizaciones que quieren resolver sus litigios fuera de los tribunales de justicia.

El papel que desempeña la AAA es el de crear una base de servicios administrativos para resolver litigios en el territorio de Estados Unidos, si bien cuenta paralelamente con un Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR) que es la división internacional de la AAA.

---

<sup>22</sup> International Centre for Dispute Resolution (ICDR) [www.adr.org/icdr](http://www.adr.org/icdr)



La experiencia del ICDR junto con su carácter internacional ha hecho que suscriba acuerdos de cooperación con un gran número de instituciones arbitrales de todo el mundo que le facilitan la administración de sus asuntos internacionales.

Tanto la AAA como la ICDR cuentan con la asistencia de servicios administrativos, tanto para la mediación como para el arbitraje contando con expertos en el campo del comercio, que siguen para su trabajo las pautas del Código Ético de esta asociación, asegurando a las partes la neutralidad en sus resoluciones.

Sus normas resuelven asuntos básicamente relacionados con el mundo empresarial, resolviendo también cuestiones sobre consumidores y problemas laborales.

Para el desarrollo de sus actividades la ICDR cuenta con diferentes instrumentos que le ayudan a implementar su tarea. De estas actividades podemos destacar las siguientes:

a) Los procedimientos internacionales regulados por el Reglamento ICDR

Este instrumento contiene unas reglas aplicables a la mediación internacional y otras para el arbitraje internacional. Ambas se pueden utilizar de forma aislada o en el caso de la mediación como fase previa de la resolución a través del arbitraje.

b) Los procedimientos seguidos según el Reglamento CNUDMI

Tal como se ha indicado anteriormente, las normas contenidas en el Reglamento CNUDMI sirven como reglas uniformes en la resolución de conflictos en todo el mundo.

En este caso la ICDR actúa como una autoridad nominadora que utiliza las reglas del Reglamento CNUDMI para solucionar una controversia internacional, proporcionando los servicios necesarios para

ayudar a las partes y a los árbitros a resolver los conflictos bajo el auspicio de las normas establecidas por Naciones Unidas.

- c) Los procedimientos seguidos para la Corporación de Internet para asignar nombres y números (ICANN)<sup>23</sup>

La ICANN (*Corporation for Assigned Names and Numbers*) es una organización internacional que tiene la responsabilidad de implementar el Protocolo Internet (IP) dirigido a identificar genéricamente (gTLD) y por código de país (ccTLD) la identificación en la Red.

Como instrumento público/privado, el ICANN se dedica a preservar la estabilidad operacional en Internet a través de un sistema de representación global, así como desarrollando una política apropiada a través del *consensus* en el proceso.

En este contexto, la ICDR ha firmado un acuerdo con la ICANN para que sea esta institución la que resuelva los problemas que puedan surgir en relación a la asignación de nombres y números de dominio en Internet.

Para ello, y tomando como base el artículo IV, Sección 3 (4) de la ICANN *Bylaws*, se ha creado un Equipo Independiente de Revisión (IRP) elegido por las partes que examinará y presentará a través de la denominada *independent review* aquellos aspectos de los contratos que deban ser examinados según el Reglamento de Arbitraje de la ICDR.

La solución al problema surgido se realizará a través de la *Declaration* que deberá presentarse por escrito en base al análisis de la documentación presentada y los argumentos expresados por las partes, que deberá ser cumplida por éstas.

---

<sup>23</sup> Corporación de Internet para asignar nombres y números (ICANN)  
[www.icann.org](http://www.icann.org)

### 5. *International Bar Association (IBA)*<sup>24</sup>

La IBA es una asociación internacional de abogados que ha llevado a cabo una importante labor en el desarrollo de los métodos de resolución de controversias, analizando y aplicando técnicas ante la proliferación de conflictos nacidos en los últimos años.

Para dar respuesta a esta realidad la IBA cuenta con un Comité de Arbitraje y ADR formado por un grupo de trabajo que cuenta con 19 expertos en arbitraje internacional procedentes de 14 países que analizan y aplican las técnicas necesarias para la resolución de conflictos con imparcialidad e independencia.

Dado su carácter privado y su especialidad jurídica, la IBA ha considerado útil recopilar un conjunto de reglas que funcionan como una *guideline* en materia de arbitraje. Es interesante en este sentido la inclusión en esta guía de buenas prácticas de unas listas «rojas, naranjas y verdes» que enumeran de forma no exhaustiva las posibles situaciones que pueden dar lugar a conflictos de intereses en un procedimiento arbitral.

Así, la lista roja se refiere a causas de renunciabilidad que no pueden ser aceptadas por su importancia dentro del procedimiento arbitral. (Ejemplo: El árbitro es el legal representante de una de las partes, o tienen intereses financieros significativos en la empresa de una de las partes, etc.).

La lista naranja permite en determinadas circunstancias que las partes, conociendo la causa de incompatibilidad la acepten por estar justificadas (Ejemplo: El árbitro ha trabajado dentro del período de los tres últimos años para una de las partes, o ha sido árbitro en dos o más ocasiones de una de las partes, etc.), mientras que la lista verde recoge situaciones que no dan lugar a conflicto de intereses. (Ejemplo: El árbitro ha emitido con anterioridad una opinión general sobre el asunto sometido a arbitraje, o su firma de abogados ha actuado alguna vez contra la otra parte, etc.).

---

<sup>24</sup> International Bar Association (IBA) [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

Todo ello va acompañado de informes explicativos que ayudan a comprender la razón de los argumentos expuestos.

A pesar de que esta guía no tiene ningún valor legal y, por tanto, no se impone a ningún ordenamiento nacional, sí se puede decir que ha tenido una aceptación general por la comunidad arbitral, ya que es una importante ayuda para los abogados, los árbitros, así como para todas aquellas instituciones que dictan laudos basados en la imparcialidad, la independencia y el sentido común.

#### IV. DE CARÁCTER ESPECIALIZADO

##### *1. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)*<sup>25</sup>

La Organización Internacional para la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) es un organismo especializado del sistema Naciones Unidas que tiene como objetivo el desarrollo de la propiedad intelectual internacional de modo equilibrado y accesible, recompensando la creatividad, estimulando la innovación y contribuyendo al desarrollo económico, así como salvaguardando el interés público.

Con esta finalidad se firmó en Estocolmo en 1967, el Convenio que creó la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual, que fue enmendado el 28 de septiembre de 1979, con el mandato de los Estados miembros de fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, mediante la cooperación de los Estados y la colaboración con otras organizaciones internacionales. Su sede se encuentra en Ginebra (Suiza).

Entre los servicios que ofrece esta organización internacional se encuentra el de solucionar las controversias que puedan ser objeto de esta materia, para lo que cuenta con un Centro de Arbitraje y Media-

---

<sup>25</sup> En siglas inglesas WIPO World Intellectual Property Organization, [www.wipo.int](http://www.wipo.int)

ción, con sede en Ginebra (Suiza), que fue creado en 1994 para promover la *solución de controversias* en materia de propiedad intelectual por medio de *métodos alternativos de solución de controversias* incluyendo *arbitraje* y *mediación* en relación con controversias, inter-nacionales comerciales entre partes privadas, especialmente, en el campo de la tecnología, el espectáculo y otras controversias en materia de propiedad intelectual a escala mundial.

El arbitraje en la OMPI asegura una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual. En este contexto, el arbitraje, como procedimiento privado y confidencial, se utiliza cada vez más para solucionar controversias relativas a derechos de propiedad intelectual, particularmente cuando las partes son de distintas jurisdicciones. Estas controversias tienen ciertos rasgos particulares a los que no siempre se adecuan los sistemas judiciales nacionales, pero que pueden ser atendidos por el arbitraje. En el siguiente cuadro se recogen algunos de los principales rasgos de las controversias en materia de propiedad intelectual y su tratamiento por los tribunales nacionales y el arbitraje:<sup>26</sup>

| RASGOS COMUNES DE LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL | LITIGIOS ANTE LOS TRIBUNALES                                                                                                                                                                                  | ARBITRAJE                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Internacional                                                           | Procedimientos múltiples en virtud de distintas leyes, con el riesgo inherente de resultados divergentes.<br>Posibilidad real o percibida de que la parte que litiga en su propia jurisdicción tenga ventaja. | Un único procedimiento en virtud de la ley que determinen las partes.<br>El procedimiento arbitral y la nacionalidad del árbitro pueden ser neutrales en relación con el idioma, la cultura institucional y el derecho aplicable a las partes. |

<sup>26</sup> Fuente: [www.arbiter.wipo.int](http://www.arbiter.wipo.int).

| RASGOS COMUNES DE LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL  | LITIGIOS ANTE LOS TRIBUNALES                                                                                   | ARBITRAJE                                                                                                                                                            |
|--------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Técnico                                                                  | Riesgo de que la persona que decida no tenga los conocimientos técnicos necesarios.                            | Las partes pueden seleccionar al árbitro o árbitros que tengan los conocimientos técnicos necesarios.                                                                |
| Urgencia                                                                 | Con frecuencia los procedimientos se alargan<br>En ciertas jurisdicciones, cabe obtener medidas provisionales. | El árbitro o árbitros y las partes pueden acortar el procedimiento.<br>El arbitraje de la OMPI permite que el árbitro o los tribunales dicten medidas provisionales. |
| Finalidad                                                                | Posibilidad de interponer recurso.                                                                             | Posibilidad limitada de recurso.                                                                                                                                     |
| Confidencialidad/ secretos comerciales y riesgo de daño a la reputación. | Procedimiento público.                                                                                         | Los procedimientos y los laudos son confidenciales.                                                                                                                  |

La OMPI utiliza dos tipos de procedimientos en sus arbitrajes: Un procedimiento general y un procedimiento acelerado.

a) Procedimiento general

Similar al que se encuentra en otras instituciones internacionales que responde a la designación de árbitros, plazos para la presentación de documentos, pruebas, etc.

b) Procedimiento acelerado

El arbitraje acelerado es una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un

lapso de *tiempo reducido* y, por consiguiente, a *bajo costo*,<sup>27</sup> siendo las diferencias entre arbitraje acelerado y el arbitraje general las siguientes:

- Las *tasas* de registro y administrativas son inferiores a las que se aplican a un arbitraje sustanciado conforme al Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Los honorarios fijos del árbitro se aplican para las controversias cuyo importe sea igual o inferior a 10 millones de dólares de los EE.UU.;
- El *escrito de demanda* debe presentarse junto con la solicitud de arbitraje (y no presentarse con posterioridad y por separado). De igual manera, la contestación a la *demand*a debe presentarse junto con la respuesta a la solicitud de arbitraje.
- Habrá siempre un árbitro único;
- Las audiencias ante el árbitro deben ser condensadas y, salvo circunstancias excepcionales, no pueden exceder los tres días;
- Se han reducido los *plazos aplicables* a las distintas etapas del procedimiento arbitral. En particular, siempre que sea razonablemente posible, se deberá declarar el cierre de las actuaciones a más tardar dentro de los tres meses (y no nueve meses, como en el Reglamento de Arbitraje de la OMPI) siguientes al hecho que se produzca más tarde la presentación de la contestación a la demanda o establecimiento del tribunal.
- Siempre que sea razonablemente posible, el laudo definitivo deberá dictarse dentro del mes siguiente al cierre de las actuaciones (y no dentro de los tres meses siguientes, como en el Reglamento de Arbitraje de la OMPI).

A fin de facilitar la solución de controversias en materia de propiedad intelectual, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI cumple las siguientes funciones:

- Ayuda a las partes a seleccionar mediadores y árbitros, recurriendo a la base de datos del Centro, que incluye más de 1,000 árbitros y

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en un reciente Arbitraje Acelerado de la OMPI, el árbitro único designado por la OMPI, dictó un laudo definitivo 6 semanas después del inicio del procedimiento.

mediadores expertos en la solución de controversias en materia de propiedad intelectual.

- Sirve de enlace entre las partes y los árbitros y mediadores a fin de garantizar una comunicación óptima y un procedimiento eficaz.
- Organiza la prestación de servicios de apoyo, como traducción, interpretación o secretariado.
- Establece los honorarios de los árbitros y mediadores, en consulta con las partes y con los árbitros y mediadores, y administra los aspectos financieros de los procedimientos.
- Si las partes lo desean, el Centro ofrece servicios de apoyo a las reuniones, que incluyen salas de audiencia, salas de reunión, equipo de grabación, servicios de interpretación y secretariado.
- Cuando el procedimiento tiene lugar en la sede de la OMPI en Ginebra, esta organización pone gratuitamente a disposición de las partes salas de reunión, mientras que los servicios de interpretación, traducción o secretariado están sujetos a un pago adicional.

### *1.1. El tratamiento por la OMPI del arbitraje respecto a las tecnologías de la información*

Como órgano especializado en la solución alternativa de controversias en materia de nombres de dominio, el Centro ha adquirido una experiencia sin precedentes en la creación y gestión de procedimientos en línea. El Centro también utiliza habitualmente métodos en línea para aumentar la eficacia y reducir el costo de otros procedimientos de solución alternativa de controversias que administra. Por ejemplo, las partes que someten un caso ante la OMPI, pueden presentar sus escritos y otras comunicaciones por medio de un mecanismo en línea totalmente confidencial y seguro de presentación en línea, de casos al que pueden acceder en cualquier momento las partes y el tribunal arbitral.

### *1.2 Otros servicios ofrecidos por el Centro de Arbitraje de la OMPI*

Además de la función que desempeña en la administración de controversias en virtud de los Reglamentos de la OMPI, el Centro ofrece los siguientes servicios:



- Ayuda a las partes a redactar cláusulas contractuales en las que se estipula que futuras controversias se someterán a los procedimientos de la OMPI.
- A solicitud de las partes y previo pago, recomienda árbitros y mediadores facilitando sus historiales profesionales detallados, para su nombramiento en controversias que no sean administradas por el
- Crea procedimientos específicos para la solución de controversias para circunstancias comerciales o sectores industriales específicos.
- Organiza programas de formación para mediadores y árbitros, así como conferencias sobre la solución de controversias en materia de propiedad intelectual.
- Ofrece servicios de buenos oficios, facilitando el debate entre las partes a fin de determinar si una controversia concreta debe someterse a un procedimiento de la OMPI.

## 2. Tribunal Arbitral del Deporte (TAS)<sup>28</sup>

El TAS (*Tribunal Arbitral du Sport*) con sede en Lausana ( Suiza) una institución independiente de todo órgano deportivo, que ofrece servicios con el fin de facilitar la solución de litigios en el ámbito del deporte; es por tanto, un tribunal especializado al que puede acudir toda persona física o jurídica con capacidad para acceder al TAS (Ejemplo: Atletas, clubs deportivos, *sponsors*, federaciones deportivas, cadenas de televisión, etc.).

Fue creado en 1984 y se encuentra bajo la autoridad del Consejo Internacional de Arbitraje en materia de Deporte (CIAS).

Para someterse voluntariamente al TAS, las partes pueden elegir entre el procedimiento de la mediación o el de arbitraje, si bien en el segundo caso deben estar informadas sobre la obligatoriedad del laudo, que cumple la misma función que una sentencia judicial. También puede actuar utilizando cualquier otro medio de solución de controversias pensado específicamente para el mundo del deporte.

---

<sup>28</sup> En siglas inglesas CAS (*Court of Arbitration for Sport*) [www.tas-cas.org](http://www.tas-cas.org)

No obstante y dado el carácter consensual que se da en cualquier arreglo extrajudicial, las partes deben haber pactado por escrito la sumisión al TAS, bien de forma aislada o dentro de un contrato, o en los estatutos del organismo deportivo en cuestión.

En cualquier caso, la sumisión al arreglo de diferencias extrajudiciales, en general se permite con anterioridad o una vez surgido el litigio.

Para el desarrollo del procedimiento, el TAS cuenta con un Reglamento interno que se ocupa de todos los aspectos relativos a la resolución del litigio (nombramiento de árbitros, plazos y trámites, efectos de la sentencia, etc.).

El TAS cuenta con 300 árbitros procedentes de 87 países, que son elegidos por su conocimiento en el arbitraje y el derecho del deporte, siendo la media de casos introducidos en esta institución de 200 por año.

Puede resolver sobre cualquier tipo de litigio que provenga directa o indirectamente del mundo del deporte bien sea de tipo comercial, relativos a la práctica o desarrollo del deporte, (por ejemplo, un contrato de *sponsoring*) o que provenga de una decisión emitida por un órgano deportivo (por ejemplo, un asunto de dopaje).

Además de su actividad relacionada con la resolución de conflictos extrajudiciales, el TAS también actúa como órgano consultivo emitiendo dictámenes en materia deportiva.

Junto a su actividad general el TAS también actúa creando tribunales arbitrales *ad-hoc*, cuando se realizan eventos deportivos de gran envergadura como, por ejemplo los Juegos Olímpicos. Para estos casos, el TAS crea unas reglas específicas pensadas para el tipo de acto ante el que debería actuar.

### 3. *Agencia multilateral de garantías para las inversiones (MIGA)*<sup>29</sup>

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*)<sup>30</sup> en países en vías de desarrollo a través del apoyo económico, la reducción de la pobreza y la mejora en el nivel de vida de las personas.

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

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

Además de la búsqueda de la seguridad en los proyectos garantizados por el MIGA, también se ocupa de mejorar el flujo de las inversiones resolviendo los obstáculos que se crean entre los inversores y los países que reciben las inversiones. Por tanto, las dos grandes vías de actuación en la resolución de conflictos son básicamente dos:

#### 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

---

<sup>29</sup> En siglas inglesas Multilateral Investment Guarantee Agency [www.miga.org](http://www.miga.org) <sup>30</sup> El FDI está jugando un papel básico en la reducción de la pobreza invirtiendo por ejemplo en la construcción de carreteras, equipando a los países con agua potable y electricidad y creando empleo. El sector privado ayuda de este modo al crecimiento de las economías haciendo que los gobiernos utilicen mejor los fondos y las ayudas sociales, al mismo tiempo que los inversores sacan mayor rendimiento de sus activos.

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 en 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 del MIGA.

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 alteración 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 coste 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 considerar el riesgo que tiene un determinado país para hacer frente a una inversión de este tipo.

#### 4. *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*<sup>31</sup>

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) es fruto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI o el Convenio).<sup>32</sup>

El Convenio se elaboró en marzo de 1965 a instancia de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) que lo sometieron con un Informe adjunto a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración.

El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966 al producirse la ratificación de 20 Estados, siendo a fecha de abril de 2006, 143 los países que lo han ratificado convirtiéndose en Estados miembros de dicho Convenio.

De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, haciendo más efectiva su implementación con la redacción de un Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administra-

---

<sup>31</sup> En su terminología inglesa se denomina International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) [www.worldbank.org/ICSID](http://www.worldbank.org/ICSID)

<sup>32</sup> Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

tivo del Centro en materia de resolución de conflictos (Reglamento y Reglas del CIADI).<sup>33</sup>

El Reglamento y Reglas de CIADI incluyen:

- El Reglamento Administrativo y Financiero
- Las Reglas procesales aplicables a la iniciación de procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de iniciación).
- Las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (Reglas de Arbitraje).

#### 4.1. Estructura

La creación del CIADI en 1966 supuso la implantación de una institución especialmente designada para facilitar el arreglo de los conflictos en las inversiones realizadas entre los gobiernos y los inversores extranjeros ayudando a promover los flujos internacionales de inversión.

El Centro cuenta con un Consejo Administrativo y una Secretaría. El primero está presidido por el Presidente del Banco Mundial y un representante de cada Estado que haya ratificado el Convenio.

Por su parte, los gastos de la Secretaría son sufragados por el presupuesto del Banco Mundial, si bien los costes de los procedimientos específicos son financiados por las partes implicadas.

De acuerdo con el Convenio, el Centro otorga facilidades para solucionar los litigios mediante la conciliación y el arbitraje si bien los recursos son absolutamente voluntarios, ahora bien, si una de las partes ha consentido en acudir al arbitraje bajo las normas del CIADI, ésta no puede unilateralmente retirar su consentimiento.

---

<sup>33</sup> Las últimas enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006.

Sin embargo, todos los Estados contratantes del CIADI sean o no partes en el litigio, están obligados por el Convenio a reconocer y ejecutar las sentencias arbitrales adaptadas bajo el texto del Reglamento.

Para hacer más viable el sistema de conciliación y arbitraje el Centro tiene desde 1978 unas Reglas Adicionales autorizando a la Secretaría del CIADI a desarrollar una serie de procedimientos fuera del ámbito del Convenio; así por ejemplo, se permite utilizar la conciliación y arbitraje en procedimientos entre el Estado parte y un nacional de un Estado no parte del CIADI. También se puede acudir a este procedimiento para casos diferentes a inversiones como puede ser una transacción comercial; si bien para estos casos fuera de Convenio se debe realizar un análisis y un informe de los hechos (*fact-finding proceedings*).

Otra de las actividades llevadas a cabo por el CIADI se realiza tomando como base las Reglas de Arbitraje del CNUDMI que se utiliza especialmente para procedimientos *ad-hoc* en los que el Secretario General del CIADI acepta actuar como árbitro.

Ahora bien la actividad principal del CIADI se realiza en torno a la resolución de conflictos para contratos de inversión entre gobiernos de Estados miembros e inversores de otros Estados miembros. Otro sistema que toma como base este Convenio, consiste en la utilización de una red de 900 tratados bilaterales de inversión que son invocados para resolver, a través de una veintena de leyes nacionales relativa a las inversiones, los conflictos surgidos en un determinado territorio.

Además, junto al mecanismo del CIADI se han desarrollado otros Tratados multilaterales de inversión de carácter sectorial (el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica, el Tratado de la Carta de la Energía, el Acuerdo de Cartagena de Libre Comercio o el Protocolo de Inversión de MERCOSUR).

En cuanto a la sede donde se deben desarrollar los procesos, el Convenio no obliga a utilizar el Centro situado en Washington, pudiendo las partes libremente elegir el procedimiento a seguir y el lugar de celebración del mismo.

En este sentido el Convenio del CIADI contiene normas para facilitar esta elección y, además, ha firmado acuerdos con otras instituciones para utilizar sus servicios cuando las partes elijan un lugar donde éstas tengan oficinas y servicios. Es el caso de la Corte Permanente Internacional de Arbitraje con sede en La Haya, el Centro Regional de arbitraje del Comité Legal Consultivo de Asia-África con sede en El Cairo y Kuala Lumpur, el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de Australia con sede en Sidney, el Centro Internacional de Arbitraje Internacional de Singapur, el Centro Comercial de Arbitraje de Bahrain y el Instituto de Arbitraje alemán.

Estos acuerdos interinstitucionales son de gran utilidad para el desarrollo de la actividad del CIADI y además han ayudado a promover la cooperación entre el CIADI y estas instituciones en muchos otros aspectos.

En los últimos años, el número de casos sometidos al Centro del CIADI se han incrementado significativamente tanto en relación a los casos contemplados por el Convenio, como en aquéllos que quedan fuera de su ámbito a través de las Reglas adicionales.

Junto a esta labor conciliadora, el CIADI cumple también una importante tarea consultiva y de investigación que cuenta con el respaldo de la AAA y de la CCI.

### 5. *El Tratado sobre la Carta de la Energía*<sup>34</sup>

El Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT) es un compromiso consensuado entre las regiones del mundo en materia de energía que fue firmado en diciembre de 1994 después de intensas negociaciones. Actualmente está en vigor para 49 Estados, que incluye países de las antiguas Repúblicas Socialistas Soviéticas, los países de Europa Cen-

---

<sup>34</sup> Energy Charter Treaty [www.encharter.org](http://www.encharter.org)



tral y del Este, Japón, Australia y las Comunidades Europeas con todos sus Estados miembros. Está basado en los objetivos políticos establecidos en la declaración política de la Carta Europea de la Energía que fue firmada en diciembre de 1991.

La base de este Tratado se centra en la cooperación en materia de energía, el establecimiento de un marco fiable y estable dentro de este sector, así como la mejora de las condiciones para la inversión y el comercio en el sector energético.

El ECT contiene un sistema para resolver las diferencias respecto a las materias cubiertas por el Tratado; en este sentido, diferencia por un lado los litigios entre los Estados partes, bien sea a través de la interpretación como a través de una aplicación justa y predecible del contenido del Tratado por todas las partes contratantes. En este caso, el ETC procura, en primer lugar, un arreglo diplomático y si éste no es posible, propone la solución a través de la decisión emitida por un Tribunal arbitral *ad-hoc* según las directrices establecidas en el propio Tratado.

El otro sistema establece los criterios para solucionar los litigios entre los inversores y los Estados, en cuyo territorio se está realizando la inversión.

El punto de partida de estos mecanismos es el acuerdo entre las partes para intentar buscar soluciones que les impidan llegar al litigio (actuaciones de carácter preventivo); ahora bien, cuando esto no es posible, el Tratado ha abierto un número adicional de soluciones para alcanzar un acuerdo.

Así, por ejemplo, si el inversor de un Estado contratante considera que un gobierno no ha cumplido con las obligaciones prescritas por las disposiciones de la protección de las inversiones, el inversor puede, con el consentimiento incondicional de su Estado:

- Elegir someter la solución de la controversia ante un tribunal nacional, o

- Utilizar cualquier procedimiento de solución previamente convenido con su gobierno,<sup>35</sup> o
- Someterla a un arbitraje internacional (CIADI), o
- utilizar el Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos del CIADI, o
- Someterla al sistema de arbitraje del CNUDMI, o
- Acudir al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.<sup>36</sup>

Las partes pueden elegir el procedimiento, incluso cuando la controversia se refiera a un acuerdo de inversión concluido con el gobierno y no se corresponde con una de las disposiciones específicas del ETC.<sup>36</sup>

Por otro lado, los Estados se han comprometido a ejecutar las decisiones de arbitraje sin demora y a garantizar que serán efectivamente cumplidas en todos sus territorios.

El ECT tiene también disposiciones especiales basadas en el modelo de la OMPI para la resolución de conflictos comerciales entre Estados, ofreciendo también la posibilidad de utilizar la conciliación para conflictos menores (*transit disputes*).

Para el procedimiento de solución de controversias comerciales en los que una parte no es miembro de esta organización, se sigue un procedimiento muy parecido al modelo seguido por la OMPI.

Por último y en relación a las cuestiones de medioambiente y competencia, el ECT establece una serie de mecanismos bilaterales para el caso de la competencia, y multilaterales para los temas medioambientales, no vinculantes para las partes.

---

<sup>35</sup> Los litigios relativos a la competencia y el medioambiente están excluidos de cualquiera de los sistemas de arbitraje previstos.

<sup>36</sup> Salvo para Australia, Hungría y Noruega.

## V. CONCLUSIÓN

Como se puede observar, el arbitraje y los ADR como método de solución de controversias se han incrementado de manera importante en las últimas décadas, lo que ha sido bien recibido en el ámbito internacional, no sólo por ampliar los sistemas pacíficos para solucionar litigios, sino por la calidad y la efectividad que han tenido las resoluciones emitidas por los diferentes órganos especializados en la materia.

No obstante, y a pesar del interés que supone la utilización cada vez más frecuente de estos sistemas de resolución de litigios, no hay que fomentar esta proliferación institucional, ya que puede ir en detrimento de su uso, ya que las partes pueden quedar desmotivadas al no conocer el alcance de las mismas, ni poder determinar cuál es la más adecuada para resolver sus diferencias.

En este sentido, la propia comunidad internacional debería crear mecanismos que velarán por el establecimiento de un código de buenas prácticas, así como de establecer sistemas de control para asegurar el buen funcionamiento de estos tribunales.

Por otro lado, se debería establecer un listado de información centralizada (posiblemente el CNUDMI sea el organismo más indicado para guardar dicha información), que permitiera a todos aquéllos que quisieran seguir un procedimiento extrajudicial, conocer las instituciones que ofrecen estos servicios y escoger aquéllas que mejor se adapten a sus necesidades y a los resultados perseguidos en función de la normativa aplicable, de los sujetos implicados, o del sector afectado.



## CAPÍTULO 24

### EL SISTEMA ARBITRAL DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Pedro Claros Alegría



## Capítulo 24

### EL SISTEMA ARBITRAL DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

*Pedro Claros Alegría*

I. Introducción: Origen y finalidad del CIADI.— 1.1. El CIADI como institución del Grupo del Banco Mundial .- 1.2. Origen histórica del CIADI.- II. Naturaleza y estructura orgánica del CIADI.— III. Principales características del mecanismo del CIADI para resolución de disputas de inversión: La jurisdicción del Centro.— IV. Procedimientos ante el CIADI: El arbitraje.— V. Características del laudo CIADI: Arbitraje deslocalizado.— VI. El mecanismo complementario.— VII. *Status* actual del convenio CIADI. Proliferación del arbitraje CIADI en los últimos años y retos.

#### I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y FINALIDAD DEL CIADI

##### *1.1. El CIADI como institución del Grupo del Banco Mundial*

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro) es una institución afiliada al Banco Mundial, creada bajo los auspicios de éste en virtud del «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» hecho en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965 (en adelante, el Convenio).

Se trata, pues, de una de las instituciones que conforman lo que se ha dado en denominar el «Grupo del Banco Mundial». Las dos instituciones principales del Banco Mundial son: i) el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que inició sus actividades en 1946,

en cumplimiento de los Acuerdos de post-guerra de Bretton Woods de julio de 1944, y ii) la Asociación Internacional de Fomento (AIF), creada a iniciativa de la Junta de Gobernadores del propio BIRF en 1960. Ambas instituciones comparten una misma estructura orgánica y se denominan conjuntamente como el Banco Mundial. Junto a ellas, las llamadas «instituciones afiliadas» al Banco Mundial son iii) la Corporación Financiera Internacional (CFI, creada por el BIRF en 1956), iv) el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI, creado por el BIRF en 1985), y v) el CIADI.<sup>1</sup>

Según el artículo 1(2) del Convenio, el objeto del Centro es «*facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio*».<sup>2</sup>

## 2. Origen histórico del CIADI

Las disputas de ciudadanos extranjeros con las autoridades locales del lugar donde realizaban negocios han existido siempre, y ciertas formas de protección jurídica de estos intereses pueden rastrearse igualmente a lo largo de toda la historia.<sup>3</sup>

Como antecedente inmediato del CIADI debe señalarse que en los años 50 el Presidente del BIRF ya había ejercido buenos oficios y fun-

---

<sup>1</sup> Sobre el Grupo del Banco Mundial, así como el origen, estructura y fines de cada una de las instituciones que lo conforman, puede verse en general la página web del Banco Mundial ([www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)).

<sup>2</sup> El texto del Convenio CIADI puede verse en [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

<sup>3</sup> Por ejemplo, en I Macabeos 8, 17 puede encontrarse una reseña al pacto de amistad y comercio entre Roma y la nación judía, en el siglo II A.C. Otro ejemplo puede ser el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre los Estados Unidos de Norteamérica y España en 1795. En el Derecho Internacional clásico, la protección jurídica de los intereses económicos de los extranjeros en otros países se reconoce por medio de la Protección Diplomática: «*Es un principio ele-*



ciones de conciliador y árbitro entre gobiernos de Estados miembros e inversores extranjeros.<sup>4</sup>

De hecho, a finales de esa década, la Organización para la Cooperación Económica Europea (hoy la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE) estaba trabajando en la elaboración de una Convención Multilateral para la Protección de la Propiedad Privada Extranjera, llegándose a publicar un Borrador en 1963, y una versión revisada fue aprobada por el Consejo de la OCDE en 1967. Sin embargo, esta Convención, que trataba de una manera general los aspectos sustantivos de la protección jurídica de las inversiones extranjeras, nunca fue adoptada ni entró jamás en vigor.<sup>5</sup>

---

*mental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias»* (Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 1922, *Recueil de la Cour*, Serie A, n.º. 2, p. 12, citada en DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos 2001, tomo I, p. 485). La Protección Diplomática puede consistir en el ejercicio de buenos oficios, mediación o acción diplomática del Estado del inversor lesionado; o bien en el recurso a Arbitraje Internacional o a Tribunales Internacionales por el Estado del inversor lesionado.

<sup>4</sup> Vid SHIHATA, I. «The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investments: the Role of the World Bank Group», En *The World of the Bank in a Changing World*, Nijhoff 1990, Vol. I, p. 287-289.

<sup>5</sup> Los intentos de un Tratado que regulase de manera global la Protección Jurídica de las Inversiones Extranjeras se retomaron en el seno de la OCDE entre 1995 y 1998, a instancias principalmente de EE.UU., que había planteado sin éxito la necesidad de este tipo de Tratado Global sobre Inversiones en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Un Borrador fue hecho público en 1997, conjurando las críticas de amplios sectores de la sociedad civil. En 1998, tras la retirada de Francia, las negociaciones en el seno de la OCDE se abandonaron. Estos intentos de un Convenio Multilateral sobre Inversión se han intentado retomar en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incluyéndose en 2001 en la Agenda de Doha. Sin embargo, en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003, la iniciativa ha quedado finalmente excluida de la Ronda de Doha.

Por su parte, en esa misma época el Banco Mundial se afanaba en una agenda de iniciativas, tanto para la constitución de una agencia que garantizase los riesgos políticos y de expropiación de las inversiones extranjeras (lo que hoy es la OMGI), como para la constitución de la AIF. Estas líneas de actuación estaban ya apuntadas en forma de recomendaciones, y derivaban en última instancia, de los trabajos conjuntos de la Naciones Unidas (a través del Consejo Económico y Social —ECOSOC—) y el Banco Mundial durante esa década de los años 50, en los que también se hacía referencia, de manera más vaga y general, a la necesidad de fomentar tratados de protección de inversiones y mecanismos de solución de disputas que incrementaran la seguridad jurídica de las inversiones.<sup>6</sup>

Téngase en cuenta que el BIRF es un Organismo Especializado de las Naciones Unidas desde 1947, de manera que en estas materias las Naciones Unidas se coordinan con el Banco Mundial, y de hecho, se apoyan fundamentalmente en los informes y trabajos del Banco Mundial. De ahí que la sede natural para el establecimiento de un centro para resolución de controversias sobre inversiones extranjeras fuera el Banco Mundial.

A finales de los años 50, los trabajos en el seno del Banco Mundial para la constitución de la agencia de garantía de inversiones no fructificaron, debido a las dificultades políticas para el acuerdo.<sup>7</sup>

Se procuró entonces un intento más modesto, centrado únicamente en el establecimiento de un mecanismo voluntario de resolución de

---

<sup>6</sup> Pueden verse en este sentido la Resolución 368 (XIII) del Consejo Económico y Social sobre métodos para financiar el desarrollo económico de los países suficientemente desarrollados, de 22 de agosto de 1951, E/RES/368(XIII), particularmente su apartado B; o la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 824 (IX) sobre corriente internacional de capitales privados para el desarrollo económico de los países insuficientemente desarrollados, de 11 de diciembre de 1954, A/RES/824(IX).

<sup>7</sup> Hubo que esperar hasta 1985 para que el Banco Mundial pudiera establecer tal agencia, hoy el OMGI (MIGA en inglés), mediante la adopción de la Convención de Seúl de 11 de octubre de 1985. La agencia inició sus operaciones en 1988.

disputas sobre inversiones extranjeras (sin abordar los aspectos sustantivos de la protección de inversiones), bajo el impulso personal de D. Aron Broches, en aquel momento Consejero Jurídico Principal del BIRF.<sup>8</sup>

El 28 de agosto de 1961, D. Aron Broches preparó una Nota sobre el tema para los Directores Ejecutivos del BIRF. La idea fue asumida por el Presidente del Banco Mundial en la Reunión Anual de la Junta de Gobernadores de 1961,<sup>9</sup> iniciándose posteriormente los trabajos en el seno del Banco. El 5 de junio de 1962 se presentó un primer Borrador de Convenio por el que se constituía el CIADI, y sobre el que un Comité especial de los Directores Ejecutivos estuvo trabajando en sucesivas versiones. La Reunión Anual de la Junta de Gobernadores de 1962 adoptó una resolución solicitando a los Directores Ejecutivos que estudiaran el asunto.

A partir de ese momento se decidió convocar una serie de reuniones consultivas de carácter regional con juristas designados por los gobiernos de los Estados miembros del BIRF. Para estas reuniones se contó con la colaboración de las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y la Oficina Europea de las Naciones Unidas, celebrándose en Addis-Abeba (16 al 20 de diciembre de 1963), Santiago de Chile (3

---

<sup>8</sup> En su modestia, la constitución del CIADI se planteó de manera muy inteligente y audaz por el personal del BIRF, a fin de asegurar la adopción de un instrumento internacional que pudiera servir de base para desarrollos posteriores. Personas que pudieron vivir aquellos momentos convienen en señalar a la figura de D. Aron Broches como el auténtico artífice e impulsor del Convenio CIADI, en lo que se ha reconocido públicamente como un ejercicio de eficaz diplomacia y buen hacer por parte del entonces Consejero Jurídico Principal del BIRF.

<sup>9</sup> La Junta de Gobernadores del BIRF es el máximo órgano de la institución, que se reúne una vez al año, y donde se sientan los representantes de cada uno de los Estados miembros (accionistas del Banco), por lo común los Ministros de Economía o Hacienda de cada Estado. La Junta de Gobernadores delega facultades en los Directores Ejecutivos (en número de 24, antes 20), que se reúnen normalmente dos veces por semana. El Presidente del Banco preside las reuniones de los Directores Ejecutivos y es el responsable de la gestión administrativa del BIRF, junto a los Vicepresidentes y el resto del personal del Banco.

al 7 de febrero de 1964), Ginebra (17 al 21 de febrero de 1964), y Bangkok (27 de abril al 1 de mayo de 1964), con la participación de juristas de 86 países.

Los Directores Ejecutivos elaboraron un completo informe de fecha 6 de agosto de 1964 que sometieron a la Junta de Gobernadores del BIRF, que lo aprobó en su Reunión Anual de 1964, adoptando su Resolución n.º 214 de 10 de septiembre de 1964, por la que se solicitó a los Directores Ejecutivos que formularan un convenio *«para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y Nacionales de otros Estados contratantes, mediante la conciliación y el arbitraje»*, y lo sometieran a la consideración de los Estados miembros.

El BIRF invitó a los Estados miembros a que designaran representantes para conformar un Comité Legal que asesorara a los Directores Ejecutivos en esa labor de elaboración final del Convenio. Representantes de 61 países participaron en este Comité Legal que se reunió en Washington del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964, concluyendo su labor con un Borrador revisado del Convenio. Los Directores Ejecutivos consideraron este Borrador en diversas reuniones entre el 16 de febrero y el 4 de marzo de 1965, introduciendo algunos cambios. El 18 de marzo de 1965 los Directores Ejecutivos adoptaron una resolución aprobando el «Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (en adelante, el Informe de los Directores Ejecutivos), al que se adjuntaba el texto definitivo del Convenio, y que se sometía a los gobiernos de los Estados miembros *«para su consideración con vista a su firma y ratificación, aceptación o aprobación»*.<sup>10</sup> El Convenio quedaba así depositado en el BIRF y abierto a la firma de los Estados miembros del mismo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> El texto del Informe de los Directores Ejecutivos puede verse en [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

<sup>11</sup> Para una completa documentación sobre los trabajos preparatorios del Convenio CIADI puede verse la colección *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*

De conformidad con su Artículo 68(2), el Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, a los 30 días del depósito del vigésimo instrumento de ratificación.

### 3.3. *Finalidad del CIADI: El sentido de la protección jurídica internacional de las inversiones extranjeras*

El Informe de los Directores Ejecutivos de 18 de marzo de 1965 se considera sin duda como un instrumento de interpretación auténtica del Convenio. Según el Informe (vid. párr. 9), *«creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros puede constituir un paso importante para promover un ambiente de confianza mutua y por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo»*

Y el primer Considerando del Preámbulo del propio Convenio hace referencia a *«la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado»*.

Así, el propósito declarado del Convenio no es otro que servir, en alguna medida, a la promoción de las inversiones extranjeras en otros países. En definitiva se trata de coadyuvar al objetivo de fomentar la inversión extranjera directa, particularmente en países emergentes, como instrumento de desarrollo.

Con todo, en los últimos años, ante la extraordinaria proliferación del número de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, APPRI's) así como del número de arbitrajes de inversión (incluidos los arbitrajes ante el CIADI), se ha suscitado una encendida polémica sobre si los

---

*between States and Nationals of other States*, en cuatro volúmenes, editados por el propio CIADI, 1968-1970. El vol. IV corresponde a la versión en español de los trabajos preparatorios.

instrumentos de protección jurídica de las inversiones tienen realmente el efecto económico de aumentar la inversión extranjera directa en países en vías de desarrollo.

Numerosos autores desde el área de la economía política y el análisis económico del derecho han planteado estudios empíricos analizando el efecto de los instrumentos de protección jurídica sobre el flujo de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo. Muchos han concluido que no hay correlación estadística significativa entre estos instrumentos y un aumento de las inversiones. Otros han concluido justamente lo contrario.<sup>12</sup>

Se suele argüir que países que son grandes receptores de inversión extranjera no han firmado el Convenio, sin que por ello se haya resentido el volumen de las inversiones extranjeras en esos países.<sup>13</sup> Todo

---

<sup>12</sup> La propia Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que gestiona un programa de seguimiento sobre el tema, publicó un completo estudio en el que se concluía que la influencia de los Tratados Bilaterales de Inversión sobre la Inversión Extranjera Directa era débil, *Vid* UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990's*, Ginebra 1998, p. 122. El propio Banco Mundial ha publicado un estudio que concluye que no existe correlación estadística significativa, *Vid* HALLWARD-DRIEMEIER, M. «Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite», World Bank Policy Research Paper WPS 3121, 31 de agosto de 2003 (disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)). TOBIN, J. y ROSE-ACKERMAN, S., en «Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties», Yale School Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper n.º 293 (2005), encuentran incluso una correlación negativa para la mayoría de los países. Por contra, SALACUSE, J.W. y SULLIVAN, NICHOLAS P. en «Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», en *Harvard International Law Journal*, 46, 67-130, consideran que hay un efecto positivo, al menos para las inversiones exteriores de EE.UU. NEUMAYER, E. y SPESS, L., «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?», en *World Development* 33 (10), Elsevier 2005, 1567-1585, disponible en <http://eprints.lse.uk/archive/00000627>, sostienen que hay un claro efecto positivo.

<sup>13</sup> *Vid* NEUMAYER, E. y SPESS, L. NEUMAYER, *ibídem*, p. 1570. Es el caso evidente de países como Brasil, México o India.

ello puede ser cierto, como cierto es que los factores que influyen en la decisión empresarial de invertir en el extranjero son múltiples, y de ellos, la posibilidad de acudir a un mecanismo internacional de resolución de disputas es sólo una variable menor. Pero, sin perjuicio de todas estas consideraciones y los estudios econométricos al respecto, la idea bastante intuitiva es que, *ceteris paribus* (a iguales niveles de rentabilidad y riesgo, definido este último por otras variables), la existencia de una vía alternativa para resolución de disputas en un foro internacional es simplemente un elemento positivo más para el inversor extranjero. Este análisis, ponderado y modesto, ya se encontraba en el propio Informe de los Directores Ejecutivos de 18 de marzo de 1965.<sup>14</sup>

## II. NATURALEZA Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL CIADI

### 1.1. Naturaleza jurídica y estructura orgánica del CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, constituido en virtud del Convenio (vid. artículo 1.1), tiene el carácter de organización internacional autónoma (vid. Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 15), gozando de personalidad jurídica internacional, y del status, privilegios e inmunidades propios de las organizaciones internacionales (vid. artículos 18 a 24 del Convenio).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Vid párr. 12: «Los Directores Ejecutivos creen que el capital privado continuará fluyendo hacia los países que ofrezcan un clima favorable para inversiones provechosas aunque tales países no se adhieran al convenio, o siendo parte no hagan uso del Centro. Pero, por otro lado, la adhesión de un país al convenio proporcionaría un incentivo adicional y estimularía un mayor flujo de inversiones privadas internacionales hacia su territorio, lo que constituye el propósito principal del convenio».

<sup>15</sup> Determinados privilegios e inmunidades se extienden también a las personas que actúen como conciliadores o árbitros, así como a otros sujetos que participen en los procedimientos ante el CIADI, Vid artículos 21, 22, y 24 del Convenio CIADI.

El CIADI se compone de un Consejo Administrativo y un Secretariado. Los Gobernadores del BIRF, como representantes de cada uno de los Estados miembros son, *ex officio*, los representantes de cada Estado miembro en el Consejo Administrativo del CIADI. El Presidente del BIRF es *ex officio* el Presidente del Consejo Administrativo, que se reúne al menos una vez al año (*Vid.* artículos 4 a 8 del Convenio).

El Secretariado se compone a su vez de un Secretario General, uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro. El Secretario General es el representante legal y funcionario principal del CIADI, responsable administrativo del mismo. Ejerce las funciones que le confiere el Convenio, incluyendo la fe pública de las actuaciones del Centro (*Vid.* artículos 9 a 11 del Convenio). La tradición mantenida hasta hoy es que el Consejero Jurídico Principal del BIRF sea elegido Secretario General del CIADI.<sup>16</sup>

El CIADI en sí no realiza las actividades de conciliación y arbitraje, es decir, ni media ni decide las disputas. Tal labor corresponde a los conciliadores o árbitros que sean nombrados para cada caso. Así, el CIADI funciona como una institución arbitral que simplemente administra los procedimientos de resolución de controversias, coadyuvando al desarrollo de los mismos, particularmente en su fase de iniciación, con carácter previo al nombramiento de los conciliadores o árbitros que hayan de mediar o decidir la controversia.

---

<sup>16</sup> Desde su constitución en 1966 el CIADI ha tenido seis Secretarios Generales. En la actualidad el cargo lo ocupa Dña. Ana Palacio, antigua Ministra de Asuntos Exteriores de España. El primer Secretario General Adjunto, D. Antonio Parra, no fue nombrado hasta 1999, retirándose en 2005. Existe además un Consejero Jurídico Principal. Según el Informe Anual de 2006, el CIADI cuenta también con una plantilla de 8 consejeros jurídicos, 5 consultores jurídicos y 6 asistentes paralegales, además del personal administrativo (disponible en [www.worldbank.org/icsid/pubs/main.htm](http://www.worldbank.org/icsid/pubs/main.htm)).



### 1.2. *Institución permanente de derecho internacional público para administración de procedimientos de resolución de controversias entre Estados e inversores extranjeros privados*

Así, el CIADI es un órgano permanente, lo que lo diferencia de Tribunales Arbitrales o Comisiones constituidas *ad-hoc* con un propósito especial o para solucionar una controversia específica.<sup>17</sup>

Por otro lado, como tal institución arbitral que administra procedimientos de resolución de controversias, el CIADI se distingue netamente de Comisiones de Conciliación Internacional o Tribunales Internacionales en los que las disputas son mediadas o decididas por los propios órganos internacionales.<sup>18</sup> En este sentido, el CIADI se asemeja en su funcionamiento a cualquier otra institución arbitral de carácter privado o corporativo que administra procedimientos de resolución de disputas.<sup>19</sup> Sin embargo, se distingue claramente de éstas en

---

<sup>17</sup> El Arbitraje de Derecho Internacional Público ha sido tradicionalmente un arbitraje *ad hoc* entre Estados, como por ejemplo el arbitraje entre EE.UU. y Reino Unido en el asunto del buque Alabama (1872). Históricamente, esta fórmula de arreglo ha servido para decidir reparaciones de guerra o derivadas de nacionalizaciones o crisis revolucionarias, en las que progresivamente se fue dando entrada a los propios inversores privados (el antecedente claro son los Tribunales Arbitrales Mixtos constituidos por los Tratados de Paz de Versalles tras la I Guerra Mundial). Por otro lado, la progresiva generalización de contratos comerciales con entidades estatales fue dando lugar a arbitrajes de este tipo entre inversores y Estados, como por ejemplo en el caso entre *Lena Goldfields Ltd. v. U.S.S.R.* (1930), referido en NUSSBAUM, A., «The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government», 36 Cornell L.Q. 43.

<sup>18</sup> El más destacable de todos los Tribunales Internacionales es sin duda el Tribunal Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas. Otro ejemplo es el *Iran-US Claims Tribunal*. Sobre las Comisiones Internacionales de Conciliación, hoy en desuso, puede verse el Acta General para Arreglo Pacífico de Controversias de la Sociedad de Naciones de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949.

<sup>19</sup> Algunas de las instituciones arbitrales de carácter privado más conocidas son la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); la *London Court of International Arbitration*; la *American Arbitration Association*;

que el CIADI es propiamente una organización internacional, constituida bajo derecho internacional público.

Siendo una institución de derecho internacional público, el CIADI reconoce legitimación a los inversores extranjeros privados, con lo que su mecanismo se distingue claramente de los medios tradicionales del Derecho Internacional Público, y señaladamente de la Protección Diplomática, que sólo cabe ejercerse entre Estados.<sup>20</sup>

Vemos así que el CIADI ofrece una serie de peculiaridades que conforman una especial condición, caracterizada por tratarse de una institución permanente constituida bajo derecho internacional público, que administra procedimientos de resolución de disputas en los que se otorga legitimación directa a inversores privados frente a Estados. En este sentido el CIADI emparenta con el Tribunal Permanente de Arbitraje, otra organización internacional con el carácter de institución arbitral, que se constituyó en 1899 para promover el arbitraje y otras formas de resolución de disputas entre Estados.<sup>21</sup> Posteriormente, el mandato del Tribunal Permanente de Arbitraje fue ampliado en 1935, a fin de administrar un arbitraje entre un inversor extranjero y un Estado (*Ra-dio Corporation of America v. China*), sentando el primer precedente

el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Singapore International Arbitration Centre*; o la Corte de Arbitraje de Madrid.

<sup>20</sup> Así, el artículo 27 del Convenio CIADI excluye expresamente la compatibilidad entre las vías del CIADI y el ejercicio de la Protección Diplomática por el Estado del inversor lesionado, salvo para el caso, precisamente, de que un Estado condenado por un Laudo CIADI no lo acate o deje de cumplirlo. Se entiende que la legitimación directa del inversor extranjero frente al Estado receptor de la inversión sirve a la despolitización de las disputas de inversión. *Vid* SHIHATA, I. «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, p. 1 (1986).

<sup>21</sup> El Tribunal Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, fue creado en virtud de la Convención sobre Arreglo Pacífico de Controversias de 29 de julio de 1899, aprobada por la Primera Conferencia de Paz de La Haya. Esta Convención fue revisada en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya en 1907, que aprobó la Convención sobre Arreglo Pacífico de Controversias de 18 de octubre de 1907.

de arbitraje institucional de inversiones.<sup>22</sup> Finalmente, en 1962, el Tribunal Permanente de Arbitraje adoptó su «Reglamento de Arbitraje y Conciliación para Resolución de Disputas Internacionales entre Dos Partes, de las cuales sólo una es un Estado».<sup>23</sup>

El Tribunal Permanente de Arbitraje tiene una vocación generalista para resolución de cualquier tipo de disputas internacionales, no sólo disputas de inversión. Sin embargo, el CIADI tiene una vocación especializada para la resolución únicamente de disputas de inversión, hasta el punto de que en los últimos años se ha convertido en la sede natural para el arbitraje institucional de controversias entre un inversor extranjero y un Estado, y se reputa como la única institución arbitral específicamente diseñada para tratar disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversión.<sup>24</sup>

Sin duda, el extraordinario desarrollo del arbitraje CIADI en los últimos años ha servido de espaldarazo definitivo al pleno reconocimiento de la subjetividad de individuos y empresas en el derecho internacional público. Ciertamente, una de las claves del CIADI es cierta inspiración iusprivatista, y su proliferación en los últimos años está sirviendo de cauce a una progresiva confluencia del derecho internacional público y el derecho comercial internacional, al menos en materia de inversión y desarrollo económico.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Vid Informe Anual 2006 del Tribunal Permanente de Arbitraje, p. 2, accesible en [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org).

<sup>23</sup> Este Reglamento fue sucedido por otro más moderno que entró en vigor el 6 de julio de 1993, accesible en [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)

<sup>24</sup> Vid UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD/ITE/IIT/30 (UNCTAD Series on issues in international investment agreements), 27 de julio de 2003, pp. 35-36.

<sup>25</sup> Esta confluencia es apreciable no sólo en la Jurisprudencia Arbitral del CIADI (en gran medida conformada por decisiones de árbitros formados en la práctica comercial internacional), sino también en otras instituciones arbitrales: el Tribunal Permanente de Arbitraje ha adoptado Reglamentos inspirados en gran medida en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) de 28 de abril de 1976, pensado inicialmente para el arbitraje comercial. A su vez una institución arbitral privada

### III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MECANISMO DEL CIADI PARA RESO-LUCIÓN DE DISPUTAS DE INVERSIÓN: LA JURISDICCIÓN DEL CENTRO

La Jurisdicción del CIADI viene determinada en el artículo 25 de su Convenio.<sup>26</sup> Ante todo, tal y como es consustancial a la institución jurídica del arbitraje, las partes deben haber consentido por escrito a la Jurisdicción del Centro. Pero, a su vez, existe una delimitación objetiva de la Jurisdicción del CIADI: *ratione materiae* («diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión») y *ratione personae* («entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante»).

---

como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI administra cada vez más arbitrajes entre inversores privados y entidades estatales o paraestatales. Según su Presidente, D. Pierre Tercier, en 2005 el porcentaje de arbitrajes administrados por la CCI que involucraban a Estados alcanzaba más del 13% del volumen total de casos ante la CCI, con una tendencia claramente creciente (Vid «Emerging Trends in ICC Arbitration and Institution's vision for the future» en *Global Arbitration Review*, febrero 2007, accesible en [www.globalarbitrationreview.com](http://www.globalarbitrationreview.com)). Por su parte, el Grupo de Trabajo de Arbitraje y Conciliación (Working Group II) de la UNCITRAL se encuentra ahora mismo discutiendo una revisión del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL de 1976, a fin de acomodarlo a las exigencias de orden público que están implícitas en los arbitrajes con intervención de un Estado o una entidad paraestatal (publicidad, acceso a los documentos, posibilidad de personación de *amicus curiae*, etc.). El Informe de su 46º período de sesiones (5- 9 de febrero de 2007) y la agenda para su próxima reunión en septiembre de 2007 pueden consultarse en [www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups).

<sup>26</sup> El artículo 25(1) del Convenio CIADI señala: «*La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*». En puridad técnica, como ya sabemos (Vid apartado 2.1. *supra*), la «Jurisdicción» no corresponde al Centro, sino a los árbitros o conciliadores designados conforme a los procedimientos ante el Centro. Esta forma de expresarse, según el tenor literal del Convenio CIADI, se ha generalizado, y en realidad obedece a un concepto más general que es explicado en el Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 22.

### 3.1. *Consentimiento de las partes como piedra angular de la Jurisdicción del CIADI: Voluntariedad del procedimiento ante el CIADI, irrevocabilidad del consentimiento prestado y exclusividad del sometimiento a arbitraje ante el CIADI*

Característica esencial del sistema del CIADI es que la mera ratificación del Convenio no supone el sometimiento del Estado Contratante a los mecanismos de arbitraje o conciliación del CIADI. Así lo declara expresamente el último párrafo del Preámbulo del Convenio.<sup>27</sup> Hace falta el consentimiento escrito de las dos partes (Estado e inversor) para que determinada controversia esté sometida a la Jurisdicción del CIADI. El procedimiento de resolución de disputas ante el Centro es, por tanto, totalmente voluntario, también para el Estado parte del Convenio.

Lo más sencillo será que ese necesario consentimiento de las partes para someter sus disputas al CIADI quede reflejado en un pacto o cláusula suscrito directamente por escrito entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, bien de manera anticipada en una cláusula del contrato que instrumente la inversión, bien posteriormente al surgimiento de la controversia mediante un acuerdo separado y específico de sometimiento al CIADI (a modo de contrato de compromiso arbitral entre las partes). Éste era el supuesto habitual en los casos sometidos al CIADI hasta los años 90.

Sin embargo, el Convenio no exige ninguna fórmula rituarial, solemne y única para el otorgamiento de ese consentimiento. Es más, *«tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento»* (Vid Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 24). Esto es, el acuerdo de someter una disputa al CIADI puede perfeccionarse sucesivamente en el tiempo, sin necesidad de que

---

<sup>27</sup> «Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado».

concurran simultáneamente el consentimiento del Estado y el del inversor extranjero. De esta manera, el Estado puede realizar una «oferta» de sometimiento al CIADI, que podrá ser posteriormente aceptada por el inversor extranjero. Y este concurso de oferta y aceptación determinan la formación del consentimiento que exige el artículo 25 del Convenio y la definitiva perfección de un pacto de sometimiento al CIADI.

No estamos aquí ante una evolución posterior de la Jurisprudencia Arbitral del CIADI, sino que el recurso a la figura de la oferta contractual vinculante para fundar la Jurisdicción del Centro y todo este funcionamiento del sistema CIADI ya estaba previsto en la intención de los redactores del Convenio, como evidencia el propio Informe de los Directores Ejecutivos, que expresamente señala en su párrafo 24 que *«Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta»*.<sup>28</sup>

Aun cuando esta explicación del Informe de los Directores Ejecutivos sólo hiciera mención a la legislación interna sobre promoción de inversiones de cada uno de los Estados, el mismo razonamiento sobre existencia de una auténtica oferta vinculante se ha aplicado posteriormente para fundar la Jurisdicción del Centro sobre la base de Cláusu-

---

<sup>28</sup> He aquí la verdadera inteligencia del sistema CIADI, que tenía ínsita la fórmula de su éxito y que ha llevado a los autores anglosajones a hablar de un auténtico arbitraje *«without privity»* (esto es, un pacto arbitral sin que haya realmente una conexión transaccional entre las dos partes, *Vid* PAULSSON, J. «Arbitration without privity», en *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, n.º 10-2, 1995, p.p. 232 y ss.). Con todo, siendo tan trascendental al sistema del CIADI, la Jurisprudencia Arbitral recaída en las disputas ante el Centro no ha terminado de agotar el análisis jurídico de la oferta vinculante a arbitrar emitida por un Estado. En general, sobre la oferta vinculante, puede verse el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (accesible en la página [www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales)).

las de Resolución de Disputas introducidas en APPRI's suscritos entre países y que proveen mecanismos de resolución de controversias entre el Estado receptor de la inversión y un inversor extranjero del otro Estado contratante. En los últimos años, este supuesto se ha convertido en el habitual de los casos presentados ante el CIADI.<sup>29</sup>

Por tanto, existen tres tipologías a la hora de entender prestado el consentimiento del Estado receptor de la inversión y en consecuencia, de considerarlo sometido a la Jurisdicción del CIADI: i) en virtud de cláusula o pacto suscrito directamente por escrito entre Estado receptor de la inversión e inversor extranjero; ii) en virtud de una «oferta» establecida en una norma del derecho interno del Estado receptor de la inversión; y iii) en virtud de una «oferta» establecida en acuerdo internacional (APPRI) suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero.

El mecanismo se completa con otra importante característica; según dispone el artículo 25(1) del Convenio, el consentimiento prestado no puede ser unilateralmente retirado, esto es, una vez que se perfecciona el consentimiento de las partes mediante el concurso de oferta y aceptación, el mismo es irrevocable.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> El primer caso ante el CIADI en el que se estimó el sometimiento a arbitraje sobre la base de una disposición de derecho interno del Estado demandado fue el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto* (caso n.º ARB/ 84/3). El Laudo Parcial sobre Jurisdicción es de 14 de abril de 1988, publicado en *ICSID Reports*, vol. 3, p. 131 (1995). El primer caso en el que se estimó el sometimiento a arbitraje sobre la base de un APPRI suscrito por el Estado demandado fue el asunto *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka* (caso n.º ARB/ 87/3), Laudo de 27 de junio de 1990, publicado en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, p. 526 (1991). En la actualidad, la abrumadora mayoría son casos sobre la base de APPRI's suscritos por el Estado receptor de la inversión.

<sup>30</sup> Vid SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press 2001, p. 253, párr. 386.

A continuación haremos una breve referencia a cada una de las fuentes posibles del consentimiento del Estado receptor de la inversión:

*3.1.1. Pacto o cláusula de sometimiento al CIADI suscrita directamente entre inversor extranjero y Estado receptor de la inversión*

En la Jurisprudencia Arbitral del CIADI el otorgamiento del consentimiento en pactos o cláusulas de sometimiento al CIADI se interpreta de manera flexible, de conformidad con la historia legislativa del Convenio (Vid. Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 24), y sobre todo, haciendo acopio de toda la evolución doctrinal que en materia de arbitraje comercial ha conducido hacia una progresiva flexibilización y espiritualización del convenio arbitral.<sup>31</sup>

Así, por ejemplo, se ha entendido que ha existido sometimiento al CIADI con base en el intercambio de documentos o correspondencia, conforme a los cuales se pueda interpretar, de buena fe, que las partes estaban de acuerdo en acudir al CIADI.<sup>32</sup> Sin embargo, se mantiene la exigencia de que exista un consentimiento explícito por escrito, sin que éste pueda inferirse de meros actos de las partes.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Lo que se dio en denominar en la Doctrina arbitral como «la batalla de las formas». Vid e.g. los materiales y comentarios recopilados en VÁRADY, T., J. BARCELÓ, y A. VON MEHREN. *International Commercial Arbitration*, WestGroup 1999, pp. 166-169.

<sup>32</sup> Vid e.g. el asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia* (Caso n.º ARB/81/1), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 400 (1993), en el que se trataba de la solicitud de inversión presentada por el inversor extranjero ante las autoridades indonesias, que fue aceptada por éstas, y que contemplaba el sometimiento al CIADI.

<sup>33</sup> Vid e.g. el asunto *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federación de las Islas St. Kitts y Nevis* (Caso n.º ARB/95/2), Laudo de 13 de enero de 1997, en *ICSID Review-Foreign International Law Journal*, vol. 13, 1998, pp. 328 y ss., en el que se intentó fundar la Jurisdicción del Centro frente al Estado federal sobre la base del inicio de procedimientos judiciales contra el inversor por parte del Estado federal, sin éxito.



### 3.1.2. *Oferta de sometimiento al CIADI establecida en una norma del derecho interno del Estado receptor de la inversión*

Para la perfección del consentimiento, a la oferta de sometimiento al CIADI realizada por el Estado receptor de la inversión en su legislación interna debe suceder la aceptación del propio inversor extranjero. Desde el momento en que se produce el concurso de oferta del Estado y aceptación del inversor, se perfecciona el consentimiento, operando la regla de irrevocabilidad del artículo 25(1) *in fine* del Convenio, según hemos visto.

Por ello, en un contexto de posible disputa, se hace muchas veces aconsejable para la mejor tutela de los intereses del inversor, verificar con diligencia esa aceptación a la oferta general de sometimiento al CIADI que se pueda contener en la legislación interna del país receptor de la inversión. La aceptación del inversor se puede formalizar de una manera muy sencilla, bastando una mera comunicación escrita en tal sentido. En la Jurisprudencia Arbitral del CIADI también se ha establecido que la propia solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por el inversor extranjero constituye una forma válida de aceptación del sometimiento al Centro, y por tanto, de perfección del consentimiento de las partes.<sup>34</sup>

En todo caso, la disposición de derecho interno del Estado receptor de la inversión debe suponer una auténtica oferta que contenga todos los elementos necesarios para que pueda entenderse como perfecta y válida expresión del consentimiento del Estado a la Jurisdicción del Centro. En la práctica existe una variadísima casuística, en la que el sometimiento al CIADI puede aparecer condicionado a un posterior acuerdo específico entre Estado e inversor, a un acto posterior del Estado

---

<sup>34</sup> *Vid e.g.* el asunto *American Manufacturing & Trading, Inc. v. República Democrática del Congo* (Caso n.º ARB/93/1), Laudo de 21 de febrero de 1997, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 14 (2002); o el asunto *Tradex Hellas S.A. v. Albania* (Caso n.º ARB/94/2), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 24 de diciembre de 1996, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, p. 187 (1999).

receptor (autorización o permiso), a la aceptación del inversor en un plazo determinado desde el inicio de la inversión, etc.<sup>35</sup> Lógicamente para determinar si se está realmente ante una oferta pura de sometimiento al CIADI se exige un análisis de interpretación legal de cada caso concreto.<sup>36</sup>

Debe señalarse que en algunos países de Latinoamérica se han promovido últimamente recursos de inconstitucionalidad, de interés de ley o de interpretación frente a estas leyes internas de promoción de inversiones extranjeras, precisamente a efectos de la eventual inconstitucionalidad o ilegalidad de la oferta de sometimiento del Estado receptor de la inversión a la Jurisdicción de Tribunales internacionales.<sup>37</sup> Por ahora, no ha habido decisiones claramente contrarias a este estándar internacional, pero los efectos y desarrollos que pudiera tener en

---

<sup>35</sup> El propio CIADI publica una colección actualizable de 10 volúmenes titulada *Investment Laws of the World*, donde se compilan las legislaciones nacionales de promoción de inversiones. Para una posible clasificación de distintos tipos puede verse PARRA, A., «Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment», en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 12-2, p.p. 287 y ss. (1997).

<sup>36</sup> Por ejemplo, el artículo 16 del Decreto Legislativo n.º 662 por el que se aprueba la Ley peruana de Promoción de las Inversiones Extranjeras, no constituiría una oferta en este sentido, por cuanto exige un acuerdo específico entre Estado e inversor en virtud de los llamados Convenios de Estabilidad (disponible en [www.mef.gob.pe/peruinv/esp/legal/dl662.htm](http://www.mef.gob.pe/peruinv/esp/legal/dl662.htm)). Las dificultades que puede suponer en la práctica la interpretación de la legislación estatal interna de promoción de inversiones extranjeras están bien ilustradas en el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto* (Caso n.º ARB/84/3, *cit. supra* n.º. 29), en el que se discutió y decidió el alcance a estos efectos del artículo 8 de la Ley egipcia n.º 43 de 1974, sobre inversión de capital árabe y extranjero y zonaslibres, que tras el caso fue objeto de reforma legislativa.

<sup>37</sup> Téngase en cuenta la importancia que históricamente tuvo en Latinoamérica la Doctrina Calvo, que en algunos países quedó sancionada con rango constitucional, según la cual la Jurisdicción nacional es igualmente soberana tanto para nacionales como extranjeros, ejerciéndose territorialmente sin posibilidad de injerencia externa. *Vid* Tamburini, F., «Historia y destino de la (Doctrina Calvo): ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?». En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 24, Valparaíso 2002, pp. 81-101.

el futuro este revisionismo judicial, y particularmente cualquier posible declaración de inconstitucionalidad de tales disposiciones por parte de tribunales nacionales (es decir, a meros efectos internos), está por verse.<sup>38</sup>

*3.1.3. Oferta de sometimiento al CIADI establecida en acuerdo internacional (APPRI) suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero*

Igualmente, la oferta de sometimiento al CIADI puede contenerse en un compromiso internacional del Estado receptor de la inversión, habitualmente en un tratado de promoción y protección de inversiones

---

<sup>38</sup> Tal revisionismo judicial se ha dado, por ejemplo, en Bolivia, donde se planteó recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra la Ley de Ratificación de la Adhesión al Convenio CIADI, así como contra otras Leyes de ratificación de APPRI's. El Tribunal Constitucional de Bolivia declaró la constitucionalidad de estas Leyes en su Sentencia n.º 31/2006, de 10 de mayo de 2006. Asimismo, en Colombia se planteó acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra diversos artículos de la Ley n.º 963 de 8 de julio de 2005, de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, que fueron declarados exequibles en virtud de Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de 24 de abril de 2006, C-320/06. Otra acción pública de inconstitucionalidad se planteó, por razones contrarias, frente al artículo 7 de dicha Ley que establece que la cláusula compromisoria que se incluya en los Contratos de Estabilidad Jurídica sólo lo podrá ser con sometimiento a arbitraje nacional regido por leyes colombianas. La Sala Plena de la Corte Constitucional también declaró la exequibilidad de este artículo en virtud de su Sentencia de 7 de marzo de 2007, C-155/07. Igualmente, en Venezuela se planteó recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto-Ley n.º 356 de 3 de octubre de 1999), que fue desestimado en virtud de la Sentencia n.º 186 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 14 de febrero de 2001 (caso Fermín Toro Jiménez y otro). Posteriormente se volvió a plantear recurso, esta vez de interpretación, en el sentido de si el citado artículo 22 podía entenderse o no, justamente, como una oferta incondicionada de sometimiento al CIADI. La Sala Constitucional remitió el caso a la Sala Político-Administrativa, que declaró inadmisibile el recurso por falta de legítimo interés de los recurrentes, en virtud de Sentencia del pasado 5 de junio de 2007.

extranjeras (APPRI).<sup>39</sup> Estos acuerdos internacionales pueden ser bilaterales entre dos Estados o multilaterales. La proliferación de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones ha sido extraordinaria en los últimos años, estimándose que hoy en día hay casi 2.500 tratados de este tipo firmados entre Estados.<sup>40</sup> Asimismo, contienen cláusulas de resolución de disputas de inversores con recurso al CIADI los siguientes tratados multilaterales:<sup>41</sup> el Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994 (artículo 26);<sup>42</sup> el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que entró en vigor el 1 de enero de 1994 entre Canadá, EE.UU. y México (artículo 1120);<sup>43</sup> el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994 (artículo 9);<sup>44</sup> el Tratado de Libre Comercio entre México y Colombia de 13 de junio de 1994 (artículo 17-18),<sup>45</sup> y Tratado de Libre Comercio

---

<sup>39</sup> Aquí también hará falta el consentimiento concurrente del inversor, de la misma manera que cuando la oferta de sometimiento al CIADI aparece en una disposición de derecho interno (*Vid supra* apartado 3.1.2).

<sup>40</sup> De los que se estima que un 70% están en vigor. Para un completo análisis de los APPRI's existentes puede verse UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995- 2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Febrero 2007; e igualmente, UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, 30 de agosto 2005, p. 7, ambos disponibles en [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

<sup>41</sup> Sobre la posibilidad de un Tratado Multilateral de Protección de Inversiones a nivel mundial *Vid supra* n. 5. Además de los que se citan, el Acuerdo para Promoción y Protección de Inversiones de 15 de diciembre de 1987 suscrito en el seno de Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) entre Brunei, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia, ya preveía el recurso a arbitraje CIADI, si bien exigiendo el posterior consentimiento expreso de las partes en disputa.

<sup>42</sup> Disponible en [www.encharter.org](http://www.encharter.org)

<sup>43</sup> Disponible en [www.nafta-sec-alena.org](http://www.nafta-sec-alena.org)

<sup>44</sup> Disponible en [www.sice.oas.org/Trade/MRCsr/colonia/pcolonia\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/MRCsr/colonia/pcolonia_s.asp)

<sup>45</sup> Acuerdo de Cartagena o del «Grupo de los 3», Acuerdo de Complementación Económica n.º 33 en el seno de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Venezuela, el otro país miembro del «Grupo de los 3» denunció este Tratado con efectos del 19 de noviembre de 2006. Disponible en [www.sice.oas.org/Trade/go3/G3INDICE.ASP#Inversión](http://www.sice.oas.org/Trade/go3/G3INDICE.ASP#Inversión)

Centroamérica-Estados Unidos-República Dominicana de 5 de agosto de 2004 (artículo 10.16).<sup>46</sup>

La tipología de las cláusulas de resolución de disputas que se prevén en estos instrumentos internacionales es variadísima, y habitualmente prevén un elenco de mecanismos de solución, de los que el recurso al CIADI es sólo uno de los posibles. Un esquema habitual puede ser, por ejemplo,<sup>47</sup> el recurso a tribunales nacionales; o a arbitraje *ad hoc* según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL); o a CIADI; aunque sin duda las variantes son múltiples.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Disponible en [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).

<sup>47</sup> Éste es el caso de la cláusula de resolución de disputas entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante incluida en el artículo 9 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, de 17 de noviembre de 1994, y que entró en vigor el 16 de febrero de 1996 (disponible en [www.sice.oas.org/Investment/BITSbycountry/BITS/PER\\_Spain\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbycountry/BITS/PER_Spain_s.pdf)), que reza:

«1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo, será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la parte contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversor:

- *A los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;*
- *Al tribunal de arbitraje ad-hoc establecido por el reglamento de arbitraje de la comisión de las naciones unidas para el derecho comercial internacional;*
- *Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el «convenio sobre el 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, cuando cada Estado Parte en el presente acuerdo se haya adherido a aquel».*

<sup>48</sup> Para un completo análisis de los distintos tipos y modalidades Vid el documento elaborado en el marco del programa de trabajo UNCTAD sobre acuerdos inter-

Las modalidades de opción entre uno u otro mecanismo de resolución de disputas son también distintas según el caso. Así, hay disposiciones que establecen las alternativas como mutuamente excluyentes;<sup>49</sup> mientras otras consideran las distintas opciones como subsidiarias (según un orden de preferencia)<sup>50</sup> o complementarias (de manera que hay un auténtico derecho de opción para las partes, y si el intento de solución a través de una vía resulta frustrado, puede intentarse otro mecanismo).<sup>51</sup>

Si estamos ante opciones complementarias, de las que una es el recurso a tribunales nacionales, y otra u otras, el recurso a tribunales internacionales, surge también la cuestión de si el recurso a tribunales internacionales (*e.g.* CIADI) puede considerarse como *ultima ratio*, de manera que una disputa planteada inicialmente ante tribunales nacionales podría ser en todo caso conocida y revisada posteriormente por tribunales internacionales.<sup>52</sup>

---

nacionales de inversión, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, *cit. supra* n.º 40, especialmente p.p. 100-129. Por lo demás, toda esta tipología puede reproducirse también en la cláusula de resolución de disputas contenida en las otras dos fuentes de sometimiento: Un contrato entre las partes, o una disposición legal de derecho interno sobre protección de inversiones extranjeras.

<sup>49</sup> Son las llamadas «*fork-in-the-road clauses*», de las que un ejemplo es el artículo 1121, apartado 2(b) del TLCAN (*Vid* [www.nafta-sec-alena.org](http://www.nafta-sec-alena.org)). Sobre este tipo de cláusulas puede verse SCHREUER, C. «Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road». En *Journal of World Investment & Trade*, n.º 5 (2004), p.p. 231 y ss.

<sup>50</sup> Por ejemplo, exigiendo el agotamiento previo del recurso a los tribunales nacionales. Cfr. Artículo 26 *in fine* del Convenio CIADI.

<sup>51</sup> La saga del llamado «Caso de las Pirámides» ofrece una primera ilustración de las complicaciones y procedimientos sucesivos que pueden ocurrir en la práctica. Allí, a un Arbitraje ante la CCI, posteriormente anulado, sucedió un Arbitraje ante el CIADI (si bien sobre la base de una oferta en legislación interna): asunto Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto (Caso n.º ARB/84/ 3), *cit. supra* n.º. 29 y 36. Una explicación del caso puede verse en EL-KOSHERI, A. «Contractual claims and treaty claims within the ICSID arbitration system». En *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Publishing 2005, pp. 43-48.

<sup>52</sup> Consideramos, con SCHREUER, C. *The ICSID Convention... Op. cit.*, p. 363, párr. 36, que la respuesta puede ser en principio positiva, en base al artículo 26 del

A falta de otros principios hermenéuticos que resulten de preferente aplicación a cada caso, puede señalarse que el carácter excluyente de los distintos mecanismos previstos para solución de disputas debe interpretarse restrictivamente, y que debe entenderse que las distintas opciones resultan complementarias mientras no pueda alcanzarse razonablemente un pronunciamiento sobre el fondo de la disputa.<sup>53</sup>

### 3.1.4. *Exclusividad del sometimiento a arbitraje ante el CIADI: La cuestión de la concurrencia de distintos convenios arbitrales en distintos instrumentos: acciones al amparo de un tratado internacional y acciones al amparo de un contrato*

En relación a lo que se acaba de exponer sobre la interpretación de las cláusulas de resolución de disputas contenidas en tratados internacionales, debe señalarse que, según dispone el artículo 26 del Convenio, «*salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*», esto es, que el sometimiento a arbitraje ante el CIADI es en principio excluyente de cualquier otra jurisdicción y, por tanto, preferente a cualquier otro mecanismo de resolución de la disputa, salvo pacto en contrario.<sup>54</sup>

Esta regla de exclusividad tiene su original razón de ser en la previsión del posible conflicto de jurisdicciones entre tribunales nacionales

---

Convenio CIADI y la original vinculación del arbitraje de inversiones con la institución de la protección diplomática, en donde se exigía el recurso inicial a tribunales nacionales con posterior revisión en sede internacional. Duda de esta posibilidad en términos generales FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones*, IVADP 2005, p. 6, n. 9.

<sup>53</sup> Según el aforismo «*odiosa restringenda, favoralia amplianda*» (DECIO, P., *Consilia sive responsa*, Frankfurt, 1588), y según un canon teleológico y de eficacia en la interpretación de las cláusulas de resolución de disputas.

<sup>54</sup> Esta exclusividad se predica únicamente del procedimiento de arbitraje ante el CIADI (no de la conciliación), ya que éste es el mecanismo propiamente jurisdiccional (decisión del derecho y solución justa del caso concreto, con carácter obligatorio para las partes). La conciliación, por su propia naturaleza, aconseja el

y tribunales arbitrales internacionales, en este caso, ante el CIADI. La institución de la Protección Diplomática exige con carácter general el previo agotamiento de los recursos nacionales internos, salvo renuncia expresa del Estado.<sup>55</sup> En el Convenio se pretendió invertir la regla consuetudinaria, sentando el principio general de exclusividad del arbitraje internacional ante el CIADI, salvo excepción expresa del Estado receptor de la inversión.<sup>56</sup>

Sin embargo, en la práctica, como hemos visto en el apartado anterior, esta regla general de exclusividad cede ante la libertad de pacto que reconoce el propio Convenio («*salvo estipulación en contrario*» comienza el artículo 26), y que ha dado lugar a todas esas ricas variaciones en las cláusulas de resolución de disputas (ya sea en un acuerdo directo entre las partes, en una disposición legal de derecho interno, o en un APPRI), y en las que el arbitraje ante el CIADI es sólo una de las opciones posibles.

La situación puede resultar más compleja cuando para una misma disputa concurren distintas cláusulas de resolución de disputas, con recurso a distintos mecanismos, insertas en distintos instrumentos de consentimiento igualmente aplicables (por ejemplo, contrato entre las partes con sometimiento a tribunales nacionales y APPRI con sometimiento a CIADI). Estas incompatibilidades suelen dar lugar a procedimientos paralelos difícilmente conciliables.

Para resolver estos conflictos de jurisdicciones, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha elaborado una distinción entre acciones iniciadas al amparo de un APPRI (las llamadas *treaty claims*), y las acciones

---

posible recurso a otros mecanismos, y además, puede concluir sin solución de la disputa y por tanto puede no ser definitiva.

<sup>55</sup> Vid DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Op. cit.*, Madrid: Tecnos 2001, tomo I, p. 492. <sup>56</sup> De ahí el inciso final del propio artículo 26 del Convenio CIADI: «*Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*». Vid el Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 32, y en general, SCHREUER, C. *The ICSID Convention...* *Op. cit.*, pp. 388 y ss., párr. 94 y ss.



iniciadas al amparo de un contrato entre las partes (*contract claims*), a fin de separar el ejercicio jurisdiccional del tribunal arbitral internacional y de los tribunales estatales.<sup>57</sup>

De esta manera, las acciones iniciadas en reclamación de incumplimientos contractuales deberán seguir los mecanismos de resolución estipulados contractualmente, mientras las acciones en reclamación de vulneraciones de compromisos internacionales asumidos en virtud de un APPRI deberán decidirse según los mecanismos de resolución previstos en dicho tratado internacional.

Con todo, la cuestión puede complicarse un poco más respecto de aquellos APPRI's en los que se prevé una «cláusula paraguas» (*umbrella clause*), en virtud de la cual se eleva a rango de compromiso internacional el respeto y cumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión de las obligaciones contractuales que hubiera contraído con el inversor extranjero. En tal caso se considera que el tribunal arbitral internacional establecido conforme a los mecanismos de resolución de disputas del APPRI tiene competencia también para conocer de reclamaciones contractuales.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Vid el Laudo de 21 de noviembre de 2000, publicado en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, p. 641 (2001), y su posterior anulación parcial por Laudo de Anulación de 3 de julio de 2002, publicado en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, p. 89 (2004), en el Asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina (Caso n.º ARB/97/3). Igualmente, puede verse el Asunto Azurix Corp. v. Argentina (Caso n.º ARB/01/12), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, disponible en [www.worldbank.org/icsid/cases/azurix-decision-sp.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/azurix-decision-sp.pdf). En general, sobre la distinción *treaty/contract claims* puede verse CREMADES, B. y D. CAIRNS, «Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes». En *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Publishing 2005, pp. 13 y ss.

<sup>58</sup> Con lo que también se difumina la distinción conceptual entre *treaty/contract claims*. Contra una interpretación aún más extensiva de la Jurisdicción del CIADI con base en esta artificiosa distinción puede verse FADLALLAH, I. «La distinction «treaty claims-contract claims» et la compétence de l'arbitre (CIRDI: faisons-nous fausse route?)». En *Gazette du Palais: Les cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, p. 3. En el sentido de una interpretación aún más extensiva de la Jurisdic-

### 3.2. *Extensión objetiva de la Jurisdicción del CIADI ratione materiae*

Existe, además, una delimitación de la Jurisdicción del CIADI que es objetiva e independiente de la voluntad de las partes, al menos en el espíritu del Convenio, tal y como se explica en el Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 25, que señala que *«aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes»*. Y así, la primera de estas dos condiciones objetivas es la relativa a la materia objeto de controversia, que según el artículo 25(1) del Convenio debe referirse a *«diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión»*.

#### 3.2.1. *Diferencias de naturaleza jurídica*

El Informe de los Directores Ejecutivos señala (párr. 26) que *«la expresión <diferencia de naturaleza jurídica> se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal»*.

---

ción de los Tribunales CIADI para conocer de reclamaciones contractuales puede verse GAILLARD D, E. «CIRDI: Chronique des sentences arbitrales», En *Journal du Droit International*, n.º 1/2005, JurisClasseur, p.p. 206-210. Por otro lado, parece que la tendencia de la Jurisprudencia Arbitral del CIADI en los casos en que hay un procedimiento paralelo en el que se está conociendo de reclamaciones contractuales relacionadas con la disputa es que el Tribunal del CIADI puede enjuiciar las reclamaciones al amparo del tratado internacional de manera separada e independiente de las reclamaciones contractuales. Después de un precedente en sentido contrario (Asunto SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas, caso n.º ARB/02/6, Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 29 de enero de 2004), puede verse, ., Asunto Impregilo, S.p.A. v. Pakistán, caso n.º ARB/03/3, Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 22 de abril de 2005 (disponibles ambos en [www.worldbank.org/icsid/cases](http://www.worldbank.org/icsid/cases)).

De hecho, en los trabajos preparatorios del Convenio llegó a especificarse en uno de los Borradores que *«diferencia de naturaleza legal significa cualquier disputa relativa a un derecho u obligación jurídica, o relativa a un hecho relevante para la determinación de un derechos u obligación jurídica»*, pero esta mención fue posteriormente eliminada. Los trabajos preparatorios evidencian que la intención de este requisito no es otra que excluir de la Jurisdicción del Centro controversias meramente políticas, morales o comerciales que no impliquen conflicto de derechos u obligaciones jurídicas.<sup>59</sup> Por lo demás, esta delimitación de la Jurisdicción del Centro no ha planteado grandes problemas en la práctica.<sup>60</sup>

### 3.2.2. *Que surjan directamente de una inversión*

El Convenio no define el concepto básico de «inversión». Durante sus trabajos preparatorios se debatió extensamente esta cuestión y se produjeron intentos de definición que no fueron finalmente adoptados.<sup>61</sup> La opinión expresada de Sr. Broches fue siempre que no se debía intentar definir el difícil concepto de «inversión» para evitar conflictos jurisdiccionales y en aras de la flexibilidad y la primacía de la voluntad de las partes. Esta visión fue la que finalmente prevaleció y así aparece reflejada en el Informe de los Directores Ejecutivos (párrafo 27), que señala que *«no se ha intentado definir el término «inversión», teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes*

---

<sup>59</sup> Vid SCHREUER, C. *The ICSID Convention...* Op. cit., p. 104, párr. 39.

<sup>60</sup> Quizás lo único que se ha podido plantear al respecto por los autores (sin que haya surgido todavía en la Jurisprudencia Arbitral del CIADI) es la cuestión de si la intención de renegociar un contrato puede ser o no una disputa jurídica. Vid BERNARDINI, P. «The renegotiation of the Investment Contract». En *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 13-2, p.p. 411 y ss. (1998). A nuestro modo de ver la cuestión no es de gran alcance puesto que siempre habrá cauces para plantearla en términos jurídicos.

<sup>61</sup> Vid SCHREUER, C. *The ICSID Convention...* Op. cit., p. 122, párr. 81. El primer Borrador contenía una definición según la cual, «inversión» significaba «toda aportación de dinero u otros activos de valor económico por plazo indefinido o, en caso de un plazo definido, por no menos de cinco años».

*y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4))».*

Esta interpretación del Convenio (no exenta de cierta ambigüedad) lleva a acudir de nuevo a la voluntad de las partes como criterio de delimitación objetiva de su ámbito *ratione materiae*, de forma que «inversión» será, en primer lugar, aquello que las partes consideren como «inversión».

Es así que a la hora de analizar su Jurisdicción, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI realiza un doble análisis:<sup>62</sup> Por un lado debe determinarse si el objeto de la disputa está dentro del ámbito que las partes han consentido someter al CIADI como una disputa de inversión. Esto tiene que ver con una interpretación del alcance del consentimiento de las partes, y si la disputa en cuestión no se encuentra, en realidad, entre aquellas disputas que las partes han acordado someter al CIADI, estaremos ante una falta de consentimiento (*Vid* apartado 3.1 *supra*).

Por otro lado, debe determinarse si el objeto de la disputa está dentro del ámbito *ratione materiae* que marca el artículo 25(1) del Convenio, lo que tiene que ver con una interpretación de lo que es objetivamente una «inversión» en términos del Convenio, si bien este segundo análisis queda determinado en gran medida por la resultancia del análisis de la voluntad de las partes, lo que a su vez tiene que ver con el instrumento a través del cual se ha prestado el consentimiento.

---

<sup>62</sup> *Vid* por todos, Asunto Fedax N.V. v. Venezuela (caso n.º ARB/96/3), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 11 de julio de 1997, publicado en *ICSID Reports*, vol. 5, p. 186 (2002); así como Asunto Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Marruecos (caso n.º ARB/00/4), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, publicado en *ICSID Reports*, vol. 6, p. 400 (2004).

### *Pacto expreso entre las partes*

En este sentido, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI tiende a considerar que cuando estamos ante un pacto de sometimiento a CIADI suscrito directamente por inversor y Estado, la mera inclusión de tal cláusula de sometimiento en el contrato que articule la relación, es un poderoso indicio de que las partes consideran que su operación constituye una auténtica «inversión» a los efectos del Convenio del CIADI. Y si se quiere dar un *efecto útil* a la cláusula de sometimiento al CIADI, debe concluirse la competencia del Centro para conocer la disputa.<sup>63</sup>

### *Legislación interna o Tratado internacional*

Cuestión distinta es cuando el consentimiento a la Jurisdicción del CIADI se ha prestado anticipadamente por un Estado en virtud de su legislación interna o de un tratado internacional de protección de inversiones (APPRI). En estos supuestos, el instrumento del consentimiento contiene invariablemente una definición de cuál es el ámbito objetivo de su regulación y de lo que debe entenderse a sus efectos por una «inversión» protegida.

Según hemos visto, la amplísima mayoría de las disputas de inversión se plantean al amparo de algún APPRI, por lo que interesa sobre todo la definición de «inversión» que se da en estos instrumentos internacionales. En este sentido, la tendencia actual es, sin duda, a incluir una definición lo más amplia posible del concepto de «inversión», por

---

<sup>63</sup> *Vid* Asunto Kaiser Bauxite Company v. Jamaica (caso n.º ARB/74/3), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 6 de julio de 1975, publicado en *ICSID Reports*, vol. 1, p. 296 (1993), en el que se considera tal circunstancia como de «gran peso» en la determinación de la jurisdicción objetiva del tribunal; así como Asunto Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. Eslovaquia (caso n.º ARB/97/4), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 24 de mayo de 1999 (disponible en [www.worldbank.org/icsid/cases](http://www.worldbank.org/icsid/cases)), en el que se consideró que un préstamo podía considerarse como «inversión» a los efectos del Convenio cuando en el contrato se hacía referencia a un APPRI que contemplaba la sumisión al CIADI.

referencia a la expresión «*cualquier tipo de activo*», seguida de un *numerus apertus* de posibles ejemplos de inversión, entre los que típicamente se citan cinco categorías: i) propiedad de bienes muebles o inmuebles, y cualquier derecho real relacionado, como hipotecas, prendas o gravámenes; ii) cualquier forma de interés en compañías, empresas o asociaciones de empresas, tales como acciones, participaciones, bonos u obligaciones; iii) deudas dinerarias y otros créditos derivados de contratos con un valor financiero o préstamos directamente relacionados a una concreta inversión; iv) derechos de propiedad intelectual e industrial; y v) concesiones y otros derechos a realizar actividades económicas o comerciales conferidos en virtud de una disposición legal o contrato.<sup>64</sup>

Con todo, en numerosos APPRI's estas amplias definiciones se limitan con algunos requisitos (conformidad con la legislación nacional; efectiva transmisión de fondos al territorio del Estado receptor,...).<sup>65</sup> Otros APPRI's recurren a listas cerradas de operaciones consideradas como «inversión», y otras veces, se especifica lo que no se considera una «inversión».<sup>66</sup>

Es así que el consentimiento del Estado se entenderá prestado para el ámbito de definición de inversión del correspondiente APPRI, pero en la mayoría de los casos se encuentra una definición expansiva en la que tiene cabida prácticamente cualquier tipo de operación económica.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Véase el completo análisis en el estudio de la UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, cit. supra n. 40, pp. 4-20. Vid también RUBINS, N. «The notion of investment in International Investment Arbitration». En *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19 (*Arbitrating Foreign Investment Disputes*), Kluwer 2004, p.p. 283-324.

<sup>65</sup> Vid como ejemplo de definición amplia, con lista abierta y requisito de conformidad a la legislación nacional el artículo 1.2 del APPRI entre Perú y España, cit. supra n. 47.

<sup>66</sup> La Jurisprudencia Arbitral del CIADI interpreta muy restrictivamente estas limitaciones al concepto de inversión que se incluyen en los APPRI's. Vid Asunto Salini v. Marruecos, cit. supra n.º 62, que dejó sentado que el requisito de conformidad con la legislación nacional no se refiere a la definición de «inversión» sino a su validez a efectos internos.

<sup>67</sup> Uno de los escasos ejemplos de declaración de incompetencia por la definición restrictiva incluida en un APPRI puede verse en el Asunto Philippe Gruslin v.

Ante esto, la definición objetiva de «inversión» a los efectos *ratione materiae* del artículo 25(1) del Convenio, se entiende también de manera muy amplia, equiparándose sin mayores inconvenientes a esa noción que va emergiendo de la práctica internacional de tratados de protección de inversiones.<sup>68</sup>

En todo caso, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha enunciado unos criterios objetivos, de carácter general, para delimitación del concepto de «inversión» a los efectos del artículo 25(1) del Convenio, conocidos como el *Test de Salini*, y que son: i) una aportación económica efectiva por parte del inversor; ii) cierta duración en la ejecución del proyecto; iii) asunción de riesgo empresarial por el inversor; y iv) una aportación al desarrollo del Estado receptor de la inversión.<sup>69</sup> La misma Doctrina Jurisprudencial que los ha enunciado declara que estos elementos dependerán de las circunstancias de cada caso, pudiendo estar estrechamente interrelacionados. Igualmente, declara que deben ser examinados teniendo en cuenta la totalidad de la operación en la que se encuadre la disputa en cuestión.<sup>70</sup>

El requisito de que la disputa surja «directamente» de la inversión se ha interpretado igualmente de modo muy flexible, bajo esa

---

Malasia (caso n.º ARB/99/3), Laudo Final de 27 de noviembre de 2000, publicado en *ICSID Reports*, vol. 5, p. 484 (2002), sobre inversión en bonos malayos desde un fondo en Luxemburgo.

<sup>68</sup> Vid FERNÁNDEZ MASIA, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch 2004, p. 65-66. Algunos Laudos CIADI llegan a apuntar que la definición objetiva del artículo 25 del Convenio CIADI no es más que una «especificación del concepto de inversión previsto en el APPRI». Vid Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistán (caso n.º ARB/03/ 29), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 14 de noviembre de 2005, párr. 122, disponible en [www.worldbank.org/icsid/cases](http://www.worldbank.org/icsid/cases).

<sup>69</sup> Vid Asunto Salini v. Marruecos, *cit. supra* n.º 62. El último criterio, implícitamente referido en Salini, fue explicitado por primera vez en Joy Mining Machinery Limited v. Egipto (caso n.º ARB/03/11), Laudo de 6 de agosto de 2004, disponible en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

<sup>70</sup> Y que llevó a que en el Asunto CSOB v. Eslovaquia, *cit. supra* n.º 63 se considerase como inversión un préstamo, incluso aunque no hubiese habido una transferencia efectiva de fondos a territorio eslovaco.

misma doctrina de la «unidad general de una operación de inversión».<sup>71</sup>

En definitiva, como puede apreciarse, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha asumido un concepto amplio y expansivo de «inversión», que ha atraído a la Jurisdicción del Centro operaciones de prácticamente cualquier sector de la actividad económica.<sup>72</sup>

### 3.3. *Extensión objetiva de la Jurisdicción del CIADI ratione personae*

La segunda condición objetiva e independiente de la voluntad que delimita la Jurisdicción del Centro es la relativa a la naturaleza «mixta» de las partes de la disputa. Así, el artículo 25 del Convenio señala que la Jurisdicción del Centro se extenderá a disputas «entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante».

#### 3.3.1 *Un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado)*

Por lo que respecta a la «parte estatal», la Jurisdicción y legitimación ante el Centro es clara en el caso de los órganos estatales pertenecientes a la Administración de un Estado Contratante. Sin embargo, en el artículo 25 del Convenio se quiso añadir una especificación que permitiera la extensión de la Jurisdicción y la legitimación ante el Centro de «subdivisiones políticas» u «organismos públicos».

---

<sup>71</sup> Vid Asunto Fedax N.V. v. Venezuela, *cit. supra* n.º 62, en el que se asumió Jurisdicción sobre una disputa relativa a unos efectos comerciales emitidos por Venezuela.

<sup>72</sup> Desde préstamos, bonos estatales, efectos cambiarios, contratos de construcción, concesiones administrativas, y hasta contratos de servicios. Una referencia a las materias objeto de disputa ante el CIADI puede verse en [www.worldbank.org/icsid/cases](http://www.worldbank.org/icsid/cases).



Como se puso de manifiesto en los trabajos preparatorios, es habitual que el negociador y firmante de acuerdos de inversión con inversores extranjeros no sea el Gobierno estatal central, sino un ente territorial menor (Estados federados, regiones, provincias o municipios) u organismos que en base a intereses estatales actúan bajo una personalidad jurídica distinta e independiente a la estatal. De ahí la inclusión de esta mención en el Convenio.<sup>73</sup>

Pero, para que opere tal extensión de la Jurisdicción del Centro, el propio artículo 25 del Convenio exige que tales subdivisiones políticas u organismos públicos estén «acreditados ante el Centro» por el respectivo Estado Contratante. Esta «acreditación» no se somete a requisito formal alguno, consistiendo en una mera comunicación al CIADI a tal efecto. Hoy en día, muy pocos Estados Contratantes han verificado esta «acreditación» de «subdivisiones políticas» u «organismos públicos» ante el Centro.<sup>74</sup>

Además, como requisito adicional, el artículo 25.3 del Convenio exige también que el consentimiento prestado por una subdivisión política u organismo público de someterse a la Jurisdicción del CIADI, deba ser aprobado por el Estado Contratante, «*salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria*».<sup>75</sup>

El juego de estos requisitos para que «subdivisiones políticas» puedan someterse válidamente a la Jurisdicción del Centro pudo verse en el Asunto Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federación de las Islas S. Cristóbal y Nieves (Caso n°. ARB/95/2), en el que el Tribunal Arbitral estimó su falta de Jurisdicción para conocer de una solicitud de arbitraje frente al Gobierno de la Isla de Nieves en base a un contrato, ya que esta subdivisión política

---

<sup>73</sup> Vid SCHREUER, C. *The ICSID Convention...* Op. cit., p. 149, párr. 143.

<sup>74</sup> Sólo 10 Estados Contratantes han realizado acreditaciones con carácter general, Vid [www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm](http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm).

<sup>75</sup> Sólo 4 Estados Contratantes han comunicado al Centro que no es necesaria su aprobación, ibídem.

no había sido acreditada ante el CIADI por el Estado federal de ambas islas, que era el signatario del Convenio.<sup>76</sup>

Sin embargo, posterior Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha considerado que, en reclamaciones bajo un Tratado internacional de protección de inversiones extranjeras (*treaty claims*) y a los efectos de determinar la Jurisdicción del CIADI, puede «atribuirse» a un Estado Contratante los actos realizados por sus subdivisiones políticas u organismos públicos, aplicando principios generales de Derecho Internacional Público sobre responsabilidad internacional de Estados,<sup>77</sup> y por tanto, como si fueran actos realizados por el propio Estado. Esta Jurisprudencia ha venido sin duda a diluir los requisitos de acreditación y aprobación previstos en el artículo 25(1) y (3) del Convenio.

Por lo demás, la noción de «organismo público» se interpreta también de manera amplia, pudiendo abarcar desde entidades estatales u

---

<sup>76</sup> *Cit. supra* n.º 33. En el Laudo, el Tribunal también razonó expresamente que el Estado Federal tampoco había dado su aprobación conforme al artículo 25(3) del Convenio CIADI.

<sup>77</sup> Particularmente en el Asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina (caso n.º ARB/97/3), *cit. supra* n.º 57, en el que se admitió la Jurisdicción del CIADI para discutir la responsabilidad de Argentina por actos de la Provincia de Tucumán. *Vid* también Asunto E. A. Maffezini v. España (caso n.º ARB/97/7), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000 (disponible en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)), en el que se admitió la Jurisdicción del CIADI para discutir la responsabilidad de España por actos de la empresa «Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia» (SODIGA), participada por determinadas entidades públicas. Los principios de Derecho Internacional Público sobre responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales se consideran codificados en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2001, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments>. Para una crítica de la extensión de la Jurisdicción del CIADI en el Asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal puede verse LARSEN, C. «ICSID Jurisdiction; The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities». En *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19 (*Arbitrating Foreign Investment Disputes*), Kluwer 2004, p.p. 354-386.

organismos autónomos constituidos bajo derecho público hasta empresas o personas jurídicas constituidas bajo derecho privado pero controladas o participadas por capital público. El Tribunal en el Asunto Maffezzini v. España adoptó un doble análisis para determinar si una entidad es un «organismo público» a efectos jurisdiccionales: i) desde un punto de vista formal o estructural, si es una dependencia o está integrada en la organización del Estado, o bien si es propiedad o está controlada, directa o indirectamente, por el Estado; y ii) desde un punto de vista funcional, si cumple o desarrolla «*funciones esencialmente gubernamentales*». El carácter público o privado de la entidad en cuestión desde el punto de vista del derecho interno del Estado Contratante no es vinculante para el Tribunal Arbitral.<sup>78</sup>

### 3.3.2 *El nacional de otro Estado Contratante*

En lo referente a la parte privada del procedimiento, esto es, al inversor extranjero, el artículo 25 del Convenio es más minucioso en su determinación, regulando en su apartado (2) los requisitos que deben verificarse, distinguiendo el caso de persona física o natural y el de persona jurídica.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000, párr. 77 y ss.

<sup>79</sup> El artículo 25(2) del Convenio CIADI señala: «(2) *Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:*

(a) *toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y*

(b) *toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.»*

### *Persona física o*

#### *natural*

En el caso de personas físicas, el Convenio simplemente exige que el inversor persona física sea nacional de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, sin que pueda tener también la nacionalidad del Estado receptor de la inversión (en supuestos de doble nacionalidad).<sup>80</sup> Cabe apuntar que algunos APPRI's establecen también un requisito de residencia.<sup>81</sup>

### *Persona jurídica*

En el caso de personas jurídicas, éstas también deben tener la condición de nacional de otro Estado Contratante, distinto del Estado parte en la diferencia. Sin embargo, muchas legislaciones nacionales requieren que las inversiones extranjeras se instrumenten a través de sociedades locales. Por ello, el artículo 25(2)(b) *in fine* previó una excepción a la regla anterior, para el caso de las personas jurídicas que, aun siendo nacionales del Estado receptor de la inversión, las partes hubieran acordado atribuirle carácter extranjero a los efectos del Convenio, por razón de estar sometidas a «control extranjero».

---

<sup>80</sup> Rige aquí de manera estricta la norma de no sometimiento a jurisdicción internacional de disputas de un Estado con sus propios nacionales, largamente establecida en Derecho Internacional para los casos de Protección Diplomática. Así, el Informe de los Directores Ejecutivos señala en su párr. 29 que «*la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento*». La cuestión se está discutiendo en el Asunto Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile (caso n.º ARB/98/2), pendiente, y en el que la parte demandante intenta hacer valer la doctrina de la «nacionalidad efectiva», también reconocida en la Jurisprudencia Internacional.

<sup>81</sup> E.g. artículo 1.1.a) del APPRI entre la República del Perú y el Reino de España, *cit. supra* n.º 47.

### *Nacionalidad de una persona jurídica*

La determinación de la nacionalidad de una persona jurídica puede no ser evidente. El criterio tradicional en Derecho Internacional para determinar la nacionalidad de una persona jurídica ha sido, preferentemente, el de lugar de constitución o del domicilio social.<sup>82</sup> Éste ha sido también el criterio adoptado por la Jurisprudencia Arbitral del CIADI.<sup>83</sup>

### *Atribución de carácter extranjero a una persona jurídica por acuerdo de las partes, en base a un «control extranjero»*

Por otro lado, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha considerado que el acuerdo de atribución de nacionalidad puede ser implícito, incluso por la mera inclusión de la cláusula de sometimiento al CIADI en un acuerdo suscrito directamente con el inversor.<sup>84</sup> Sin embargo, la posibilidad de acuerdo tácito no podrá operar en los supuestos de consentimiento sobre la base de una disposición de derecho interno o

---

<sup>82</sup> La referencia constante a este respecto es el caso *Barcelona Traction*, Decisión de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970 (Segunda Fase, Segunda Demanda), *I.C.J. Reports* 1970, p.p. 3, y 42, disponible en [www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf).

<sup>83</sup> *Vid, e.g.*, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* (caso n.º ARB/82/1), Laudo sobre Jurisdicción de 1 de agosto de 1984, *ICSID Reports*, vol. 2, p. 180; el asunto *Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia* (caso n.º ARB/81/1), *cit. supra*, n.º 32; o el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela* (Caso n.º ARB/00/5), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 27 de septiembre de 2001, disponible en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid). Este criterio formal, más tradicional, deja paso, poco a poco, a un criterio más sustantivo como el de la sede de la dirección efectiva, al menos en determinadas circunstancias excepcionales como cuando existe control extranjero y la sociedad no desarrolla actividad en el lugar de constitución o del domicilio social. *Vid* Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments>.

<sup>84</sup> Esta posibilidad fue rechazada en el primer caso ante el CIADI, *Asunto Holiday Inns S.A. y otros v. Marruecos* (caso n.º ARB/72/1), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 1 de julio de 1973, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 663, pero la evolución Jurisprudencial posterior llevó a la conclusión contraria: *Asunto Klöckner*

un tratado internacional. En estos casos, las disposiciones aplicables suelen contener definiciones de «inversor extranjero» que concretan claramente este requisito de nacionalidad según criterios diversos.<sup>85</sup>

En todo caso, el propio artículo 25(2)(b) del Convenio exige que el acuerdo de las partes para atribuir carácter de nacional de otro Estado distinto al de inversión esté basado en la circunstancia objetiva de que la persona jurídica está ciertamente sometida a control extranjero. Para que opere la excepción se impone así un segundo análisis del que debe resultar una conexión suficiente que justifique el acuerdo de trato extranjero, y que evidencie que, de hecho, el inversor está «sometido a control extranjero». Se adopta así un criterio sustantivo complementario que, finalmente, tiene que ver con el control de la sociedad.<sup>86</sup>

El primer parámetro para determinar el «control» sobre una entidad es, sin duda, el de la titularidad de sus participaciones.<sup>87</sup> Sin em-

---

Industrie-Anlagen GmbH y otros v. Camerún y Société Camerounaise des Engrais (caso n.   ARB/81/2), Laudo de 21 de octubre de 1983, ICSID Reports, vol. 2, p. 9; Asunto Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia (caso n.   ARB/83/2), Laudo Parcial sobre Jurisdicción de 24 de octubre de 1984, ICSID Reports, vol. 2, p. 349.

<sup>85</sup> La mayoría de los APPRI's siguen el criterio tradicional de lugar de constitución o sede social, aunque muchos de ellos lo combinan con criterios materiales de control efectivo, bien para ampliar o restringir el concepto de «inversor extranjero». Vid, UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, cit. supra n. 40, p.p. 15 y ss. El artículo 1.1.b) del APPRI entre Perú y España, cit. supra n. 47, declara que son inversores las «personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y est  n controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte».

<sup>86</sup> Vid, Asunto Vacuum Salt Products Ltd. v. Ghana (case n.   ARB/92/1), Laudo de 16 de febrero de 1994, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, p. 72 (1994).

<sup>87</sup> La cuestión del control extranjero de la sociedad local que demanda protección por estar participada por personas extranjeras (cuestión de legitimación o Jurisdicción *ratione personae*) debe distinguirse claramente de los casos en que es la

bargo, la Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha matizado que éste no debe ser el único criterio, y que puede tenerse en cuenta otros indicadores como la nacionalidad de las personas que, efectivamente, llevan la gestión y dirección de la sociedad.<sup>88</sup>

La misma Jurisprudencia ha considerado que el control puede ser directo o indirecto, esto es, a través de otras sociedades.<sup>89</sup> En algún caso, el argumento del control indirecto se rechazó para poder establecer la Jurisdicción del Centro,<sup>90</sup> mientras se suele admitir cuando sirve para apoyar la Jurisdicción del Centro.<sup>91</sup>

---

persona extranjera la que demanda directamente la protección de su participación en una sociedad local, al considerarse como “inversión” dicha participación en una sociedad local (cuestión de Jurisdicción *ratione materiae*, *Vid supra* apartado 3.2.2.). Los Tribunales Arbitrales se han expresado a veces de manera equívoca, pero téngase en cuenta que el otorgamiento de protección en el segundo caso (*ratione materiae*) no tiene por qué exigir una participación mayoritaria o de «control». Eso sí, en este caso, salvo expropiación o medidas directas contra la propia titularidad de las acciones, la acreditación y reconocimiento de daños resulta más complicada y limitada, debiendo acudir a la teoría de la disminución del valor de las participaciones para poder obtener algún resarcimiento cuando las medidas, en realidad, tienen su efecto sobre la sociedad local. Según el daño que se pretenda reclamar, así deberá plantearse la demanda por la sociedad local o por la persona extranjera que la controla.

<sup>88</sup> *Ibidem*. *Vid* también Asunto Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia (caso n.º ARB/83/2), *cit. supra* n.º 84.

<sup>89</sup> Esto permite que se pueda montar una estructura societaria que permita el amparo del Convenio CIADI o de un APPRI determinado («*treaty shopping*»). La Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha tratado escasamente esta cuestión, y cuando lo ha hecho, ha sido para otorgar protección considerando que la sociedad que ejercía el control extranjera era una sociedad constituida durante largo tiempo, con numerosas filiales en distintos países, bajo la supervisión de entidades reguladoras en el país de origen de la inversión, que no era ningún paraíso fiscal o normativo (*Vid*, Asunto Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela, caso n.º ARB/00/5, *cit. supra* n.º 83).

<sup>90</sup> *Vid*, Asunto Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia (caso n.º ARB/81/1), *cit. supra* n.º 32.

<sup>91</sup> *Vid*, Asunto Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (Caso n.º ARB/82/1), *cit. supra* n.º 83.

#### IV. PROCEDIMIENTOS ANTE EL CIADI: EL ARBITRAJE

El Convenio regula dos tipos de procedimientos de resolución de disputas: la conciliación (artículos 28 a 35) y el arbitraje (artículos 36 a 55). Las disposiciones del Convenio sobre los procedimientos se desarrollan por medio de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación), las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). A su vez, el Reglamento Administrativo y Financiero desarrolla el Convenio en los aspectos organizativos y de funcionamiento del Centro.<sup>92</sup>

La inmensa mayoría de los procedimientos ante el CIADI son de arbitraje,<sup>93</sup> por lo que nos centraremos exclusivamente en el estudio de este método de resolución de disputas, si bien las Reglas de Iniciación son comunes tanto para conciliación como para arbitraje.

##### *4.1. Iniciación del procedimiento: Solicitud y registro*

El procedimiento se inicia mediante solicitud presentada por escrito, en idioma oficial del CIADI (español, inglés o francés), al Secretario General del Centro por cualquiera de las partes (inversor extranjero o Estado receptor de la inversión), si bien la absoluta mayoría de los procedimientos se inician a instancia del inversor. Las Reglas de Iniciación también prevén la posibilidad de una solicitud conjunta por ambas partes (*Vid.* Regla 1).

La solicitud deberá indicar si se pretende incoar un procedimiento de conciliación o de arbitraje, y deberá contener la información básica de

---

<sup>92</sup> El Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas de Iniciación, las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje, están también disponibles en [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc-2003.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc-2003.htm).

<sup>93</sup> A 31 de agosto de 2007, el CIADI ha registrado 249 casos, de los que están pendientes 116. De todos los casos, sólo 6 han sido de conciliación (información obtenida de [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)).



la disputa, acompañando la documentación que acredite la perfección del consentimiento de las partes, la verificación de los requisitos de legitimación de la parte inversora, y, si la parte solicitante es una persona jurídica, la autorización de la solicitud por parte de sus órganos decisorios (Regla 2 de las Reglas de Iniciación).<sup>94</sup>

El Secretario General revisa la solicitud y la registra salvo si considera que, con base en la información presentada por el solicitante, la cuestión suscitada «*está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*» (Regla de Iniciación 6.1.b). En ese mismo momento el Secretario General debe notificar a las partes el acto de registro, trasladando a la otra parte una copia de la solicitud y de la documentación que la acompañe, e invitando a las partes a que procedan, en cuanto sea posible, a constituir una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje (Reglas de Iniciación 5, 6 y 7).

#### 4.2. *El Arbitraje ante el Centro: Constitución del Tribunal Arbitral*

Una vez registrada una solicitud de arbitraje, se abre la fase de constitución del Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, que serán nombrados conforme al método que hayan acordado las partes (artículo 37.2.a del Convenio). Si al momento del registro de la solicitud de arbitraje, las partes no hubieran acordado el número y el método de nombramiento de los árbitros, se sigue un intercambio de propuestas entre las partes conforme al procedimiento previsto en la Regla de Arbitraje 2.

Si transcurridos 60 días a partir del registro de la solicitud, las partes no hubieran alcanzado ningún acuerdo, se aplicará, a solicitud de parte, el método previsto en el artículo 37(2)(b) del Convenio. De

---

<sup>94</sup> La solicitud deberá acompañarse de 5 copias (Regla de Iniciación 4), y asimismo deberá abonarse un derecho de registro no reembolsable de 25.000 US\$ (Regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero). Mientras no se abone este derecho no se tramita la solicitud.

conformidad con esta norma, el Tribunal Arbitral se integrará por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo. El árbitro designado por cada una de las partes no podrá tener la nacionalidad de las partes (Regla de Arbitraje 3.1).

Si el Tribunal Arbitral no se constituyere en el plazo de 90 días desde el registro de la solicitud o en el plazo que las partes hayan pactado, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, nombrará a los árbitros que aún no hayan sido nombrados y designará a uno para que actúe como Presidente (Regla de Arbitraje 4.1). Los árbitros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo tampoco podrán tener la nacionalidad de cualquiera de las partes.

El CIADI mantiene una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros, para la que cada Estado Contratante puede designar cuatro personas, que pueden ser o no nacionales suyos. El Presidente del Consejo Administrativo puede también nombrar hasta diez personas para cada Lista. Las personas designadas para figurar en las Listas deben «*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*» (artículo 14.1 Convenio).

Los árbitros nombrados no tienen por qué pertenecer a la Lista del CIADI, pero si el Presidente del Consejo Administrativo tiene que nombrar a alguno, lo será de entre la Lista de Árbitros del Centro (artículo 40.1 Convenio).

Se entenderá que se ha constituido el tribunal y que el procedimiento se ha iniciado en la fecha en que el Secretario General notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado el nombramiento (Regla de Arbitraje 6.1). Los árbitros se comprometen a guardar sus obligaciones de imparcialidad e independencia, debiendo firmar una declaración a tal efecto (Regla de Arbitraje 6.2), e igualmente están sujetos a un régimen de sustitución y recusación (artículos 56 a 58 Convenio).

#### 4.3. *Desarrollo y terminación del procedimiento arbitral*

Conforme a las Reglas de Arbitraje, y salvo que las partes hayan acordado alguna derogación de las mismas, el procedimiento ordinario comprende, en general, una fase de actuaciones escritas y una fase de actuaciones orales (Capítulo IV de las Reglas de Arbitraje).

A efectos organizativos, tan pronto como sea posible desde su constitución, el Presidente del Tribunal puede consultar a las partes acerca de cuestiones procesales, tales como el número de miembros del tribunal necesario para constituir *quórum* en sus reuniones; idioma o idiomas del procedimiento; número, orden y plazos de los escritos; exención de la fase escrita u oral; y prorratio de costas, entre otras (Regla de Arbitraje 20).

Asimismo, existe la posibilidad de celebrar una audiencia preliminar para fijar los hechos no controvertidos, a fin de agilizar el procedimiento. Igualmente, a solicitud de las partes podrá celebrarse la audiencia preliminar a fin de intentar un avenimiento (Regla de Arbitraje 21).

La fase de actuaciones escritas comprende la presentación, dentro de los plazos fijados, de un Memorial de la parte solicitante y un Memorial de contestación de la otra parte, por lo general, de manera sucesiva. En su caso, las partes pueden presentar escritos de Réplica y Dúplica. En ambos supuestos, dichos escritos deberán incluir la fundamentación fáctica y jurídica, y las peticiones que se realizan al Tribunal (Regla de Arbitraje 31).

Cualquier petición incidental o adicional se presentará, a más tardar, en la Réplica, y cualquier reconvencción, en el Memorial de Contestación, salvo que el Tribunal autorice su formulación en un momento posterior del procedimiento (Regla de Arbitraje 40).

Cada parte, dentro de los plazos fijados por el Tribunal, hará su proposición de prueba, y el Tribunal decidirá sobre su admisibilidad.

Las actuaciones orales comprenden las audiencias del tribunal para oír a las partes, sus representantes, y los testigos y peritos. El tribunal goza de amplia discrecionalidad para ordenar la práctica de prueba. En este sentido, el tribunal puede solicitar de las partes, en cualquier etapa del procedimiento, la aportación de documentos o de otro medio de prueba, o visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia y practicar diligencias en él (Reglas de Arbitraje 36 a 37).

El procedimiento se declara cerrado cuando las partes han presentado todas sus alegaciones y pruebas, si bien puede ser reabierto por el Tribunal para realizar nueva prueba o aclarar puntos específicos (Regla de Arbitraje 38).

La decisión final del tribunal se plasma por medio del Laudo donde se resuelven todas las pretensiones de las partes. El Laudo es motivado y, en su caso, pueden acompañar votos particulares (Regla de Arbitraje 47). Debe formularse y firmarse a los 120 días del cierre del procedimiento, ampliables por otros 60 días (Regla de Arbitraje 46).

El procedimiento puede concluir anticipadamente por (i) avenencia de las partes; (ii) a solicitud de una parte, sin oposición de la otra; (iii) por abandono de la instancia si las partes dejasen de intervenir durante seis meses consecutivos u otro plazo fijado por ellas. El avenimiento podrá ser incorporado a un Laudo por el Tribunal si así lo solicitaran las partes (Reglas de Arbitraje 43 a 45).

#### *4.4. Excepciones preliminares de falta de jurisdicción y «manifiesta falta de mérito jurídico»*

##### *4.4.1. Excepción preliminar de falta de jurisdicción*

Es bastante frecuente en la práctica del CIADI, que se presente una excepción preliminar por falta de jurisdicción. Esta excepción debe plan-

tearse lo antes posible y, a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del Memorial de Contestación o, si se refiere a una petición incidental o adicional, de la Dúplica (Regla de Arbitraje 41.1).<sup>95</sup>

En cuanto se oponga una excepción de este tipo el Tribunal podrá suspender el procedimiento y ordenar las actuaciones convenientes para el necesario debate de las partes sobre la excepción planteada. El Tribunal podrá decidir la excepción como una cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la controversia.

#### 4.4.2. *Excepción preliminar de manifiesta falta de mérito jurídico*

A más tardar, 30 días después de la constitución del Tribunal, y en todo caso antes de la primera sesión del Tribunal, la parte demandada puede oponer una excepción por falta manifiesta de fundamento («mérito jurídico»). El Tribunal, después de dar oportunidad a las partes de hacer sus alegaciones al respecto, debe decidir la excepción a la mayor prontitud, sin que esta decisión prejuzgue su jurisdicción o el fondo del asunto (Regla de Arbitraje 41.5).<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> La versión española de esta Regla 41.5 en las publicaciones habituales del propio CIADI contiene una errata, confundiendo Réplica con Dúplica.

<sup>96</sup> Esta excepción preliminar por manifiesta falta de mérito jurídico fue introducida en la última reforma del Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas de Conciliación y Arbitraje, que entró en vigor el 10 de abril de 2006. Esta reforma afectó, además, a otros aspectos concretos del procedimiento arbitral, tales como la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la constitución del Tribunal Arbitral (Regla 39.5); una mayor explicitación de las obligaciones de independencia e imparcialidad de los árbitros en la declaración que deben firmar (Regla 6.2); una mayor posibilidad para que puedan asistir terceros observadores a las actuaciones orales (Regla 32.2); la posibilidad de que terceros ajenos al procedimiento puedan presentar consideraciones escritas sobre la disputa (a modo de *amicus curiae*, Regla 37.2); un criterio algo más amplio para la publicación de los Laudos del Centro (Regla 48.4).

#### 4.5. *Medidas Provisionales*

Según el artículo 47 del Convenio, y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal podrá recomendar<sup>97</sup> la adopción de las medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. Se trata por tanto de una amplia facultad del Tribunal, que puede actuar incluso de oficio, en cualquier fase del procedimiento y con independencia de si se ha excepcionado la falta de Jurisdicción del propio Tribunal.<sup>98</sup>

El contenido de las medidas admite amplia variedad, alcanzando típicamente a cauciones, medidas de obtención o aseguramiento de prueba, o prohibiciones de hacer.

#### 4.6. *Costas del Arbitraje*

Como parte del Laudo, y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal determinará los gastos del procedimiento y decidirá la distribución entre las partes de los gastos del procedimiento, los honorarios y gastos de los árbitros, y los derechos devengados por el CIADI (artículo 61.2 Convenio).

Aparte del derecho de registro no reembolsable del Centro, los honorarios de los árbitros resultan a razón de 3.000 US\$ por día de trabajo, más gastos de manutención, suplidos por gastos directos incurridos, y gastos de viaje, dentro de los límites establecidos en la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero. El CIADI tiene un cargo administrativo anual de 10.000 US\$.

---

<sup>97</sup> La antigua discusión doctrinal sobre el carácter obligatorio o no de las medidas provisionales, sobre la base del uso de esta expresión («recomendar»), ha sido finalmente superada por la Jurisprudencia Arbitral del Centro, concluyendo la naturaleza obligatoria de las medidas que acuerde el Tribunal. *Vid* Asunto Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile (Caso n.º ARB/98/2), *cit. supra* n.º 80, Decisión sobre Medidas Provisionales de 25 de septiembre de 2001, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, p. 567 (2001).

<sup>98</sup> *Ibidem*, párr. 4 y ss.

A todos estos gastos y honorarios se hace frente con los pagos anticipados que efectúan las partes, de conformidad con la Regla 14(3) del Reglamento Administrativo y Financiero.

## V. CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO CIADI: ARBITRAJE DESLOCALIZADO

La peculiaridad más característica del sistema arbitral del CIADI frente al de otras instituciones arbitrales es, precisamente, el régimen jurídico de sus Laudos. Así, por un lado, el artículo 54 del Convenio establece la obligación internacional de los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo Laudo CIADI, así como de ejecutar sus pronunciamientos de condena pecuniaria como si de una sentencia firme de un tribunal nacional se tratara.

Por otro lado, el artículo 53 del Convenio establece que el Laudo CIADI es obligatorio para las partes, sin que pueda ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el propio Convenio. Esta salvedad hace referencia a los recursos de revisión y anulación previstos en los artículos 51 y 52 del Convenio, y que, necesariamente, se sustancian ante el propio Centro.<sup>99</sup>

En este sentido, se suele argüir por la doctrina que el sistema arbitral del CIADI es el más puro ejemplo de arbitraje «deslocalizado», esto es, no sujeto a control o revisión por parte de ninguna autoridad judicial nacional, particularmente en cuanto al control de las autoridades del lugar donde se haya dictado el laudo (*situs review*), por aplicación de la Ley nacional de Arbitraje vigente en ese lugar (*lex arbitri*).<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Vid, Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 41.

<sup>100</sup> Uno de los autores que primero recogió la noción de «arbitraje deslocalizado» fue FOUCHARD, P. A este respecto pueden consultarse las interesantes reflexiones de CUARTERO RUBIO, M<sup>a</sup> V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, 1997, pp. 32-37.

### 1.1. Reconocimiento y Ejecución del Laudo CIADI

El artículo 54(1) del Convenio establece que «*todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio*». Recuérdese que el artículo 53(1) del Convenio establece también la inimpugnabilidad de todo Laudo CIADI fuera de los mecanismos previstos en el propio Convenio. Este marco dispositivo del Convenio determina el compromiso internacional de los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo Laudo CIADI, sin necesidad de control ni procedimiento alguno de reconocimiento (y que típicamente, para el reconocimiento de sentencias o laudos extranjeros, se lleva a cabo en el procedimiento de exequátur).<sup>101</sup>

Por tanto, se considera que el Laudo CIADI está exento de la necesidad de exequátur, y particularmente, no le es de aplicación el régimen general de reconocimiento y ejecución de Laudos extranjeros, que para la mayoría de los países está gobernado por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York).<sup>102</sup>

La parte que inste el reconocimiento y ejecución de un Laudo CIADI en el territorio de un Estado Contratante deberá simplemente presentar, ante el tribunal o autoridad competente que ese Estado haya designado, una copia del Laudo debidamente certificada por el Secretario General del CIADI (artículo 54.2 del Convenio).

Sólo 82 Estados Contratantes han realizado tal designación, y muy pocos han legislado específicamente para prever tan especial régimen de reconocimiento y ejecución.<sup>103</sup> En general, tanto por las designa-

---

<sup>101</sup> Vid SCHREUER, C. *The ICSID Convention...* Op. cit., p. 1114, párr. 42 y ss.

<sup>102</sup> Esta Convención, adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, es uno de los instrumentos internacionales más reconocidos en la práctica comercial, del que son parte 142 Estados (Vid, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

<sup>103</sup> Vid la información disponible en [www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm](http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm). España y Perú no han realizado ninguna designación, a pesar de que el artículo 69 del propio Convenio CIADI exige que los Estados Contratantes adop-



ciones realizadas por los Estados como por la falta de regulación específica, se produce cierta confusión e incorrecta asimilación de los Laudos CIADI a laudos extranjeros.

Por lo demás, en cuanto a las actuaciones ejecutivas concretas, éstas se llevarán a cabo conforme a la ley procesal del Estado del lugar de la ejecución, y concretamente, conforme a las normas procesales sobre ejecución de sentencias (artículo 54.3 Convenio).

Los casos conocidos de ejecución forzosa de Laudos CIADI, al menos hasta 2006, han sido cuatro: S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. Congo (caso n.º ARB/77/2);<sup>104</sup> Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (caso n.º ARB/82/1);<sup>105</sup> Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia (caso n.º ARB/83/2);<sup>106</sup> y AIG Capital

---

ten las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para asegurar la vigencia de sus disposiciones. Entre los Estados que han aprobado legislación específica sobre el reconocimiento y ejecución de los Laudos CIADI puede mencionarse a los EE.UU., Reino Unido y Holanda.

<sup>104</sup> Laudo de 8 de agosto de 1980, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 330 (1993), que se intentó ejecutar en Francia: Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 23 de diciembre de 1980, y confirmatoria de 13 de enero de 1981, que fue parcialmente revocada por la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 26 de junio de 1981. Un posterior intento de ejecutar el Laudo frente a activos del Banque Commerciale Congolaise fue finalmente rechazado por la Corte de Casación en su Sentencia de 21 de julio de 1987. Finalmente, el Congo pagó voluntariamente la condena del Laudo. Extractos de todas estas decisiones judiciales francesas pueden encontrarse en *ICSID Reports*, vol. 1, p. 369 y ss. (1993).

<sup>105</sup> Laudo de 25 de febrero de 1988, *ICSID Reports*, vol. 2, p.p. 164 (1994), cuya ejecución fue ordenada en primer lugar por el Tribunal de Gran Instancia de París. Esta decisión fue revocada por la Corte de Apelación de París de 5 de diciembre de 1989 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 337, 1994). Posteriormente, la Corte de Casación revocó la decisión de la Corte de Apelación de París en su Sentencia de 11 de junio de 1991 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 341, 1994).

<sup>106</sup> Laudo de 31 de marzo de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 346, 1994), que fue reconocido y ejecutado en una Orden de la *Southern District Court of New York* de 25 de septiembre de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 384, 1994). Esa Orden fue luego revocada por el mismo tribunal en Sentencia de 12 de diciembre de 1986

Partners, Inc. y CJSC Tema Real Estate Company v. Kazajistán  
n.º ARB/01/6).<sup>107</sup>  
(case

Estos casos evidencian las dificultades prácticas que encuentra la ejecución forzosa de las condenas pecuniarias<sup>108</sup> de los Laudos CIADI, particularmente por razón del principio de inmunidad de ejecución de los Estados, expresamente reconocido en el propio Convenio (artículo 55).<sup>109</sup> Las propuestas de algunos autores pasan por un uso más extendido y reconocido de cláusulas de renuncia previa por parte del Estado a la inmunidad de ejecución.<sup>110</sup>

---

(*ICSID Reports*, vol. 2, p. 385, 1994), posteriormente confirmada por Sentencia de la Corte de Apelaciones (2º Circuito) en Sentencia de 19 de mayo de 1987. La ejecución se intentó de nuevo ante la *District Court of District of Columbia*, pero este Tribunal reconoció inmunidad a los activos embargados de Liberia en una Decisión de 16 de abril de 1987 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 390, 1994).

<sup>107</sup> Laudo de 7 de octubre de 2003, que se intentó ejecutar en Inglaterra. La *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court)*, en Sentencia de 20 de octubre de 2005, reconoció la inmunidad de ejecución de los activos situados en Londres del Banco Nacional de Kazajistán, [2005] EWHC 2239 (Comm).

<sup>108</sup> El artículo 54(1) sólo se refiere a la ejecución de las condenas pecuniarias. La razón de esta limitación tiene que ver con la tradicional dificultad de la cultura jurídica anglosajona para reconocer la ejecutabilidad de obligaciones de hacer (*specific performance*). Así, por lo general, los fallos de Laudos CIADI contienen condenas pecuniarias o los Tribunales Arbitrales se esfuerzan por traducir a términos pecuniarios la solución de la controversia.

<sup>109</sup> Téngase en cuenta que la abrumadora mayoría de los casos CIADI son de demanda frente al Estado receptor de la inversión (sólo ha habido dos casos de demanda por el Estado). La Doctrina internacionalmente reconocida es que gozan de inmunidad de ejecución los bienes del Estado que están afectos al ejercicio de las prerrogativas de poder soberano de ese Estado (actos *iure imperii*), mientras los bienes del Estado afectos a actividades comerciales, industriales o financieras no estarían protegidos por la inmunidad estatal de ejecución (actos *iure gestionis*).

<sup>110</sup> Vid, e.g., Baldwin, E., M. KANTOR, y M. NOLAN, «Limits to Enforcement of ICSID Awards», en *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n.º 1, 2006, p.p. 1-24; MEESSEN, K. «State Immunity in the Arbitral Process», En *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19 (*Arbitrating Foreign Investment Disputes*), Kluwer, 2004, p.p. 387-397.

Ciertamente, hasta ahora han sido pocos los casos de ejecución forzosa de Laudos CIADI, pero su actual proliferación puede hacer cambiar la situación. He aquí sin duda uno de los retos que tiene frente a sí el sistema arbitral del CIADI. La cuestión se hace especialmente interesante en contextos de crisis, como ocurrió en Argentina en el año 2002, cuando se adoptaron medidas de emergencia económica que han originado más de una treintena de demandas de arbitraje frente a Argentina ante el CIADI.

En todo caso, siempre se ha considerado que un Laudo CIADI tiene un importante componente de peso político, por la relación institucional del Centro con el Banco Mundial, e indirectamente con el Fondo Monetario Internacional, y que puede jugar un papel para reconducir situaciones de incumplimiento.<sup>111</sup>

### *1.2. El recurso de anulación del Laudo CIADI ante el propio Centro*

Lógicamente, si no existe posibilidad de control o revisión por parte de ninguna autoridad judicial nacional, el Convenio tiene que articular algún mecanismo propio y autónomo de posible revisión del Laudo. Así, el Convenio regula la posibilidad de solicitud de aclaración del Laudo (artículo 50), de revisión sobre la base de hechos nuevos (artículo 51), y de anulación (artículo 52). Además, el artículo 49(2) prevé la posibilidad de complemento o rectificación.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Como podría ser el caso de Argentina, a pesar de su anunciada resistencia a los Laudos CIADI derivados de la crisis de 2002. Sin duda se ha abierto un compás de espera para la vía de la negociación política. *Vid, e.g.*, «Will the Argentine Government pay what it owes to Foreign Firms?» en *Economist Intelligence Unit: ViewsWire*, 23 de mayo de 2005; “Argentina: Kirchner asks to meet French, German and Spanish Leaders in New York”, en *World News Connection*, 23 de agosto de 2005. En algunos Tratados Multilaterales de Protección de Inversiones se han previsto incluso mecanismos institucionales para el caso de incumplimiento del Laudo CIADI: *Vid*, Capítulo XX TLCAN.

<sup>112</sup> Los comentaristas anglosajones consideran indistintamente estas figuras como formas de «impugnación» contra el Laudo, en una imprecisión seguida a veces por autores de tradición civilista. Los únicos «recursos» son los de revisión y

Por su mayor relevancia trataremos únicamente del llamado «recurso» de anulación, y que permite una auténtica impugnación del Laudo CIADI, sobre motivos tasados, ante el propio Centro, y de la que conocerá un nuevo Tribunal Arbitral (denominado «Comité *ad hoc*»).<sup>113</sup>

Los motivos tasados para fundar una solicitud de anulación son los siguientes (artículo 52.1 Convenio): (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Como puede apreciarse se trata de un control formal del Laudo y de las garantías de defensa y debido proceso en el procedimiento arbitral que dio lugar al mismo. Sin embargo, en la práctica, la naturaleza y ámbito de este «recurso de anulación» no están claramente establecidos, y así, por ejemplo, bajo el motivo (e) de anulación (falta de mo-

---

anulación (*Vid* Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 41). Y aún tales «recur-sos» lo son de manera discutible: técnicamente, el «recurso de revisión» es una acción autónoma de impugnación de la firmeza de un Laudo sobre la base de hechos nuevos. El llamado «recurso de anulación» es igualmente una acción au-tónoma de nulidad sobre motivos tasados, aunque su especial configuración en el sistema CIADI lo asemeja mucho más a un «recurso» ante el propio Centro. La precisión técnica ayudaría a aclarar la confusión sobre la naturaleza de estas so-licitudes, y que en la práctica ha resultado a veces, por ejemplo, en «solicitudes de aclaración» poco técnicas y sobre cuestiones nuevas (*Vid, e.g.*, asunto Wena Hotels Limited v. Egipto, case n.º ARB/98/4). Aunque en relación a las «solicitudes de aclaración», la posibilidad que prevé el artículo 50(2) del Convenio de que las mismas sean conocidas por un Tribunal Arbitral de nueva constitución, alimenta justamente esa confusión.

<sup>113</sup> En el arbitraje comercial internacional se conocen arbitrajes institucionales con «doble instancia» o posibilidad de revisión ante la propia institución, particularmente en arbitrajes especializados en mercados de *commodities*. El mecanismo de anulación en el arbitraje CIADI constituye sin duda una de sus características peculiares, única en el arbitraje de inversiones.

tivación), se han considerado causas de anulación la insuficiencia o «inadecuación» de motivos, o el empleo de métodos «demasiado especulativos».<sup>114</sup> Igualmente, bajo el motivo (b) de anulación (extralimitación manifiesta del Tribunal Arbitral en sus facultades), algún Comité *ad hoc* ha revisado la determinación de cuál es el derecho aplicable al caso.<sup>115</sup> También se discute por la doctrina si para anular el Laudo basta con la verificación formal de la causa de nulidad, o debe hacerse también un análisis sobre si tal causa de nulidad ha afectado materialmente al sentido del fallo del Laudo (asumiendo así un criterio de «vulneración material».<sup>116</sup>

El procedimiento se inicia mediante solicitud por escrito de cualquiera de las partes al Secretario General del CIADI dentro de los 120 días siguientes a la fecha del Laudo, salvo en el caso del motivo (c) de anulación (corrupción de algún miembro del Tribunal), en el que el plazo se computa desde el descubrimiento del hecho, dentro de los 3 años siguientes al dictado del Laudo (artículo 52 Convenio).

Recibida la solicitud, no existe control alguno de admisibilidad, más allá de la presentación en plazo, y el Presidente del Consejo Administrativo nombrará un Comité *ad hoc*, formado por tres árbitros elegidos de la Lista que mantiene el Centro (artículo 52.3 Convenio).

Ninguno de estos tres árbitros puede haber formado parte del Tribunal que dictó el Laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cual-

---

<sup>114</sup> Vid, Asunto Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros v. Camerún y Sociétés Camerounaises des Engrais (caso n.º ARB/81/2), primera Decisión sobre Anulación de 3 de mayo de 1985 (*ICSID Reports*, vol. 2, p. 95, 1994); y Asunto Maritime International Nominees Establishment v. Guinea (case n.º ARB/84/4), Decisión sobre Anulación de 22 de diciembre de 1989 (*ICSID Reports*, vol. 4, p. 79, 1997).

<sup>115</sup> Vid, Asunto «Klöckner», *ibidem*; y Asunto Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia (caso n.º ARB/81/1), primera Decisión sobre Anulación de 16 de mayo de 1986 (*ICSID Reports*, vol. 1, p. 509, 1993).

<sup>116</sup> Según una distinción que se introdujo por primera vez en la Decisión sobre Anulación del asunto Maritime International Nominees Establishment v. Guinea (case n.º ARB/84/4), *cit. supra* n. 114.

quiera de los árbitros que dictaron el Laudo, ni ser de la nacionalidad de las partes, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros del Centro por el Estado receptor de la inversión o el Estado del inversor extranjero de la controversia, ni haber actuado como conciliador en la disputa (artículo 52.3 Convenio).

El procedimiento de anulación se regula, *mutatis mutandis*, por las mismas reglas aplicables al procedimiento de arbitraje (artículo 52.4 Convenio). Si en la solicitud de anulación se solicitare la suspensión de la ejecución del Laudo, ésta se suspenderá provisionalmente hasta que el Comité *ad-hoc* se constituya y decida, con carácter preferente, sobre tal petición de suspensión (artículo 52.5 Convenio). En su caso, el Comité *ad-hoc* puede condicionar la suspensión a la prestación de garantía.

La Decisión sobre Anulación sólo puede confirmar o anular el Laudo, si bien la anulación puede ser total o parcial. Si el Laudo es anulado, total o parcialmente, el convenio arbitral sigue vigente, y las partes podrán volver a iniciar el arbitraje y someter la controversia ante un Tribunal CIADI de nueva constitución (artículo 52.6 Convenio). Si se hubiese anulado parcialmente, el nuevo Tribunal Arbitral podrá suspender o mantener la suspensión de la ejecución de la parte no anulada del primer Laudo que se dictó (Regla de Arbitraje 55.3).

El nuevo Tribunal Arbitral que conoce del segundo sometimiento de la controversia estará vinculado por los pronunciamientos sobre nulidad del Comité *ad-hoc* (Regla de Arbitraje 55.3), pero se considera que no lo estará respecto de los razonamientos fácticos o jurídicos de la decisión de anulación.<sup>117</sup>

En dos ocasiones se ha producido que el nuevo Laudo ha vuelto a ser objeto de un segundo procedimiento de anulación.<sup>118</sup> A septiem-

---

<sup>117</sup> Vid Decisión sobre Jurisdicción de 10 de mayo de 1988 del segundo Tribunal Arbitral en el Asunto Amco Asia Corporation y otros v. Indonesia, caso n.º ARB/81/1 (*ICSID Reports*, vol. 1, p. 543, 1993).

<sup>118</sup> En los dos primeros casos de anulación, «Klöckner» y «Amco», *cit. supra* nros. 114 y 115.

bre de 2007, se han sustanciado 17 procedimientos de anulación, estando pendientes de decisión otros tres casos, en los que la parte de-mandada es la República Argentina.

## VI. EL MECANISMO COMPLEMENTARIO

Durante muchos años el CIADI conoció de un número de asuntos ciertamente escaso. Las exigencias relativas a la Jurisdicción del Centro unidas al número limitado de ratificaciones del Convenio limitaban la cantidad de casos de los que podía conocer el CIADI. Por esta razón, y bajo el impulso de D. Aron Broches, el Consejo Administrativo aprobó, el 27 de septiembre de 1978,<sup>119</sup> el Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI (Reglamento del Mecanismo Complementario), un cuerpo normativo dirigido, en lo esencial, a posibilitar el sometimiento al CIADI de determinados casos que, según el Convenio, quedan fuera de la Jurisdicción *ratione personae* o *ratione materiae* del Centro.

Así, el Reglamento del Mecanismo Complementario autoriza al Secretariado del CIADI a administrar cierto tipo de procedimientos que están fuera del ámbito del Convenio, y que son (artículo 2):

- a) Procedimientos de conciliación o arbitraje que no sean de la competencia del CIADI porque el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia, no es un Estado Contratante.
- b) Procedimientos de conciliación o arbitraje que no sean de la competencia del CIADI porque tratan de diferencias de carácter jurídico que no surgen directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia, o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante.

---

<sup>119</sup> La aprobación fue inicialmente provisional por un período de cinco años, y luego se hizo definitiva por Decisión del Consejo Administrativo de 26 de septiembre de 1984. Vid Schreuer, C. *The ICSID Convention...* Op. cit., p. 92, n.º 4.

c) Procedimientos de comprobación de hechos.

De esta manera, mediante la autorización del artículo 2.a) se intentaba superar las limitaciones *ratione personae* de la Jurisdicción del CIADI; y mediante la del artículo 2.b), las limitaciones *ratione materiae*, concretamente en cuanto a las dificultades de definición del concepto de «inversión» (*vid. supra* apartado 3.2.2). Pero, nótese que en ambos supuestos, el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia, tiene que ser necesariamente un Estado Contratante del Convenio CIADI. Esto es, al menos una de las dos partes de la disputa tiene que estar sujeta al Convenio.

Mediante la autorización del artículo 2.c) se establecía un tipo de procedimiento de «comprobación de hechos» (*fact-finding*), no previsto en el Convenio, y que no es más que un mecanismo dirigido al esclarecimiento de aspectos fácticos de controversias.<sup>120</sup> Por esta razón, este tipo de procedimiento no está sujeto a ningún tipo de requisito *ratione personae* o *ratione materiae*.

Naturalmente, en todo caso, se mantienen siempre para cualquier tipo de procedimiento bajo el Mecanismo Complementario (tanto arbitraje, como conciliación o comprobación de hechos), las exigencias de consentimiento previo de las partes, y el carácter «mixto» de la diferencia, entre un Estado y un inversor privado.

En cuanto a las solicitudes de conciliación o arbitraje al amparo del artículo 2.a) y b) del Reglamento del Mecanismo Complementario, el Secretario General del CIADI admitirá la tramitación de las mismas si se cumplen, además, las siguientes condiciones:

- Respecto de procedimientos bajo el artículo 2.a), si ambas partes aceptan anticipadamente la Jurisdicción del Centro conforme al ar-

---

<sup>120</sup> Las Comisiones de Comprobación de Hechos están reconocidas en Derecho Internacional Público, y también en la práctica privada de métodos alternativos de resolución de disputas. En el caso del CIADI, no se conoce que haya habido un uso práctico reseñable de este tipo de procedimientos.



título 25 del Convenio para el caso de que al tiempo de iniciarse el procedimiento se cumplieran los requisitos *ratione personae*, esto es, que ambos Estados involucrados, el receptor de la inversión y el del inversor extranjero, lleguen a ser Parte del Convenio CIADI (artículo 4.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario).

- Respecto de procedimientos bajo el artículo 2.b), si la transacción de que se trata tiene características que la distinguen de una transacción comercial ordinaria (artículo 4.3 del Reglamento del Mecanismo Complementario).<sup>121</sup>

Al Reglamento del Mecanismo Complementario acompañan tres Anexos que regulan cada uno de los tres tipos de procedimientos: el Anexo A contiene el Reglamento de Comprobación de Hechos; el Anexo B, el Reglamento de Conciliación (Mecanismo Complementario); y el Anexo C, el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario).

La regulación de los procedimientos de conciliación y arbitraje bajo el Mecanismo Complementario es una reproducción de las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje bajo el Convenio CIADI. Pero, téngase en cuenta que el artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario declara expresamente la inaplicabilidad de las disposiciones del Convenio a los procedimientos y decisiones adoptadas bajo este mecanismo especial.

Así, el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario se distingue netamente del arbitraje al amparo del Convenio en que el Laudo que se dicte bajo el Mecanismo Complementario no goza del especial régimen que sí tiene el Laudo dictado al amparo del Convenio.

En consecuencia, por un lado, el procedimiento de anulación del Laudo

---

<sup>121</sup> La autorización que supone el Reglamento del Mecanismo Complementario aproxima sin duda el CIADI, aún más, a una institución arbitral privada. Es por ello que se hacía necesaria esta reserva a criterio del Secretario General del Centro para poder rechazar solicitudes sobre disputas comerciales ordinarias que desnaturalizarían los fines y funciones del CIADI.

ante el propio Centro que regula el artículo 52 del Convenio no resulta de aplicación, y el Laudo dictado al amparo del Mecanismo Complementario queda sujeto al posible control y revisión de tribunales nacionales<sup>122</sup>.

Por otro lado, el reconocimiento y ejecución del Laudo no se regula por los artículos 53 y 54 del Convenio, siendo aplicables las leyes nacionales y tratados internacionales pertinentes, en particular el Convenio de Nueva York de 1958.

El primer caso registrado al amparo del Mecanismo Complementario data de 1997.<sup>123</sup> Hoy en día muchos APPRI entre Estados de los cuales uno no es parte del Convenio CIADI, prevén el recurso a este Mecanismo Complementario, de manera que el consentimiento a esta forma de arbitraje opera de manera muy similar a cómo lo hace bajo el Convenio. A septiembre de 2007, se han registrado hasta 24 casos bajo el Mecanismo Complementario, de los que 11 están pendientes de decisión.

## VII. STATUS ACTUAL DEL CONVENIO CIADI. PROLIFERACIÓN DEL ARBITRAJE CIADI EN LOS ÚLTIMOS AÑOS Y RETOS FUTUROS

A 9 de mayo de 2007, 156 Estados han firmado el Convenio CIADI, y 144 lo han ratificado.<sup>124</sup> Se trata por tanto de una convención ampliamente aceptada por la Comunidad Internacional.

Al principio, desde su constitución, el CIADI tuvo una escasa actividad, pero desde la década de los años 90 el número de disputas some-

---

<sup>122</sup> En los últimos años se han dado varios casos de revisión por tribunales nacionales de Laudos del Mecanismo Complementario. Una relación puede encontrarse en la página web [http://ita.law.uvic.ca/annulment\\_judicialreview.htm](http://ita.law.uvic.ca/annulment_judicialreview.htm). De ahí, precisamente, que el artículo 19 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) prevea que los procedimientos de arbitraje se celebren únicamente en Estados que sean parte del Convenio de Nueva York de 1958.

<sup>123</sup> Asunto Metalclad Corporation v. México (case n.º ARB(AF)/97/1).

<sup>124</sup> Una lista de los Estados Contratantes y firmantes del Convenio CIADI puede encontrarse en [www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm](http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm).

tidas al Centro se ha incrementado extraordinariamente. A septiembre de 2007, el CIADI ha registrado un total de 249 casos desde su constitución, de los que 115 están pendientes en la actualidad.<sup>125</sup>

Esta proliferación de asuntos tiene que ver sin duda con la expansión de la suscripción entre Estados de APPRIS, y que se estiman en la actualidad en unos 2.500 tratados.<sup>126</sup>

Pero este desarrollo del arbitraje CIADI está también concitando las críticas de algunos Estados y ciertos sectores de la sociedad civil, que lo consideran como un instrumento de presión sobre los Estados receptores de inversión y de interferencia en su soberanía.<sup>127</sup>

Esta corriente de opinión parece que ha cristalizado en la primera denuncia del Convenio CIADI por parte de un Estado Contratante: el 2 de mayo de 2007 Bolivia presentó ante el Banco Mundial su denuncia del Convenio CIADI, que tendrá efectos a los seis meses de su notificación, esto es, el 3 de noviembre de 2007, de conformidad con el artículo 71 del Convenio.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> El primer caso no se registró hasta 1972 (Asunto Holiday Inns S.A. y otros v. Marruecos), y desde entonces sólo se registraban pocos casos. A partir de 1997, el número de casos que se registran ante el CIADI ha venido creciendo anualmente. Sólo en el año 2006 se registraron 26 nuevos casos de arbitraje. Vid [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

<sup>126</sup> Vid, UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Febrero 2007; e igualmente, UNCTAD, *Recent Developments in international investment agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, 30 de agosto 2005, ambos disponibles en [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

<sup>127</sup> Puede visitarse, e.g., [www.bilaterals.org](http://www.bilaterals.org), página web de varias ONG's.

<sup>128</sup> Vid. [www.worldbank.org/icsid/highlights/05-16-07.htm](http://www.worldbank.org/icsid/highlights/05-16-07.htm). A finales de abril de 2007, Bolivia había hecho pública su intención de denunciar el Convenio CIADI, en una cumbre con Venezuela, Cuba y Nicaragua, a la que también asistieron como observadores representantes de Ecuador y Haití. En la cumbre se formalizó una declaración en la que Venezuela y Nicaragua expresaron también su compromiso de denunciar el Convenio CIADI. Esta cumbre se enmarca en las reuniones periódicas del ALBA (Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe), una iniciativa internacional encabezada por Venezuela.

Bolivia ha justificado su denuncia, entre otras razones, porque la vinculación del CIADI con el Banco Mundial puede afectar a su independencia como institución arbitral. Así, en ocasiones el Banco Mundial puede tener interés indirecto en determinadas inversiones privadas, particularmente a través de la CFI, que es la institución afiliada al Grupo del Banco Mundial que se dedica a prestar asesoramiento y financiación a empresas privadas. Ciertamente, el Presidente del Banco Mundial es, a la vez, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, que ostenta funciones de nombramiento de árbitros. Por lo demás, el CIADI depende financieramente del Banco Mundial.

Con independencia de las motivaciones políticas que pueden subyacer a estos alegatos, la reputación internacional que ha ganado el CIADI como institución arbitral podría verse aún más reforzada con una separación orgánica y funcional más clara respecto al Banco Mundial. Tal reforma estructural es sin duda difícil, en cuanto requiere necesariamente, una reforma del propio Convenio CIADI.

Por otro lado, el sistema arbitral del CIADI ha recibido también críticas por falta de uniformidad de su Jurisprudencia Arbitral a la hora de abordar cuestiones de indudable interés público.<sup>129</sup> Próximamente, en los procedimientos de anulación que han de llegar (y particularmente para los asuntos derivados de la crisis Argentina), el Centro cuenta con una oportunidad a la hora de seleccionar a los árbitros que hayan de integrar los Comités *ad-hoc* que conozcan de tales solicitudes de anulación. Estos árbitros, además de decidir la justicia del caso concreto, deberían poder ofrecer un cuerpo doctrinal más articulado, coherente y uniforme. Sin duda, una labor difícil, que sólo se podrá valorar en años venideros.

---

<sup>129</sup> Vid, intervención de D. Osvaldo Siseles, Subsecretario de Asuntos Legales del Ministerio de Economía de la República Argentina, en las Jornadas sobre «La Seguridad Jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina: El caso argentino», organizadas por el Real Instituto El Cano, Madrid, 11 y 12 de diciembre de 2003.

## CAPÍTULO 25

EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

Esther López Barrero



## Capítulo 25

### EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

*Esther López Barrero*

1. Introducción.— 1.1. La estructura básica de la OMC.— a) La OMC como organización internacional. Su estructura internacional.— b) El Sistema de Solución de Diferencias (SSD).— 1.2. El arbitraje del artículo 25 del ESD. ¿Una alternativa al sistema de grupos especiales?— 1.3. El arbitraje como mecanismo auxiliar dentro del ESD.— a) El arbitraje como mecanismo para la determinación del «*plazo prudencial*» (Artículo 21.3.c) ESD).— b) El arbitraje empleado en la determinación del nivel o la naturaleza de las suspensiones (Artículo 22.6 y 7 del ESD).— 1.4. Arbitrajes especiales fuera del ESD.— a) El arbitraje en el Acuerdo SMC.— b) El arbitraje en el GATS.— 1.5. La situación del arbitraje en el contexto de la Ronda de Desarrollo o Ronda Doha.— 1.6. Consideraciones Finales. ANEXO: Listado de Laudos adoptados en la OMC.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Desde su creación en 1995, se ha señalado a la OMC como uno de los grandes centros de poder desde los cuales se manejan los cambios económicos mundiales. Evidentemente, es innegable la importancia de su normativa, por un lado por su amplia composición subjetiva —ciento cincuenta miembros—, e igualmente por el inmenso número de normas y de sectores comerciales que caen bajo su regulación. Por otro lado, gran parte del éxito de la organización se deba también al equilibrio que ha sabido guardar a través de su entramado institucional. En este sentido, la OMC cuenta con órganos destinados a la creación de

normas y al debate político, como todas las organizaciones internacionales, y también forman parte de su organigrama una serie de medios de supervisión y control del cumplimiento de las normas. Esto permite que, de forma organizada, los miembros participen en la parte legislativa y, al mismo tiempo, puedan recurrir al uso de distintos mecanismos de solución de controversias para resolver las diferencias, en lo que se conoce como el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante SSD).

El SSD se ha considerado «la joya de la corona» en la OMC. La organización crea normas y, al mismo tiempo, cuenta con un sistema que supervisa que se cumplen sus mandatos, o, en caso de ser necesario, impone resoluciones en los supuestos de incumplimiento de las mismas mediante el SSD. El paso del antiguo GATT de 1947 a la OMC supuso, entre otras cosas, la automatización y la jurisdicción del funcionamiento del SSD, y su consecuente éxito a nivel mundial. Uno de los mecanismos que se prevé y se utilizan en el SSD es el arbitraje. A diferencia de lo que ocurre en otros foros internacionales, dentro de la OMC el arbitraje se emplea más como medio auxiliar del funcionamiento general del sistema, que como mecanismo autónomo de resolución de conflictos.

En este artículo, tras hacer una revisión rápida del funcionamiento general de la organización, se va a revisar cómo se incardina el arbitraje en el SSD de la OMC, descubriendo en qué contextos se emplea, cuál es su verdadero peso y la importancia de este mecanismo dentro de la organización.

### 1.1. LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA OMC

#### *a) La OMC como organización internacional. Su estructura institucional*

La Organización Mundial del Comercio es el organismo internacional que desde 1995 se encarga de gestionar las normas que regulan los intercambios comerciales entre sus miembros, siempre que tales



intercambios se encuentren incluidos en alguno de los acuerdos abarcados por la organización. Heredera de la normativa y de la estructura del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, más conocido como GATT de 1947, la OMC establece un sistema comercial multilateral, que pretende liberalizar el comercio mundial, sobre la base de los principios de no discriminación y reciprocidad.

Como organización internacional, la OMC presenta una estructura compleja y completa. Desde el punto de vista de su entramado institucional, la OMC cuenta con órganos políticos, órganos destinados a la supervisión del cumplimiento de las normas que ella misma crea a través de sus órganos políticos, y con un órgano administrativo, la Secretaría de la OMC. Según el Artículo IV del Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (en adelante Acuerdos sobre la OMC), la OMC está compuesta por la Conferencia Ministerial, el Consejo General, el Órgano de Solución de Diferencias, el Órgano de Examen de Políticas Comerciales, los Consejos Sectoriales, así como un conjunto de Consejos y Comités establecidos por los diferentes acuerdos. En su funcionamiento, todos estos órganos reciben la ayuda del órgano administrativo, la Secretaría.<sup>1</sup>

Los órganos que conforman la estructura institucional básica de la OMC se pueden agrupar en dos bloques: los órganos políticos y los órganos del sistema de supervisión y control. La parte política de la organización está compuesta por la Conferencia Ministerial, el Consejo General, los Consejos Sectoriales, y los Consejos, Comités y Grupos de Trabajo, que se encargan de supervisar o negociar en el contexto de algún acuerdo concreto o de un tema en particular (como, por ejemplo, los grupos de adhesiones, creados *ad-hoc* para la negociación de los acuerdos de adhesión de cada nuevo miembro). En la cúspide de este organigrama se sitúa la Conferencia Ministerial, que es el órgano supremo de dirección de la OMC. La Conferencia Ministerial se reúne

---

<sup>1</sup> Artículo VI del Acuerdo sobre la OMC. Consultar en [www.wto.org](http://www.wto.org), *documentos en línea*.

cada dos años, por lo que las labores de la Conferencia, para dar continuidad al sistema, las asume el Consejo General durante los períodos inter-conferencias. Tanto en estos dos órganos, como en resto de los órganos políticos de la OMC, pueden participar todos los miembros, salvo tasadas excepciones.<sup>2</sup> De ahí que se afirme que la OMC es una organización abierta, en la que los miembros pueden formar parte de cualquiera de los órganos del sistema. Esta parte de la organización, el aparato institucional político, es el que tiene atribuida la competencia de crear normas, bien a través de su estructura organizativa habitual, bien mediante la convocatoria de una Ronda de Negociaciones Multilaterales.

Junto al sistema institucional político, hallamos el sistema de supervisión y control del cumplimiento. Uno de los grandes avances que presenta la OMC con respecto a su predecesor, el GATT, es que establece un sistema de supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones contenidas en los acuerdos sitos bajo el paraguas de la organización, que es obligatorio para todos los miembros. La OMC se rige por el principio de «paquete único» (*single undertaking*), a diferencia de lo que ocurría en el GATT.<sup>3</sup> Esto implica que los Estados que forman parte de la organización tienen que asumir todos los compromisos contenidos en todos los acuerdos abarcados por el Acuerdo sobre la

<sup>2</sup> Son órganos de composición restringida del aparato institucional político de la OMC: el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos, así como los grupos de trabajo y los grupos de adhesión. En todos ellos se limita la participación en beneficio de la eficacia del funcionamiento de dichos órganos.

<sup>3</sup> El *Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, en su apartado 4 establece que: «Los representantes *convienen* en que el Acuerdo sobre la OMC estará abierto a la aceptación como un todo, mediante firma o formalidad de otra clase, de todos los participantes, de conformidad con el artículo XVI. La aceptación y entrada en vigor de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales incluidos en el anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC se regirán por las disposiciones de cada Acuerdo Comercial Plurilateral».

<sup>4</sup> El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, conocido como Acuerdo sobre la OMC, es el tratado internacional a través del cual se crea la organización.

OMC, a excepción de los acuerdos comerciales plurilaterales.<sup>4</sup> Entre los acuerdos del paquete de la OMC, se encuentran los que regulan los mecanismos de supervisión y control de su normativa. Por tanto, el ser miembro de la organización, implica la aceptación automática e estos mecanismos.

La estructura de supervisión y control que diseñan los acuerdos de la OMC consta de tres mecanismos: las notificaciones, el sistema de solución de diferencias y el mecanismo de examen de políticas comerciales. Tanto el primero como el último son mecanismos de supervisión *ex ante*, es decir, que funcionan de forma automática, sin necesidad de que se produzca ningún incumplimiento por parte de los miembros. Su finalidad última es la de mantener la transparencia del sistema y revisar el grado de cumplimiento de los compromisos por los miembros. Por su parte, el Sistema de Solución de Diferencias (en adelante SSD) es un mecanismo de control de las obligaciones *ex post*, es decir, se activa cuando lo reclama alguno de los miembros de la organización, por considerar que la normativa que aplica cualquier otro miembro lesiona sus intereses legítimos o viola los compromisos contenidos en los acuerdos abarcados por la OMC.

---

Los compromisos materiales, por los que se regulan los intercambios comerciales entre los miembros, se recogen en otros textos, que están anexados al Acuerdo sobre la OMC. Así el paquete de compromisos aceptados por los Estados negociadores en la Ronda Uruguay, en la que se creó la OMC, consistía en el Acuerdo sobre la OMC, más los casi treinta acuerdos anejos a dicho tratado, más las obligaciones contenidas en las Listas de Compromisos Específicos. Los acuerdos anejos al Acuerdo sobre la OMC se estructuraron en cuatro anexos, de los cuales tres eran de aceptación obligatoria: el Anexo 1, compuesto por los tratados que contenían las obligaciones comerciales materiales sobre intercambios de mercancías, servicios y derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, el Anexo 2, que fija la estructura del Sistema de Solución de Diferencias, y el Anexo 3, que regula el funcionamiento del Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales. El Anexo 4, que era el que contenía los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, era el único en el que los miembros podían elegir si firmaban o no. *Cfr* J.H. Jackson, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, Chatham House Papers, 1998, pp. 36 y ss.

### b) El Sistema de Solución de Diferencias (SSD)

El SSD tiene la finalidad de «preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas vigentes de derecho internacional público». <sup>5</sup> Este sistema de solución de conflictos entre los miembros de la organización forma parte de la estructura básica de la misma. Su activación, a iniciativa de algún miembro, es automática, al haber consentido éstos en el momento de su incorporación al sistema de la OMC. <sup>6</sup>

El funcionamiento del SSD se regula en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC, que contiene el Entendimiento de Solución de Diferencias (en adelante ESD). <sup>7</sup> Según las normas recogidas en este trata-

---

<sup>5</sup> Artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC. Consultar en [www.wto.org](http://www.wto.org), documentos en línea.

<sup>6</sup> La automaticidad, por existir un consentimiento previo sobre su funcionamiento, es una de las grandes ventajas que presenta el sistema de solución de diferencias de la OMC con respecto a otro tipo de mecanismos de resolución de conflictos internacionales. Esto permite que una vez presentadas las controversias se resuelva en un plazo medio estimado de entre dos y tres años. Cfr J.D. Gonzalez Campos et alt., *Curso de derecho Internacional Público*, Civitas, 2003, 3ª Edición Revisada, Capítulo XXIV sobre «El arreglo pacífico de las controversias internacionales»

<sup>7</sup> Para un estudio más detallado del funcionamiento del SSD consultar: V. Bou Franch, «El mecanismo de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio», en la obra colectiva *Temas Actuales de Derecho Comercial*. Normas Legales, Lima, 2004, pp 865-894; A. LIGUSTRO, *Le controversia tra Statu nel diritto del Commercio Internazionale: Dal GATT all'OMC* Milano: CEDAM, 1996; LÓPEZ BARRERO E. «El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: Funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio». En *Revista Jurídica del Perú*, año LIII n.º 49, agosto 2003, pp 95-117; D. Luff, *Le Droit de l'Organization Mondiale du Commerce*, Bruylant, Bruxelles, 2004; M. Montañá Mora, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. MC GRAW-HILL, Madrid: 1997; F. PIÉROLA CASTRO, *Solución de Diferencias en la Organización Mundial de Comercio*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; Waincymer J. *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*, London: Cameron May, 2002.

do, el SSD combina medios diplomáticos de resolución de conflictos, con mecanismos cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales de arreglo de controversias. Así, en un procedimiento normal del SSD, las partes primero tienen que entablar consultas (medio diplomático).<sup>8</sup> Si éstas resultan infructuosas, el ESD abre dos nuevas opciones: o iniciar un procedimiento cuasi-jurisdiccional ante los grupos especiales o paneles, que termina con la emisión de un informe, que en su caso puede ser recurrido ante el Órgano de Apelación;<sup>9</sup> o bien permite recurrir a un arbitraje.<sup>10</sup> En todo momento durante la sustanciación de la controversia, las partes pueden acudir a cualquier medio diplomático de solución de conflictos.<sup>11</sup> La controversia no se da por terminada hasta que el miembro vencido ha aplicado lo acordado, o lo establecido en la resolución en cuestión. De ahí que, dentro del SSD se distinga entre la fase destinada a la obtención de un acuerdo o resolución de la diferencia y la fase destinada a la supervisión de la aplicación de la misma.

El *iter* habitual para resolver una controversia en la OMC es aquél en el que las partes, tras la fase de consultas, solicitan la constitución de un grupo especial o panel. El desarrollo de la controversia a través de la intervención de un grupo especial se considera un mecanismo de resolución de conflictos cuasi-jurisdiccional. Por su composición, estructura y funcionamiento, el grupo especial se asimila a los órganos jurisdiccionales de resolución de conflictos y se sitúa a caballo entre un arbitraje y un tribunal jurisdiccional. Se parece a un arbitraje en que las partes nombran sus miembros, deciden su mandato y fijan, junto con las personas elegidas como panelistas, las normas de procedimiento según las cuales se sustanciará la diferencia, de acuerdo con lo establecido en el anexo 3 del ESD. Se asimila a los tribunales en que el derecho aplicable no lo eligen las partes, y es el derecho de la OMC, y en que hay partes del procedimiento que están prefijadas y tienen que ser inexcusablemente respetadas.

---

<sup>8</sup> Artículo 4 del ESD.

<sup>9</sup> Artículos 6 y siguientes del ESD.

<sup>10</sup> *Vid infra* apartado siguiente.

<sup>11</sup> Artículo 5 del ESD.

Por otra parte, la decisión a la que llega el grupo especial, denominada informe, se circula entre los miembros y se remite al Órgano de Supervisión de Diferencias (en adelante OSD). El OSD es un órgano político —el *alter ego* del Consejo General—, que tiene atribuida la competencia de aprobar los informes, tanto de los grupos especiales, como del Órgano de Apelación, y es, por tanto, el que les otorga su carácter de vinculantes y firmes.<sup>12</sup> De esta forma, el sistema de paneles se aleja de los mecanismos jurisdiccionales de resolución de conflictos, ya que el órgano que entiende de la controversia, no es el que transmite la obligatoriedad a la resolución que elabora. De ahí que se hable de un sistema cuasi-jurisdiccional de resolución de conflictos.

En aquellos casos en los que alguna o ambas partes de la diferencia no están de acuerdo con alguno de los fundamentos de derecho del informe del grupo especial, tienen la posibilidad de, antes de que el OSD apruebe el informe, recurrirlo ante el Órgano de Apelación.<sup>13</sup> Tras el procedimiento ante este órgano, se emite un nuevo informe, que igualmente se circula entre los miembros y se remite el OSD para su aprobación.

Una vez adoptados por los informes por el OSD, se pasa a la fase de vigilancia y supervisión del cumplimiento de las resoluciones, que se regula en los artículos 19 y siguientes del ESD. En esta fase, nuevamente, se mezclan medios diplomáticos, cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales de resolución de conflictos, para desbloquear los posibles escollos que aparezcan y evitar que los miembros puedan no cumplir con las resoluciones adoptadas o pactadas.

### 1.2. *El arbitraje del artículo 25 del ESD. ¿Una alternativa al sistema de los grupos especiales?*

Como se acaba de señalar, el mecanismo habitual de resolución de diferencias en la OMC es el recurso a la intervención de los grupos  
es-

---

<sup>12</sup> Artículo 16 y 17.14 del ESD.

<sup>13</sup> Sobre el funcionamiento del procedimiento de apelación consultar, además de la bibliografía de la nota 8, ANDRIANARINOVY, M.J. «L'Organe d'appel de l'OMC».

peciales y del Órgano de Apelación, en su caso. Sin embargo, el ESD permite que las partes en una controversia puedan recurrir a un arbitraje privado, en lugar de emplear el sistema de grupos especiales, tal y como se establece en el artículo 25 de dicho tratado. El arbitraje aparece así como un sistema alternativo al de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

Este medio, que tiene carácter voluntario, aparece escuetamente regulado en el artículo 25 del ESD. Como norma, en su sustanciación se sigue la teoría general del derecho internacional público sobre arbitrajes, con algunas excepciones. De ahí que estas reglas se apliquen de manera supletoria en todo lo que expresamente no aparece regulado en dicho artículo. Según el artículo 25 del ESD, los requisitos para activar este medio de resolución de conflictos son, en primer lugar, que la controversia recaiga sobre «*cuestiones claramente definidas por ambas partes*»; y en segundo lugar, que las partes estén de acuerdo en someterse a él. Evidentemente, estos son requisitos comunes a los arbitrajes que siguen la teoría general del derecho. Reunidos los citados requisitos, el funcionamiento del arbitraje es el habitual, es decir, las partes decidirán quiénes serán los árbitros, así como el procedimiento y las normas aplicables en el mismo, incluyendo o excluyendo la posibilidad de que participen terceros.

Por desarrollarse en el marco del SSD de la OMC, este arbitraje cuenta con una serie de características propias, que lo distinguen de otros arbitrajes internacionales; por un lado, los árbitros designados por las partes deberán someterse a las normas de conducta aprobadas

---

En *RBDI*, vol. XXXIII, n.º 1, 2000, pp. 276-340; EHLERMANN C.D. «Six years on the bench of the World Trade Court». Some personal experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization». En *Journal of World Trade*, vol 36, n.º 4, 2002, pp. 605-640; STEGER D.P. «The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement». En *The political economy of international law: essays in honor of Robert E. Hudec*. Ed. Kennedy and Soutwick, Cambridge University Press, 2002, pp 482-495; ZIEGLER A.R. «Scope and function of the WTO Appellate System: What future after the Millennium Round?». En *Max Planck UNYB*, vol 3, 1999, pp. 439-470.

por el OSD,<sup>14</sup> y cumplir con las obligaciones de neutralidad, independencia e imparcialidad contenidas en dichas reglas;<sup>15</sup> por otro lado, las partes no pueden elegir el derecho aplicable, que será el derecho de la OMC, según el artículo 3.4 del ESD;<sup>16</sup> y finalmente, las partes están obligadas a notificar al resto de los miembros su intención de recurrir al arbitraje, así como la solución a la que se llegue en el mismo. Estas características especiales del arbitraje en el contexto de la OMC pretenden preservar el carácter multilateral y transparente de la organización, y en especial del SSD.<sup>17</sup>

Los laudos arbitrales, al igual que ocurre en el resto de los arbitrajes, son de obligado cumplimiento para las partes. Los laudos adoptados en el contexto del éste artículo no pueden ser objeto de apelación. No obstante, sí se consideran resoluciones del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por eso, tienen que comunicarse al OSD y a los Consejos o Comités correspondientes, para que vigilen que su contenido se adapta a las obligaciones de la organización,<sup>18</sup> y para supervisar su cumplimiento, ya que sí se les aplican los procedimientos de vigilancia del cumplimiento y de suspensión de concesiones de los artículos 21 y 22 del ESD.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Vid documento WT/DSB/RC/1.

<sup>15</sup> Cfr J. Waincymer, *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*. *Op. cit. supra*, pp 264-266.

<sup>16</sup> El artículo 3.4 del ESD establece que:

«Las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados».

<sup>17</sup> Cfr PIÉROLA CASTRO, F. *Solución de Diferencias en la Organización Mundial de Comercio*. *Op. cit. supra*, p. 133.

<sup>18</sup> Según el artículo 3.5 del ESD:

«Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos».

<sup>19</sup> Artículo 25.4 del ESD.



El uso de este mecanismo hasta la fecha ha sido bastante escaso. De hecho sólo existe un laudo del artículo 25, y no se ocupa precisamente del fondo de la controversia principal, sino que se empleó en la fase de aplicación. En el asunto *Estados Unidos, Artículo 110 (5) de la Ley de Derechos de Autor*, los Estados Unidos y la Comunidad Europea se pusieron de acuerdo para solicitar un arbitraje conforme al artículo 25.2 del ESD, con el mandato de que determinara el nivel de anulación o menoscabo de las ventajas que había perdido la CE, como consecuencia de la aplicación de la ley estadounidense. El laudo arbitral fijó el nivel de las ventajas que dejaba de percibir la CE en 1.219.900 euros al año.<sup>20</sup>

Frente al sistema de grupos especiales, este mecanismo de solución de diferencias permite que las partes sean más dueñas del procedimiento, puesto que son ellas las que determinan el régimen por el que va a discurrir el arbitraje. Es también un mecanismo de una única instancia, ya que los laudos arbitrales no pueden someterse a apelación, lo cual disminuye el tiempo total de resolución de la diferencia y abarata sus costes. En este sentido, su uso plantea ciertas ventajas a los países en desarrollo o menos adelantados.<sup>21</sup>

El recurso al arbitraje como mecanismo alternativo a los grupos especiales tenía más sentido en la época del GATT, en la que la práctica habitual era que los miembros que iban a resultar condenados por el informe del grupo especial, bloqueasen su adopción en el órgano político correspondiente. No obstante, en el actual SSD de la OMC, la automaticidad de la adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en el OSD, debido al cambio de signo del

---

<sup>20</sup> Laudo arbitral WT/DS160/ARB25/1, Estados Unidos, Artículo 110 (5) de la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos, Recurso al arbitraje del artículo 25 del ESD, 9 de noviembre de 2001.

<sup>21</sup> Ver MALKAWI, B.H. «Arbitration and the World Trade Organization. The forgotten provision of article 25 of the Dispute Settlement Understanding». En *Journal of International Arbitration*, 2007, vol. 24, n.º 2, pp. 173-188.

consenso necesario para la aprobación, elimina una de las principales ventajas del arbitraje frente al sistema de paneles antiguo.<sup>22</sup>

Por otra parte, la activación de este arbitraje requiere el mutuo acuerdo de las partes. Este acuerdo no es necesario en el caso de la intervención de los grupos especiales,<sup>23</sup> lo cual concede agilidad a éste sistema frente al arbitraje, puesto que en los casos en los que hay verdaderos intereses contrapuestos entre los miembros, es difícil que puedan lograr un acuerdo para someter la disputa a un tribunal arbitral.

Desde otra perspectiva, se suele señalar también como inconveniente del recurso a este mecanismo, el hecho de que las partes puedan limitar la intervención de terceros. Evidentemente, cuando las partes establecen el procedimiento por el que discurrirá el arbitraje, si así lo pactan, pueden eliminar la participación de terceras partes. En un contexto de solución de diferencias multilaterales, como es el SSD, si algún miembro de la organización no parte en la controversia se ve afectado por el arbitraje y quiere recurrir, se verá obligado a iniciar la sustanciación de una nueva diferencia, con los inconvenientes de tiempo, duplicidad de trabajo y gasto que ello supone.

El escaso uso que se ha hecho del arbitraje del artículo 25 del ESD no implica que nos encontremos ante un mecanismo innecesario y, por tanto, cuya supresión podría ser formulada en la actual Ronda de Negociaciones Comerciales. Bien al contrario, este arbitraje continúa

---

<sup>22</sup> Cfr. WAICYMER, J. *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*. Op. cit. supra, p. 236; M. MONTAÑA MORA. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. Op. cit. supra, p. 150. Sobre el funcionamiento de la adopción de decisiones en la OMC, consultar E. LÓPEZ BARRERO, *El sistema institucional y el proceso de toma de decisiones en la Organización Mundial del Comercio*. Tesis defendida en la Universidad Complutense de Madrid, julio 2005.

<sup>23</sup> En el asuntos sustanciados ante los grupos especiales, el mandato de éstos lo determina la parte reclamante en su solicitud de establecimiento del panel, independientemente de que la otra parte esté de acuerdo o no. Ver artículo 6 del ESD y bibliografía nota 8.

resultando muy útil cuando las partes quieren que la resolución recaiga sobre asuntos muy concretos, o cuando están de acuerdo en la solución a aplicar y necesiten simplemente que se fije la cuantía de la misma.<sup>24</sup> En estos casos, el empleo de este mecanismo es el más aconsejable que el recurso a cualquier otro mecanismo de los del SSD.

### 1.3. *El arbitraje como mecanismo auxiliar dentro del SSD*

Aparte del arbitraje como procedimiento alternativo al de los grupos especiales, el ESD establece otros dos momentos en los que es posible recurrir a este mecanismo de solución de conflictos. Estos arbitrajes aparecen en la fase de aplicación de la resolución adoptada en la controversia. El primero se emplea en aquellos supuestos en que el miembro vencido no puede cumplir inmediatamente con la resolución y solicita un plazo para darle cumplimiento, siguiendo el artículo 21 del ESD. Este artículo establece tres mecanismos sucesivos para fijar el *plazo prudencial*; el último de ellos es un arbitraje. El segundo arbitraje aparece en una fase posterior. Se emplea en aquellas controversias en las que el miembro obligado no cumple y se solicita la adopción de una suspensión de concesiones, de acuerdo con el artículo 22 del ESD. Según el artículo 22, la determinación del nivel o la naturaleza de las suspensión solicitadas, cuando no hay acuerdo entre las partes, se establecerá por arbitraje.

A diferencia de lo que ocurría con el arbitraje del artículo 25 del ESD, los arbitrajes de los artículos 21 y 22 del ESD no son sistemas alternativos a otros mecanismos de solución de conflictos, ni son voluntarios, sino que, de darse las situaciones que activan los artículos en los que se regulan, de forma automática se inician estos arbitrajes.

---

<sup>24</sup> Vid WAINCYMER, J. *WTO litigation. Procedural aspects of formal dispute settlement*. *Op. cit.*, p. 237; documento TN/DS/W/49, propuesta de Australia; documentos TN/DS/W/42, propuesta de Kenia.

a) *El arbitraje como mecanismo para la determinación del «plazo prudencial» (Artículo 21.3.c) ESD)*

Una vez que el OSD ha aprobado una resolución sobre una diferencia (es decir, ha aprobado el informe del panel o del Órgano de Apelación, se le ha comunicado el laudo arbitral o la solución acordada por las partes), el miembro vencido tiene obligación de cumplir lo antes posible con el contenido de dicha resolución, *ex* artículo 21.1 del ESD. En los casos en los que el miembro no pueda cumplir inmediatamente, existe la posibilidad de que se fije un «*plazo prudencial*» dentro del cual se deberá cumplir. El «*plazo prudencial*» tiene la finalidad de dejar al miembro obligado el tiempo necesario para que, de acuerdo con sus procedimientos legislativos normales, pueda poner en conformidad sus normas con lo prescrito en la resolución.<sup>25</sup>

El artículo 21.3 del ESD establece tres mecanismos sucesivos para la determinación del plazo prudencial; el primero consiste en la proposición del plazo por el miembro obligado y su aprobación por consenso por el OSD; el segundo, se basa en la fijación del mismo de común acuerdo por las partes, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha de adopción de la resolución; y el tercero, lo constituye el recurso al arbitraje, para que sea un tercero imparcial el que lo establezca. El arbitraje se convierte, así, en el mecanismo de último recurso, para evitar que se paralice el sistema. De hecho, la práctica demuestra que es el mecanismo usual de determinación de los plazos de cumplimiento bajo el artículo 21.3 del ESD.

El arbitraje del artículo 21.3.c) se inicia con la presentación de la solicitud de arbitraje por una de las partes al presidente del OSD.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Laudo arbitral, Corea Impuestos a las bebidas alcohólicas (*Corea-Bebidas alcohólicas*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 42; Laudo arbitral, Canadá Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (*Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 47.

<sup>26</sup> Sirvan como ejemplos los tres últimos documentos presentados al OSD: WT/DS302/13, República Dominicana-Medidas que afectan a la importación y venta

Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, las partes tienen que llegar a un acuerdo sobre el árbitro o los árbitros que van a intervenir. En caso de no lograrse el acuerdo, el Director General cuenta con diez días más para el nombramiento de los árbitros. El ESD no establece ningún criterio con respecto a las personas que pueden intervenir como árbitros, con lo cual no hay límites a la designación que hagan las partes. No obstante, la práctica muestra que la tendencia general consiste en designar a miembros en activo o retirados del Órgano de Apelación, que actúan en nombre propio.

Los árbitros fijan el plazo prudencial basándose en la propuesta que hace el miembro vencido y obligado al cumplimiento de la resolución.<sup>27</sup> Durante la sustanciación del arbitraje, el miembro vencido deberá demostrar la necesidad y la conveniencia del plazo prudencial solicitado. Evidentemente, cuanto mayor sea el plazo solicitado, mayor será la carga de la prueba que tiene que soportar.<sup>28</sup>

El mandato de los árbitros se circunscribe exclusivamente a la determinación del plazo para el cumplimiento, sin que puedan resolver sobre ninguna otra cuestión, como si las medidas que se proponen son

---

interna de cigarrillos (*República Dominicana-Importación y venta de Cigarrillos*) Solicitud de arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD presentada por Honduras; WT/DS286/13, Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados (*CE-Trozos de pollo*), Solicitud de arbitraje presentada por Tailandia de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD; WT/DS285/11, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (*Estados Unidos-Juegos de azar*), Solicitud de arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD presentada por Antigua y Barbuda.

<sup>27</sup> Laudo arbitral, Canadá-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (*Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 43.

<sup>28</sup> Laudo arbitral, Canadá-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (*Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 47; Laudo arbitral, Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916 (*Estados Unidos-Ley 1916*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafos 32-33.

las más convenientes o no, o si mediante ellas se dará cumplimiento completo o no a la resolución.<sup>29</sup> Lo que indudablemente sí tiene que hacer el árbitro es analizar el funcionamiento del sistema legal del miembro obligado y establecer un tiempo dentro del cual, según sus actividades normales, este miembro pueda cumplir con la resolución adoptada dentro del SSD. No obstante, resulta evidentemente muy difícil hacer tal estimación si no se tiene una idea de cuál va a ser el mecanismo empleado por el miembro para articular la aplicación de su nueva obligación. A este respecto, una parte de la doctrina sugería que, para facilitar la labor de los árbitros en el marco del artículo 21.3.c) y cumplir con lo establecido en el artículo 19.1 del ESD, sería útil que los informes de los paneles y del Órgano de Apelación incluyesen indicaciones sobre la forma en la que los miembros podían cumplir con sus recomendaciones.<sup>30</sup> Sin embargo, tales consejos irían en contra del principio de libertad de elección de medidas para el cumplimiento, que es uno de los derechos básicos de los miembros en el SSD.<sup>31</sup> Además, esta actividad supondría una carga de trabajo extra considerable para un mecanismo ya sobrecargado, como es el de los paneles y del Órgano de Apelación. Por estos motivos la idea no ha encontrado mucho eco y los árbitros siguen estableciendo el «*plazo prudencial*» sin saber cuál será la medida a adoptar por el miembro obligado.<sup>32</sup>

Al margen de este debate quedan los casos de las reclamaciones en las que no hay infracción, dado que, según el artículo 26.1 del ESD, los

---

<sup>29</sup> Laudo arbitral, Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas (*Corea-Bebidas alcohólicas*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 45; Laudo arbitral, Canadá Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (*Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafos 41-42.

<sup>30</sup> Ver FUKUNAGA, Y. «Securing compliance through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of the DSB Recommendations». En *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 9, n.º 2, pp. 383-426.

<sup>31</sup> Laudo arbitral, Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*). Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 38.

<sup>32</sup> Ver FUKUNAGA, Y. «Securing compliance through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of the DSB Recommendations». *Op. cit. supra*, p. 402.

árbitros, a petición de las partes, podrán determinar el nivel de las ven-tajas anuladas o menoscabadas, y sugerir medios para llegar a un aju-s-te mutuamente satisfactorio.<sup>33</sup>

A la hora de determinar el plazo prudencial, el artículo 21.3.c) del ESD establece unas «guías» que pueden ayudar al árbitro en su labor. Según éstas, el árbitro tratará de que el plazo de cumplimiento no sea superior a quince meses, contados desde la adopción del informe del panel o del Órgano de Apelación. No obstante, ese término es meramente orientativo, ya que como reconoce la misma disposición, el árbitro podrá fijar un plazo mayor o menor según las circunstancias del caso. Hasta diciembre de 2006 se habían adoptado veintiún laudos bajo esta norma. El período más corto fijado ha sido de 6 meses y el más largo de quince meses y una semana.<sup>34</sup> Por tanto, la tendencia general de los árbitros es a respetar el plazo máximo de tiempo sugerido por el artículo 21 del ESD,<sup>35</sup> tratando de ajustarlo al menor tiempo posible

---

Hay que señalar que en las actuales negociaciones de reforma del ESD, desarrolladas dentro de la Ronda de Negociaciones Multilaterales denominada del Desarrollo, algunos miembros han presentado propuestas que siguen esta idea. *Vid infra* nota al pie 70.

<sup>33</sup> Artículo 26.1.c) del ESD.

<sup>34</sup> El plazo más corto se fijó en el laudo arbitral en el asunto *Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*, WT/DS114/13, Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 64. Y el plazo más largo lo estableció el laudo arbitral del asunto *CE-Banano III*, WT/DS27/15, Arbitraje en virtud del párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 20.

<sup>35</sup> En el caso *CE-Hormonas*, WT/DS26/15 y WT/DS48/13, la Comunidad Europea solicitó un plazo prudencial de cuatro años sobre la base de que le era necesario hacer una evaluación del riesgo, antes de comenzar con la adopción de la medida legislativa, y por tanto, tardaría más en poder aprobar este acto legislativo. Sin embargo, el árbitro, Julio Lacarte Muró, consideró que el tiempo necesario para hacer la evaluación del riesgo no se podía incluir en el plazo prudencial de cumplimiento, y consideró que quince meses eran suficientes para la adaptación de la normativa europea —desde 13 de febrero de 1998 hasta 13 de mayo de 1999—. Laudo arbitral, Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafos 40-42 y 48.

siempre que las circunstancias del caso lo permitan.<sup>36</sup> Sobre este particular, hay que tener presente que, el hecho de que una de las partes implicadas en la diferencia sea un país en desarrollo constituye una circunstancia especial, que debe ser tenida en cuenta por los árbitros a la hora de fijar el plazo, según se establece en los apartados 2, 7 y 8 del artículo 21 del ESD.<sup>37</sup>

Según el artículo 21.3 del ESD, los árbitros cuentan con un plazo de noventa días desde la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación para finalizar su misión. No obstante, en la práctica casi siempre se solicita una prórroga de este período de tiempo. Dicha solicitud es aceptada sin problemas por las partes, por resultar manifiestamente insuficiente el plazo, básicamente debido a dos razones. En primer lugar, porque la solicitud del arbitraje suele hacerse cuando ya ha transcurrido bastante tiempo desde la adopción del informe, lo cual reduce aún más el tiempo para la elaboración del laudo. Y en segundo lugar, porque la elaboración de los laudos suele requerir unos debates y una justificación jurídica, para cuyo desarrollo son necesarios más de noventa días.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Laudo arbitral, Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 26; Laudo arbitral, Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas (*Corea-Bebidas alcohólicas*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 37; Laudo arbitral, Canadá-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (*Canadá-Patentes para productos farmacéuticos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 47; Laudo arbitral, Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916 (*Estados Unidos-Ley 1916*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafos 32.

<sup>37</sup> En este sentido sirve de ejemplo el laudo arbitral del asunto *Indonesia-Automóviles*, WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12. En el caso, el plazo normal para completar el proceso legislativo en Indonesia y cumplir con la resolución de la OMC sería seis meses. No obstante, el árbitro concedió seis meses más a este país en atención a sus circunstancias comerciales especiales y por ser país en desarrollo. Laudo arbitral, Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (*Indonesia-Automóviles*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 24.

<sup>38</sup> Ver Organización Mundial del Comercio, *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*, Éditions Yvons Blais, 2004, p. 100. Laudo arbitral,



El laudo arbitral por el que se determina el «*periodo prudencial*» se remite a las partes y al OSD, para que lo circulen entre todos los miembros. El OSD no tiene que dar su aprobación al laudo. El laudo es vinculante desde el momento de su adopción por el árbitro. No obstante, siguiendo los principios del SSD, se comunica a todos los miembros para que todos tengan conocimiento de él, y al OSD, que es el último responsable de la supervisión del cumplimiento de las resoluciones adoptadas en el marco del SSD.

Durante el desarrollo de este arbitraje, las partes conservan el derecho a solicitar al árbitro que suspenda el procedimiento, o a retirar la solicitud de arbitraje, para poder pactar una solución mutuamente convenida con respecto de la aplicación de la resolución.<sup>39</sup> También se permite que las partes cambien el plazo prudencial establecido mediante acuerdo.<sup>40</sup> Este poder que se les concede a las partes demuestra que el arbitraje del artículo 21.3.c) es exclusivamente un mecanismo auxiliar, que sirve para evitar que se bloqué el desarrollo del procedimiento, pero que permanece subyugado a los principios generales del SSD.<sup>41</sup>

---

Estados Unidos-Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea (*Estados Unidos-Tubos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafo 4.

<sup>39</sup> Laudo arbitral, Estados Unidos – Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea (*Estados Unidos-Tubos*), Arbitraje de conformidad con el párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD, párrafos 6 a 9.

<sup>40</sup> Documento WT/DS184/18, Estados Unidos-Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón (*Estados Unidos-Acero laminado en caliente*), Solicitud de modificación del plazo prudencial. El documento fue aceptado por el OSD en su reunión de 31 de agosto de 2004, consultar en documento WT/DSB/M/175, párrafos 25-28.

<sup>41</sup> En este sentido, el artículo 3.7 del ESD establece que:  
«[...] El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. [...]».

*b) El arbitraje empleado en la determinación del nivel o la naturaleza de las suspensiones (Artículo 22.6 y 7 del ESD)*

Como se ha señalado, el segundo caso en el que se emplea el arbitraje, dentro del contexto de la aplicación de la resolución de una diferencia, es el momento de la determinación de la suspensión de concesiones. Efectivamente, si el miembro vencido no cumple en el plazo establecido con la resolución negociada entre las partes, o adoptada por el OSD, o con el laudo arbitral comunicado en su caso, el miembro perjudicado tiene la posibilidad de solicitar al OSD la aprobación de una compensación o de una suspensión de concesiones u otras obligaciones contenidas en los acuerdos abarcados, según el artículo 22 del ESD.<sup>42</sup> Este artículo establece una serie de normas para la solicitud de compensaciones o de suspensión de concesiones; normas que gradúan el tipo y el nivel de lo que los miembros pueden solicitar. Si no hay acuerdo entre ellos sobre el nivel de suspensión solicitado, o si se alega algún incumplimiento de las normas y principios del artículo 22 del ESD, el OSD paralizará la adopción de la suspensión de concesiones y se someterá la cuestión a arbitraje, *ex* artículo 22.6 del ESD.

El arbitraje del artículo 22 del ESD se aplica sólo a los supuestos de suspensión de concesiones y no a los casos de solicitud de compensaciones. El arbitraje tendrá por objeto la determinación del nivel de equivalencia entre la suspensión de concesiones solicitada y la anulación o el menoscabo sufrida. Para ello, los árbitros deberán calcular el valor aproximado del daño económico que sufre el miembro perjudicado, cuantificando el volumen de comercio que ha perdido y que es imputable a la medida que se ha declarado incompatible con las normas de la OMC. Hasta la fecha tal estimación se ha basado casi exclusivamen-

---

<sup>42</sup> El funcionamiento en profundidad de este mecanismo de la OMC se expone claramente en RUIZ FABRI, H. «Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce». En *JDI*, vol. 27, n.º 3, 2000, pp. 605-645.

te en criterios meramente cuantitativos, aunque nada en el ESD obliga a los árbitros a seguir esta orientación para hacer la estimación.<sup>43</sup>

Por otra parte, el árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones propuesta está permitida en virtud de los acuerdos de la OMC afectados. Igualmente, si las partes lo solicitan, el árbitro podrá precisar si se han seguido los principios y normas del artículo 22 del ESD en la solicitud de suspensión de concesiones.<sup>44</sup> En este último caso, el árbitro sólo tiene competencia para concretar si se cumplieron o no tales principios. De no cumplirse, deberá ser la parte implicada la que tenga que adaptar la solicitud a dichos principios.

En cuanto a la designación de los árbitros, a diferencia de lo que ocurre en la teoría general de los arbitrajes, los árbitros, en este caso, no los designan las partes. Según el artículo 22.6 del ESD, actuarán de árbitros los miembros del grupo especial, en caso de estar disponibles. Si no es posible su intervención, es el Director General el que los nombra. El nombramiento puede recaer sobre un único árbitro o sobre un grupo. El árbitro designado tendrá que cumplir con su mandato dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, aunque en la práctica suelen durar más.

---

<sup>43</sup> Laudo arbitral Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (*CE-Banano III*), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, párrafos 7.1-7.8; laudo arbitral, Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, párrafos 36-79. Contra esta teoría, consultar los laudos arbitrales de los asuntos: Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916 (*Estados Unidos-Ley 1916*), WT/DS136/ARB, párrafos 6.1-6.17, y Estados Unidos-Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (*Estados Unidos-Ley de compensación (Enmienda Byrd)*), párrafos 3.80-3.81 y 3.105 a 3.126. Cfr H. Spamann, «The Myth of «rebalancing» retaliation in WTO Dispute Settlement practice». En *Journal of International Economic Law*, 2006, vol 9, n.º 1, pp. 31-79.

<sup>44</sup> Ver artículo 22.7 del ESD.

Con respecto al tema de la carga de la prueba en el caso de este arbitraje, el ESD mantiene silencio. Los árbitros, mediante sus resoluciones, han ido definiendo qué le corresponde a la parte que reclama contra la suspensión solicitada —es decir, al miembro vencido en la controversia que aún no ha cumplido con la resolución— presentar todos los argumentos y pruebas necesarios para poder determinar que se trata de obtener una suspensión no equivalente al daño producido.<sup>45</sup> Evidentemente, el miembro perjudicado por el no cumplimiento es el que solicitará la suspensión de concesiones y se presupone que tal solicitud se ajusta a lo establecido en el artículo 22.4 del ESD. Es, por tanto, la otra parte de la diferencia la que tiene que demostrar que tal solicitud no se ajusta a derecho. En todo caso, los laudos arbitrales han afirmado que, como en otros procedimientos, a la parte que alega una circunstancia o un hecho le corresponde la obligación de probar su existencia, presentando las evidencias necesarias.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Laudo arbitral, Comunidades Europeas. Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, párrafo. 9; laudo arbitral Brasil-programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (*Brasil-Aeronaves*), Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 2.8; laudo arbitral Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» (*Estados Unidos-EVE*), Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafos 2.8 y 2.10; laudo arbitral Canadá-Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales (*Canadá-Créditos y garantías para las aeronaves*), Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 2.6.

<sup>46</sup> Laudo arbitral Comunidades Europeas-Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (*CE-Banano III*), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, párrafos 37 y 38; laudo arbitral, Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (*CE-Hormonas*), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, párrafos 9 a 11; laudo arbitral Brasil-programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (*Brasil-Aeronaves*), Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del

El laudo resultante es vinculante para las partes y tiene efecto de cosa juzgada.<sup>47</sup> Como el resto de las resoluciones que ponen fin a alguna controversia en el SSD, el laudo una vez adoptado, se deberá comunicarse al OSD y a las partes, para que se circule entre el resto de los miembros. La comunicación al OSD en este caso, además de responder a los criterios generales señalados sobre la comunicación de las resoluciones dentro del SSD, cuenta con un plus de necesidad y es que, en el caso de que una de las partes solicite nuevamente la suspensión de concesiones, el OSD tiene obligación de concederla, salvo que tal solicitud no se ajuste a lo establecido en el laudo, o que el OSD decida por consenso negativo no hacerlo.

Uno de los problemas de aplicación que plantea este arbitraje es que, si se recurre a él cuando el miembro condenado ha adoptado alguna medida en cumplimiento del informe, al mismo tiempo que se activa este arbitraje, se puede abrir un procedimiento de los del artículo 21.5 del ESD (conocido como panel sobre el cumplimiento). El ESD no deja claro qué mecanismo tiene preferencia. En los asuntos en los que se ha dado esta circunstancia, en su mayoría las partes han recurrido a firmar acuerdos bilaterales, a través de los cuales se ha determinado la preferencia en favor del panel sobre cumplimiento del artículo 21.5 del ESD. De manera que, hasta que no se terminase el procedimiento de este grupo especial, las partes se comprometían a no recurrir al arbitraje del artículo 22 del ESD. Esta misma línea ha sido la manteni-

---

artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafos 2.8 y 2.9; laudo arbitral Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» (*Estados Unidos-EVE*), Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 2.11; laudo arbitral Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales (*Canadá-Créditos y garantías para las aeronaves*), Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafos 2.6-2.8.

<sup>47</sup> El propio artículo 22.7 del ESD establece que: «Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje».

da por la jurisprudencia de la OMC, en los asuntos en los que las partes no han llegado a un acuerdo.<sup>48</sup> Excepcionalmente en algunos asuntos las partes han acordado que se desarrollasen paralelamente ambos procedimientos. Lo cual puede resultar un inconveniente, en aquellos asuntos en los que se apruebe una nueva resolución por el panel sobre el cumplimiento, que afecte al nivel de anulación o menoscabo del miembro que solicitó la suspensión.<sup>49</sup> En este supuesto, el informe del árbitro que fija dicho nivel no respetaría el principio de equivalencia y, por tanto, podría ser objeto de recurso.

Desde otra perspectiva, el beneficio del recurso a las medidas de retorsión contenidas en el artículo 22 del ESD es más teórico que práctico, sobre todo en el caso de los países en desarrollo, dado que su adopción puede implicar más un perjuicio económico que un beneficio.<sup>50</sup> De ahí es uso limitado de este artículo en comparación con la actividad general del SSD.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Ver RHODES, S.A. «The Article 21.5/22 problem: Clarification Through bilateral agreements?». En *Journal of International Economic Law*, vol. 3, 2000, pp. 553-558. Asunto Canadá-Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos (*Canadá-Productos lácteos*), Entendimiento complementario entre el Canadá y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD, documento WT/DS103/24; Asunto Estados Unidos-Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (*Estados Unidos-Juegos de azar*), Acuerdo entre Antigua y Barbuda y los Estados Unidos, con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD, documento WT/DS285/16.

<sup>49</sup> Asunto Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» (*Estados Unidos-EVE*), Entendimiento entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD, documento WT/DS108/12.

<sup>50</sup> Ver BRONCKERS M. y N. VAN DER BROCK. «Financial compensation in the WTO. Improving remedies of WTO dispute settlement». En *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n.º 1, 2005, pp. 101-126.

<sup>51</sup> A finales de diciembre de 2006, el número de informes adoptados por los grupos especiales era de 108 y los informes circulados por el Órgano de Apelación, 76. El número de laudos arbitrales del artículo 21.3.c) aprobados ascendía a 23, mientras que sólo se habían adoptado 9 laudos del artículo 22.6 del ESD. De los cuatro

Por otra parte, el arbitraje en sede de este artículo sólo se aplica a la suspensión de concesiones y no a las compensaciones. Hay una parte de la doctrina, y de la membresía, que considera que sería beneficioso su aplicación igualmente a las compensaciones, en iguales términos que los establecidos para la suspensión.<sup>52</sup> Esto haría que el mecanismo de compensación fuese más flexible y se recurriese más a él, limitándose el uso de las suspensiones, que son una medida más traumática para el comercio, y que como el propio ESD puntualiza, deben ser el último recurso.<sup>53</sup>

#### 1.4. Arbitrajes especiales fuera del ESD

Una de las intenciones de los Estados miembros al crear la OMC, y traspasarle a ésta todo lo que había sido el sistema del GATT, fue la de unificar los mecanismos de solución de diferencias que se empleaban dentro del sistema comercial multilateral y situarlos todos bajo el ESD. A pesar de esta buena intención, algunos acuerdos continúan conteniendo cláusulas especiales de resolución de conflictos, cuya aplicación es preferente frente al ESD. Por lo que respecta al arbitraje, hay dos

---

países que solicitaron arbitraje conforme a este artículo sólo uno de ellos era país en desarrollo, Brasil. Cfr. K. Leitner y S. Lester, «WTO Dispute Settlement 1995-2006, A Statistical Analysis». En *Journal of International Economic Law*, 2007, vol. 10, n.º 1, pp. 165-179; y el apartado de Solución de Diferencias, [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>52</sup> Ver FUKUNAGA, Y. «Securing compliance through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of the DSB Recommendations». *Op. cit. supra*, p. 413. Este autor cita como ejemplo el acuerdo de compensación al que se llegó en el asunto *Estados Unidos-Sección 110(5)*, el cual fue fijado por un arbitraje de los del artículo 25 del ESD. En cuanto a las propuestas de los miembros que apoyan esta mejora del artículo 22, consultar las propuestas de la CE (TN/DS/W/1), la de Japón (TN/DS/W/32) y la de Ecuador (TN/DS/W/9).

<sup>53</sup> En este sentido, el artículo 3.7. *in fine* establece que:  
«[...] El último recurso previsto en el presente Entendimiento para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas».

<sup>54</sup> Las subvenciones de productos primarios se encuentran reguladas en el Acuerdo

acuerdos anexo al Acuerdo sobre la OMC que contienen arbitrajes especiales: el Acuerdo sobre Subvenciones y Médicas Compensatorias (en adelante Acuerdo SMC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, más conocido por sus siglas en inglés GATS (en adelante GATS).

De los cinco supuestos de arbitraje que contienen estos acuerdos, hasta la fecha sólo uno de ellos se ha aplicado, el del artículo 4 del Acuerdo SMC, y probablemente, esta tendencia no cambie. Como se analiza a continuación, en estos casos, al igual que en los supuestos generales del ESD ya estudiados, se trata de arbitrajes que aparecen en momentos puntuales de la resolución de las controversias, para evitar que se bloquee la diferencia y permitir que ésta pueda llegar a buen fin.

#### *a) El arbitraje en el Acuerdo SMC*

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias es el acuerdo que establece el régimen por el que se regulan las subvenciones concedidas a productos no primarios.<sup>54</sup> Tres de sus artículos hacen referencia al uso del arbitraje en el contexto de las subvenciones: el artículo 4, para las subvenciones prohibidas, el artículo 7, para las subvenciones recurribles y el artículo 8, para las no recurribles.

El artículo 4 del Acuerdo SMC detalla las acciones que deben seguir los miembros cuando crean que otra parte está concediendo o manteniendo subvenciones prohibidas por el acuerdo.<sup>55</sup> El procedimiento fijado por este artículo sigue el desarrollo normal de las controversias

---

sobre la Agricultura. Por su parte, el régimen de las subvenciones que afectan a los servicios se fija en el GATS. Como estudio en profundidad de las subvenciones en el ámbito de la OMC, se recomiendan LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID G.E., *El derecho de las subvenciones en la OMC* Madrid: Marcial Pons, 2006; y K. ADAMANTOPOULOS y M.J. PEREYRA-FRIENDRICHSEN, *EU Anti-Subsidy Law & Practice*, 2ª Edition, Sweet & Maxwell, 2007.

<sup>55</sup> Artículo 4.1 del Acuerdo SMC.



señalado en el ESD, es decir, primero se tendrán que entablar consultas entre las partes; de no resolverse la diferencia mediante éstas, se pasará al establecimiento de un grupo especial, y en último caso, se invocará el recurso al Órgano de Apelación.<sup>56</sup>

Dentro de la fase de cumplimiento, si el informe que se adopte en la diferencia ha considerado que la subvención es de las prohibidas por el acuerdo y el miembro condenado no cumple con la resolución del informe en el plazo establecido, la otra parte podrá solicitar al OSD la adopción de «*contramedidas apropiadas*», según el apartado 10 del artículo 4. Cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre las contramedidas a adoptar, recurrirán al arbitraje del artículo 22.6 de ESD. No obstante, en este caso al árbitro se le otorga un mandato más amplio, puesto que, además del mandato que le corresponde por el artículo 22.6 del ESD, el apartado 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC le permite «*determinar si las contramedidas son apropiadas*». De manera que, la labor del árbitro en este contexto consistirá en: 1) determinar si la contramedida es apropiada y 2) precisar si el nivel de suspensión solicitado es equivalente a la anulación y en el menoscabo.<sup>57</sup>

El artículo 4.11 constituye una norma especial, que se aplica junto con el artículo 22.6 del ESD y que prevalece sobre éste en caso de existir algún conflicto en la aplicación de ambas normas.<sup>58</sup> Dicho de otro modo, las conclusiones a las que lleguen los árbitros al analizar si las contramedidas son apropiadas, prevalecen sobre aquéllas que se

---

<sup>56</sup> A diferencia del procedimiento general, el grupo especial estará asistido por el Grupo Permanente de Expertos en subvenciones, regulado en el artículo 24 del Acuerdo SMC.

<sup>57</sup> Laudo arbitral Brasil-programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (*Brasil-Aeronaves*), Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 3.18.

<sup>58</sup> Laudo arbitral Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» (*Estados Unidos-EVE*), Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 2.6.

deriven del análisis del nivel de equivalencia.<sup>59</sup> Por otra parte, según el apartado 12 de este mismo artículo, los plazos para el desarrollo del procedimiento señalados en el ESD se reducirán a la mitad en los asuntos de subvenciones prohibidas.

En el artículo 7 del Acuerdo SMC, de manera similar al artículo 4, se fijan las acciones que pueden tomar los miembros cuando piensen que las subvenciones que concede o mantiene otro miembro causan daño a una rama de su producción nacional (subvenciones recurribles). Como en el caso anterior, si en la fase de cumplimiento fuese necesario recurrir a una contramedida, se activará el artículo 22.6 del ESD, ampliándose también en este caso el mandato del árbitro. Así, según el apartado 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC, el árbitro, además de establecer si el nivel de la suspensión de concesiones es equivalente, deberá determinar «*si las contramedidas son proporcionales al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado*».<sup>60</sup>

Por último, el artículo 8 del Acuerdo SMC regula unas subvenciones especiales permitidas, que se califican como no recurribles. Se trata de subvenciones concedidas para I+D, destinadas a regiones desfavorecidas, u otorgadas para modernizar instalaciones existentes. A pesar de considerarse no recurribles, según el artículo 9 del Acuerdo SMC, si la aplicación de estas subvenciones causa un daño grave a otro miembro, éste podrá presentar una reclamación, primero solicitando consultas, con el miembro que está aplicando la subvención que le daña, y después sometiendo la cuestión a la revisión del Comité de Sub-

---

<sup>59</sup> Laudo arbitral Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» (*Estados Unidos-EVE*), Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafos 5.23 y 5.49; Laudo arbitral Brasil-programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (*Brasil-Aeronaves*), Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y al párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, párrafo 3.47 y 3.57.

<sup>60</sup> Hasta la fecha no existe jurisprudencia de este artículo.

venciones y Medidas Compensatorias (en adelante Comité SMC). El Comité SMC, que es un órgano político compuesto por representantes de todos los miembros, tiene la obligación de revisar la petición del miembro reclamante, siguiendo lo dispuesto en el artículo 8.4, y determinar lo antes posible si las subvenciones recurridas cumplen con los criterios del acuerdo o, en otro caso, si deben ser modificadas.

Si el Comité SMC no formula conclusiones sobre lo que se le solicita, o si no se está de acuerdo con las determinaciones del Comité SMC, así como si en particular alguna de las subvenciones infringe las condiciones enunciadas en este mismo artículo, cualquier miembro podrá someter la cuestión a un arbitraje, *ex* artículo 8.5 del Acuerdo SMC. El Comité SMC fijó en 1998 el procedimiento que debería seguir dicho arbitraje.<sup>61</sup> Este procedimiento, cuyo espíritu era el de facilitar el desarrollo de este arbitraje y aumentar la transparencia del sistema, desvirtúa una de las esencias del arbitraje, cual es el hecho de que las partes se sientan más dueñas del proceso y diseñen, según sus necesidades y las circunstancias del caso, el *iter* del arbitraje para la controversia.

Hay que señalar que según el artículo 31 del Acuerdo SMC, la vigencia de los artículos 8 y 9 del dicho acuerdo era temporal —cinco años—. Transcurrido este período de tiempo, los miembros tendrían que llegar a un acuerdo para su prórroga. El plazo se cumplió en diciembre de 1999, sin que se lograra tal acuerdo en las reuniones del Comité SMC,<sup>62</sup> por lo que se entiende que este tipo de subvenciones han caducado y deben ser eliminadas.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Documento G/SCM/19.

<sup>62</sup> Consultar las actas de las reuniones del Comité de esas fechas, contenidas en los documentos G/SCM/M/18, G/SCM/M/20, G/SCM/M/22, G/SCM/M/24.

<sup>63</sup> *Cfr.* G.E. Luengo Hernández de Madrid, *El derecho de las subvenciones en la OMC*, pp 200-202.

b) *El arbitraje en el GATS*

Los intercambios comerciales de servicios que lleven a cabo los miembros de la OMC deberán seguir las normas del GATS.<sup>64</sup> Dos de sus artículos contienen cláusulas sobre el uso del arbitraje en sede del comercio de servicios: el artículo XXI, dedicado a la modificación de las Listas de Compromisos Específicos, y el artículo XXII, que regula el mecanismo de consultas.<sup>65</sup>

En el caso de la modificación de las Listas de Concesiones del artículo XXI del GATS, los miembros podrán recurrir al arbitraje si, al plantearse una modificación ante el Consejo del Comercio de Servicios por alguno de los miembros, éste no consigue llegar a un pacto con cualquier otro miembro en cuanto al acuerdo compensatorio que van a aplicar. Todo miembro afectado deberá participar en este arbitraje. El recurso al arbitraje deja en suspenso la retirada de las concesiones y, una vez emitido el laudo, sus conclusiones deberán ser respetadas por los miembros.<sup>66</sup> En caso de no cumplir el miembro modificante con lo que establezca la resolución arbitral, el miembro afectado podrá retirar o modificar ventajas equivalentes a las conclusiones no cumplidas.

Por otra parte, las diferencias que puedan surgir entre los miembros sobre la determinación de si una medida está abarcada por un acuerdo de doble imposición establecido entre ellos, deberán

---

<sup>64</sup> Como estudio general del GATS se recomienda M. López Escudro, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*. Madrid: Tecnos, 1996; R. García López, *La liberalización del comercio de servicios en la OMC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; WTO Secretariat, *A Handbook on the GATS Agreement*, Cambridge University Press, London, 2006.

<sup>65</sup> Cfr. W. Zdouc, «WTO Dispute Settlement practice relating to the GATS». En *Journal of International Economic Law*, vol 2, n.º 2, 1999, pp. 295-346.

<sup>66</sup> El Consejo del Comercio de Servicios dando cumplimiento al mandato del artículo 8.5 del GATS aprobó en julio de 1999 el procedimiento para la modificación de Listas de Concesiones, donde también se fija la estructura básica del arbitraje a seguir en estos casos. Tal información se encuentra en el documento S/L/80.

sustanciarse según lo prescrito en el párrafo 3 del artículo XXII del GATS. De acuerdo con este artículo, las partes primero entablarán consultas y, en caso de ser infructuosas, plantearán la cuestión ante el Consejo del Comercio de Servicios, que tiene la obligación de remitir el asunto a un arbitraje, obligatorio y vinculante para los miembros. El GATS no especifica nada más sobre la sustanciación de este arbitraje y hasta hoy no hay práctica sobre este artículo. Previsiblemente, de activarse este arbitraje, se le aplicará la teoría general de arbitrajes, con las limitaciones señaladas para el arbitraje del artículo 25 del ESD.

#### *1.5. La situación del arbitraje en el contexto de la Ronda del Desarrollo o Ronda Doha*

La Declaración de Doha de 2001, que inicia una nueva Ronda de Negociaciones Multilaterales, incluye entre sus mandatos negociadores la revisión del ESD.<sup>67</sup> Sobre esta base, los Miembros comenzaron a presentar y a discutir sus diferentes propuestas de mejora del ESD a partir de enero de 2002. Hasta la fecha han sido pocos los avances de las negociaciones en general, incluido el ámbito de SSD, por lo que actualmente las negociaciones siguen muy abiertas. No obstante, se pueden trazar unas líneas básicas, que más o menos se han seguido en las discusiones de la reforma del ESD desde su inicio, y que probablemente serán las que finalmente se acepten en el resultado de la Ronda de Doha.

Las reformas, que parecen contar con más apoyos en el ámbito de la solución de diferencias, siguen la denominada tendencia legalista del SSD iniciada en la Ronda Uruguay, es decir, triunfan las propuestas que pretenden fortalecer los mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de solución de conflictos. En este sentido, las discusiones se han centrado en la mejora del funcionamiento del sistema de paneles y del Órgano de Apelación, el fortalecimiento de la fase de cumplimiento, la flexibilidad y el control por parte de los Miembros del SSD, la aplicación del principio de trato especial y diferenciado dentro

---

<sup>67</sup> Consultar WT/MIN(01)/DEC/1, p. 30.

del SSD, el uso de la información de carácter estrictamente confidencial, la precisión de los derechos de las terceras partes, el tema de la economía procesal y las cuestiones relacionadas con la transparencia.<sup>68</sup>

En lo que afecta al arbitraje, este mecanismo de solución de diferencias va a mantener el mismo peso que tenía y que es el que los miembros diseñaron en la Ronda Uruguay. En general, las reformas que le afectan no se deben a que los miembros están interesados en aumentar su presencia en el SSD, sino que, al hilo de otros cambios del funcionamiento del SSD, es necesario alterar el empleo que del arbitraje se hacía hasta ahora en este contexto.

---

<sup>68</sup> Todos estos temas son los que se están debatiendo en las últimas consultas informales que han mantenido los miembros sobre la reforma del ESD, según el informe del presidente del OSD reunido en sesión extraordinaria para las negociaciones, documento TN/DS/20.

Las diferentes propuestas de los miembros para mejorar el ESD se pueden consultar en la página web de OMC. Igualmente resultan ilustrativos el informe de P. SUTHERLAND *et alt.*, «The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium», *Report by the Consultative Board to the former Director-General Supachai Panitchpakdi*, World Trade Organization, 2004, [http://www.wto.org/English/thewto\\_e/10anniv\\_e/future\\_wto\\_e.pdf](http://www.wto.org/English/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.pdf); T. COTTIER, «The WTO permanent panel body: a bridge too far?», *Journal of International Economic Law*, vol 6, n.º 1, 2003, pp 187-202; W.J. DAVEY, «The case for a WTO permanent panel body», *Journal of International Economic Law*, vol 6, n.º 1, 2003, pp. 177- 186; W.J. DAVEY, «The Sutherland Report on Dispute Settlement: a Comment». En *Journal of International Economic Law*, vol 8, n.º , 2005, pp 321-328; F. Roessler, «Comment on a WTO Permanent panel body», *Journal of International Economic Law*, vol 6, n.º1, 2003, pp. 230-235; D.P. Steger, «WTO Dispute Settlement: systemic issues», en [http://www.international.gc.ca/eet/research/TPR-2005/TPR-2005\\_Chapter\\_03\\_-\\_Steger.pdf](http://www.international.gc.ca/eet/research/TPR-2005/TPR-2005_Chapter_03_-_Steger.pdf).

Las propuestas de algunos países en desarrollo discurren justo en sentido contrario, es decir, tratan de fortalecer el recurso a los medios no jurisdiccionales contenidos en el artículo 5 del ESD. En este sentido, consultar los documentos TN/DS/W/16, propuesta Paraguay, TN/DS/W/43, propuesta Jordania.

Así, por ejemplo, dentro de la fase de cumplimiento, con respecto a las reformas que afectan al arbitraje del artículo 21.3.c), la mayoría de las propuestas de los miembros se orientan a reducir el tiempo necesario para la determinación del plazo prudencial, llegando a plantearse en algunos casos la posibilidad de que sea el grupo especial, en el propio informe, el que lo señale. De esta forma, se alega que, en caso de incumplimiento, no se retrasará la posibilidad de activar las medidas del artículo 22 del ESD.<sup>69</sup> No obstante, el único documento elaborado por el presidente hasta la fecha, sólo recoge las propuestas de reducción del tiempo para la determinación del plazo prudencial.<sup>70</sup> Igualmente, dicho documento recalca la necesidad de tener en cuenta las circunstancias especiales de los países en desarrollo en el contexto del artículo 21.3, reforzando la aplicación del principio de trato especial y diferenciado que les corresponde. Finalmente, como futura novedad se incluye también en este artículo la determinación de los plazos de los artículos 4.7 y 7.9 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

En cuanto a las modificaciones del arbitraje del artículo 22 del ESD, las propuestas se dirigen, por un lado, a clarificar la secuencia de aplicación de los mecanismos de los artículos 21.5 y 22 del ESD, recogiendo el orden que en el desarrollo de la práctica se les está dando.<sup>71</sup> Y por otro lado, pretenden aligerar la determinación del nivel de anulación y menoscabo. En este sentido, se baraja la posibilidad de que las partes puedan recurrir al arbitraje del actual artículo 22.6 del ESD incluso antes de que se solicite el establecimiento del plazo prudencial, desde la adopción del informe por el OSD hasta la presentación de la solici-

---

<sup>69</sup> Consultar los documentos TN/DS/W/32, propuesta de Japón; TN/DS/W/33, propuesta de Ecuador; TN/DS/W/38, propuesta CE; TN/DS/W/43, propuesta de Jordania; TN/DS/W/49, propuesta de Australia.

<sup>70</sup> Documento TN/DS/9, artículo 21, párrafo 3.

<sup>71</sup> Documento TN/DS/M/20, Acta de la sesión extraordinaria del OSD celebrada en el Centro William Rappard, 22 de octubre de 2004, para 5-13; TN/DS/W/43, propuesta de Jordania. *Vid supra* apartado 3.b) El arbitraje empleado en la determinación del nivel o naturaleza de las suspensiones (Artículo 22.6 y 7 del ESD), *in fine*.

tud de suspensión de concesiones.<sup>72</sup> Además se pretende incluir un nuevo párrafo en el artículo 22 —párrafo 9.d) en principio— de acuerdo con el cual se pueda solicitar un nuevo arbitraje, de forma rápida, para la determinación de un nuevo nivel de anulación o menoscabo, que sea conforme con lo dispuesto en la resolución del grupo especial sobre el cumplimiento, del actual artículo 21.5 —previsiblemente futuro artículo 21 *bis*—. <sup>73</sup>

El arbitraje del artículo 25 del ESD, como mecanismo alternativo al sistema de paneles, está pasando desapercibido por las negociaciones y no se ha propuesto ninguna reforma sobre el mismo. En la propuesta de Australia, se sugería la inclusión del recurso a este mecanismo, pero no como alternativa al sistema de paneles, sino para los supuestos en los que, dentro del contexto del artículo 22, se solicitasen compensaciones por los terceros intervinientes. En esta línea, Australia proponía para este caso recurrir al arbitraje rápido del artículo 25, cuyo objeto sería determinar si éstos tienen derecho a la compensación o no.<sup>74</sup> Igualmente, en la propuesta del grupo africano se planteaba el uso del arbitraje del artículo 25 para la determinación de la cuantía del daño que sufre un país en desarrollo o menos adelantado, en el contexto de la reforma del artículo 3.6 en lo relativo a la retirada de las medidas antes o durante el desarrollo de las consultas.<sup>75</sup> Sin embargo, tales propuestas han sido apartadas de las negociaciones por ahora.

Cabe señalar, finalmente, que una de las novedades que se están negociando y que afectan al arbitraje es la que se refiere a la posibilidad que plantean algunos miembros de que los árbitros reciban co-

---

<sup>72</sup> Documento TN/DS/9, artículo 22, párrafo 1 *bis*; TN/DS/W/22, propuesta de Japón; TN/DS/W/91, propuesta de México.

<sup>73</sup> Documento TN/DS/9, artículo 22; documento TN/DS/M/32, Acta de la sesión extraordinaria del OSD celebrada en el Centro William Rappard, 24-25 de abril de 2006, para 5; TN/DS/W/32, propuesta de Japón, resultado de su coordinación con la CE.

<sup>74</sup> Documento TN/DS/W/49, propuesta de Australia.

<sup>75</sup> Documento TN/DS/W/42



municaciones confidenciales, según lo establecido en el artículo 18 del ESD; artículo que sólo se aplicaba a los grupos especiales y al Órgano de Apelación.<sup>76</sup>

### 1.6. Consideraciones finales

Como se demuestra a lo largo del artículo, el uso del arbitraje en el contexto de la OMC tiene éxito en la medida en que se integra en el funcionamiento general del SSD. Al crearse la OMC y estructurarse de forma más sistemática las soluciones de diferencias, el arbitraje se situó como mecanismo bisagra —artículo 21.3.c) y artículo 22.6 y 22.7 del ESD— para evitar el bloqueo del sistema y que éste lograra su fin último, cual es que los miembros pongan su normativa interna de acuerdo con lo establecido en los acuerdos multilaterales. En este sentido, los arbitrajes de los artículos 21.3.c), 22.6 y 22.7 del ESD cumplen perfectamente su misión.

Por lo que respecta al arbitraje del artículo 25 del ESD, es decir, el arbitraje como mecanismo alternativo al sistema de grupos especiales, aún hay cuestiones sobre su uso que están sin resolver. Así, por ejemplo, no se ha definido si los miembros tienen que firmar acuerdos de recurso al arbitraje *ad-hoc*, o podrían también recurrir a la firma de un acuerdo general de sometimiento a arbitraje de todas las diferencias futuras que pudieran surgir. El escaso peso de este arbitraje explica la poca importancia, por no decir nula, que los miembros le han concedido a su regulación. A corto y medio plazo no es previsible que este mecanismo vaya a cambiar su ritmo de aplicación. Evidentemente, *pro futuro* nada impediría que se convirtiera en el mecanismo central de solución de diferencias, si en algún momento se llegase a dar el hipotético caso de que se colapsara el recurso a los grupos especiales. Desde una perspectiva más realista, este arbitraje puede ir adquiriendo relevancia como medio para determinar cuestiones puntuales y accidentales de las diferencias. Por otra parte, es igualmente factible que se perfilara como medio atractivo de solución de controversias, alternativo al

<sup>76</sup> Documento TN/DS/9, artículo 18, párrafo 2; documento TN/DS/W/41, propuesta de Canadá.

sistema de paneles, para los países en desarrollo, por tratarse de un mecanismo más rápido y menos costoso.

El análisis comparado del desarrollo de los arbitrajes dentro de la OMC con los arbitrajes que siguen la teoría general del derecho sobre la materia en otros foros, revela que las características especiales de este mecanismo en la OMC —eliminación de la posibilidad de elección del derecho aplicable, aplicación a los árbitros de las normas de conducta empleadas para otros terceros que resuelven controversias en el SSD, comunicación obligatoria del laudo al OSD— se orientan a limitar parte de la independencia propia de este mecanismo, en beneficio del mejor funcionamiento del sistema multilateral comercial dentro del cual se sitúa.

Anexo: Listado de laudos adoptados en la OMC

ANEXO: LISTADO DE LAUDOS ADOPTADOS EN LA OMC  
(Datos hasta diciembre de 2006)<sup>77</sup>

| Nombre de la diferencia                                                                                                                                     | Título abreviado                                                                                   | Número | Laudo del artículo 21.3.c) | Laudo del artículo 22 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|----------------------------|-----------------------|
| República Dominicana-Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos                                                                    | República Dominicana Importación y venta de cigarrillos                                            | DS302  | Sí                         | No                    |
| Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados                                                                   | CE-Trozos de pollo                                                                                 | DS286  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas                                                  | Estados Unidos-Juegos de azar                                                                      | DS285  | Sí                         | No                    |
| Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados                                                                   | CE-Trozos de pollo                                                                                 | DS269  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Exámenes por extinción de los derechos anti-dumping impuestos a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina | Estados Unidos-Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos | DS268  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá                                    | Estados Unidos-Madera blanda V                                                                     | DS264  | Sí                         | No                    |

<sup>77</sup> Fuente: Elaboración propia sobre los datos obtenidos del apartado Solución de Diferencias página web OMC (visita 30 de julio de 2006). [www.wto.org](http://www.wto.org).

| Nombre de la diferencia                                                                                                                         | Título abreviado                                   | Número | Laudo del artículo 21.3.c) | Laudo del artículo 22 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|--------|----------------------------|-----------------------|
| Comunidades Europeas- Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo                                     | CE-Preferencias arancelarias                       | DS246  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos- Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000                                    | Estados Unidos-Ley de compensación (Enmienda Byrd) | DS234  | Sí                         | Sí                    |
| Canadá-Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales                                                         | Canadá-Créditos y garantías para las aeronaves     | DS222  | No                         | Sí                    |
| Estados Unidos-Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000                                     | Estados Unidos-Ley de Compensación (Enmienda Byrd) | DS217  | Sí                         | Sí                    |
| Chile-Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas                                       | Chile-Sistema de bandas de precios                 | DS207  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea | Estados Unidos-Tubos                               | DS202  | Sí                         | No                    |
| Canadá-Período de protección mediante patente                                                                                                   | Canadá-Período de protección mediante patente      | DS170  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Ley Antidumping de 1916                                                                                                          | Estados Unidos-Ley de 1916                         | DS162  | Sí                         | No                    |

| Nombre de la diferencia                                                                                  | Título abreviado                                              | Número | Laudo del artículo 21.3.c) | Laudo del artículo 22 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|--------|----------------------------|-----------------------|
| Estados Unidos-Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos                       | Estados Unidos-Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor | DS160  | Sí                         | Sí                    |
| Argentina-Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados | Argentina-Pieles y cueros                                     | DS155  | Sí                         | No                    |
| Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil                                     | Canadá-Automóviles                                            | DS142  | Sí                         | No                    |
| Canadá-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil                                     | Canadá-Automóviles                                            | DS139  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Ley antidumping de 1916                                                                   | Estados Unidos-Ley de 1916                                    | DS136  | Sí                         | Sí                    |
| Canadá-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos                                        | Canadá-Patentes para productos farmacéuticos                  | DS114  | Sí                         | No                    |
| Chile-Impuestos a las bebidas alcohólicas                                                                | Chile-Bebidas alcohólicas                                     | DS110  | Sí                         | No                    |
| Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»                         | Estados Unidos-EVE                                            | DS108  | No                         | Sí                    |
| Chile-Impuestos a las bebidas alcohólicas                                                                | Chile-Bebidas alcohólicas                                     | DS87   | Sí                         | No                    |
| Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas                                                                | Corea-Bebidas alcohólicas                                     | DS84   | Sí                         | No                    |
| Corea-Impuestos a las bebidas alcohólicas                                                                | Corea-Bebidas alcohólicas                                     | DS75   | Sí                         | No                    |
| Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil                                  | Indonesia-Automóviles                                         | DS64   | Sí                         | No                    |

| Nombre de la diferencia                                                         | Título abreviado             | Número | Laudo del artículo 21.3.c) | Laudo del artículo 22 |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------------------------|--------|----------------------------|-----------------------|
| Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil         | Indonesia-Automóviles        | DS59   | Sí                         | No                    |
| Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil         | Indonesia-Automóviles        | DS55   | Sí                         | No                    |
| Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil         | Indonesia-Automóviles        | DS54   | Sí                         | No                    |
| Comunidades Europeas-Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)        | CE-Hormonas                  | DS48   | Sí                         | Sí                    |
| Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves             | Brasil-Aeronaves             | DS46   | No                         | Sí                    |
| Comunidades Europeas-Régimen de la importación, venta y distribución de bananos | CE-Banano III                | DS27   | Sí                         | Sí                    |
| Comunidades Europeas-Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)        | CE-Hormonas                  | DS26   | Sí                         | Sí                    |
| Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón                        | Australia-Salmón             | DS18   | Sí                         | No                    |
| Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas                                   | Japón-Bebidas alcohólicas II | DS11   | Sí                         | No                    |
| Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas                                   | Japón-Bebidas alcohólicas II | DS10   | Sí                         | No                    |
| Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas                                   | Japón-Bebidas alcohólicas II | DS8    | Sí                         | No                    |

## LOS AUTORES

### RAMÓN ESCALER BASCOMPTE

El profesor Escaler es Licenciado en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (1997), Postgraduado en prueba judicial en la Universidad de Barcelona (1998) y Doctor en Derecho con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad en la Universidad Pompeu Fabra (2002) con la tesis doctoral «La administración judicial», bajo la dirección del Dr. Francisco Ramos Méndez.

Es autor de los libros *La administración judicial* (2004) y *El desahucio por falta de pago* (2006), ha realizado estancias de investigación en *The Trinity College Dublin* (Irlanda) y sus líneas de investigación son las medidas cautelares, la ejecución, la atención a la víctima y los juicios declarativos especiales.

El Doctor Escaler en la actualidad es profesor de Derecho procesal en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

### JULIÁN-PEDRO GONZÁLEZ VELASCO

El profesor González Velasco es Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid (Premio extraordinario, Premio Lasalle Boluda y Premio del Ayuntamiento de Valladolid al mejor expediente académico) y obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la *Università de Bologna* (Italia) y el Premio Extraordinario Mario Jacchia a la mejor tesis Derecho Privado.

Entre sus publicaciones más importantes destacan sus trabajos sobre las partes en los procesos sobre seguridad social, nuevas técnicas y su utilización en la práctica de la prueba testifical en el proceso laboral, el proceso para la declaración y los procedimientos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, los principales actos procesales en los procesos para la declaración en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la audiencia al rebelde.

En la actualidad el doctor González es Director del Área de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

El profesor González García es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Investigador en *Harvard University* (1994) y el Instituto Universitario Europeo (2001).

Entre sus publicaciones más relevantes se encuentran «*Sociedades estatales de obras públicas*» (en prensa), «*Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*» (2007), «*Sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Selección, prólogo, notas introductorias, traducción y epílogo*», (en coautoría con Miguel Beltrán de Felipe) (2005) (2ª Edición, 2006); «*Infraestructuras de telecomunicaciones y Corporaciones locales*» (2003); «*La revisión extraordinaria de sentencias contencioso-administrativas*» (2.000); «*La titularidad de los bienes del dominio público*» (1998) y «*El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los EE.UU. de América*» (1996).

Ha dirigido, asimismo, *Derecho de los bienes públicos* (2003) y el *Diccionario de bienes y obras públicas* (2007).

En la actualidad, el Doctor González es Profesor Titular de Derecho administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, Universidad de la que es su Secretario General desde 2003.



BEATRIZ DÍAZ MADRERA

Es Licenciada en Derecho (2000) y Doctora *cum laude* por unanimidad, por la Universidad de Oviedo (2005).

Ha formado parte, como personal investigador, en diversos proyectos universitarios financiados por instituciones públicas, en materia de aguas y organización administrativa.

En la actualidad, ejerce como abogada, desempeñando el cargo de Directora del Área de Derecho Administrativo de la firma Junceda & Medina Abogados, S.L., con sedes en Barcelona, Oviedo, Elche, Murcia y Granada.

Ha obtenido, en el año 2006, el segundo premio de Estudios Financieros en Derecho Administrativo, por el trabajo «*Imputación del daño responsabilidad objetiva y jurisdicción en las actividades contratadas por la Administración educativa*».

Es autora de distintas monografías y artículos sobre Derecho Administrativo, habiendo participado en foros académicos y profesionales. Recientemente, en julio del año 2007, ha sido editado su último libro, la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito educativo.

FRANCISCO JAVIER JUNCEDA MORENO

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo (1993), alcanzó el grado de Doctor por la Universidad de Valladolid, con la defensa de la tesis «*Minería, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Un intento de sistematización jurídica*», calificada con Sobresaliente «*Cum Laude*» por unanimidad (1999).

Es autor de 16 monografías y volúmenes colectivos y de 36 artículos, comentarios jurisprudenciales y recensiones y de varios libros *Cues-*

*tiones Medioambientales* (1999), *Derecho Ambiental. Guía jurisprudencial de legislación y procedimiento* (2002), *Diccionario de términos básicos ambientales* (2002), *Comentarios a la Ley 1/2005 de 9 de marzo, de comercio de emisión de gases de efectos invernadero y a restante normativa de aplicación del Protocolo de Kioto* (2005), entre otros. Asimismo, es Coordinador del libro *Temas Actuales de Derecho Administrativo*.

Fue Miembro del equipo redactor del «*Informe de las Comunidades Autónomas*», elaborado por el *Instituto de Derecho Público* por encargo y patrocinio del Senado y las Comunidades Autónomas. (1998-2001).

El Doctor Junceda es profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña y Miembro de la Academia Asturiana de Jurisprudencia.

#### ROSA MARÍA VENTAS SASTRE

La profesora Rosa María Ventas es Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad, universidad en la que obtuvo en el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho el título de Especialista en Criminología y Magíster en Criminología.

En la actualidad, la doctora Ventas es profesora de Derecho penal en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

#### MIGUEL ÁNGEL DÁVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS

Es Licenciado en Derecho y Diplomado en Asesoría de Empresas (E-1), por la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, calificado con Sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Ha impartido clases de grado en las Facultades de Derecho de varias Universidades, tanto públicas como privadas.

Abogado en ejercicio desde 1995, es asesor de varias empresas y asociaciones y ha sido Asesor de la Senadora Vicepresidenta de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara Alta para temas legales relacionados con las nuevas tecnologías.

Es Socio de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y miembro de *The International Institute of Informatics and Systemics* (IIS).

Actualmente es profesor de su especialidad en varios Master y múltiples cursos y seminarios de varias Universidades y empresas, con múltiples colaboraciones en distintas publicaciones, tanto en español como en inglés.

#### MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS

La profesora Pilar Perales se licenció por la Universidad Autónoma de Madrid (1991), y obtuvo el grado de Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (1996) con Premio Extraordinario.

Fue *Visiting Scholar* en las Universidades de Columbia, Arizona y Pace, donde asimismo fue *Adjunct Professor of Law* y ha sido Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

En su trayectoria, obtuvo el Primer Premio La Ley para el mejor artículo jurídico en profesionales (1996), el Primer Premio para el mejor artículo jurídico en la categoría mercantil otorgado por Datadiar (2000) y el Primer Premio del Tribunal Arbitral de Barcelona (2005) por su trabajo «Arbitrabilidad de los derechos de propiedad industrial y de la competencia». Ha sido también conferenciante y profesora invitada en diversos foros y universidades como Columbia y Arizona (USA),

Panamericana (México) y Queensland (Australia).

Es autora de diversos libros como *La Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías* (1996), *La Separación de Socios y Partícipes* (2000), *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital* (2001) y *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme* (2003) en coautoría con el profesor Rafael Illescas Ortiz.

La Doctora Perales es Delegada de España ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators* (MCI Arb), de la *International Academy of Commercial and Consumer Law* (IACCL) y en la actualidad es Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de La Rioja.

#### MARTA GONZALO QUIROGA

La profesora Marta Gonzalo es Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca (1995), cursó el cuarto año de su carrera en la Universidad de Siena (Italia) y se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2001) con la calificación máxima de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Es Abogada, colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, es especialista en contratación internacional, derecho del comercio internacional y arbitraje comercial internacional y ha venido impartiendo distintas asignaturas en varias titulaciones Universitarias, como «Derecho e Instituciones del Comercio Internacional», «Nacionalidad Extranjería y Ciudadanía Europea», «Derecho Internacional Privado», «Derecho de los Negocios internacionales», «Derecho del Comercio Internacional», «*Practicum* de Derecho Internacional Privado», «Métodos alternativos de solución de conflictos», «Cláusulas y procedimientos arbitrales» y los Cursos de Doctorado de «Derecho Privado Europeo» y «Nuevos retos del comercio internacional». Asimismo, es

docente en diversos Masters y en diferentes Cursos organizados por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Escuela Diplomática.

Ha sido también nombrada árbitro internacional (2006) y ha realizado diversas estancias de investigación en centros extranjeros, entre los que destacan, el *Institut of Advanced Legal Studies —IALS—* en Londres, la Cámara de Comercio Internacional —CCI— y la OCDE en París, el *Asser Institut* de la Haya y la Universidad de *Leiden* en los Países Bajos, las Universidades italianas de Bolonia, Siena y el Instituto Europeo de Florencia y *The University College Cork—UCC—* en Irlanda.

En la actualidad, la doctora Gonzalo Quiroga es profesora de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

El profesor Guillén es Licenciado en Derecho (1993) y Doctor (2001) por la Universidad Complutense de Madrid con la tesis *El estatuto jurídico del consumidor*.

Ha sido Profesor Investigador Ramón y Cajal, *Visiting Professor* en la *William and Mary Law School* de Virginia (Estados Unidos) y Asesor Jurídico en las Cortes Generales.

Es autor de los libros *Libre Competencia y Estado Autonomico* (2005), *El Estatuto Jurídico del Consumidor* (2002), *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña* (primer autor, en colaboración Jesús Ángel Fuentetaja Pastor), (1996).

Ha realizado estancias en la Universidad de Edimburgo (1994), la Universidad de Harvard (1995-1997) y la Universidad de William & Mary (2006) y obtuvo el Primer Puesto en la VI Edición del Premio de Investigación de Consumo concedido por la Comunidad de Madrid (1999).

En la actualidad, el doctor Guillén es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos.

#### SUSANA PÉREZ ESCALONA

La profesora Susana Pérez es Licenciada y Doctora en Derecho y ha obtenido el primer premio del Premio Nacional de artículos jurídicos «García Goyena», por el trabajo «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica» (2005).

Es autora de monografías como *La Asociación y el Derecho de Sociedades: Una revisión en clave contractual*; (2007); *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español* (2007) y de otras publicaciones como «Las fuentes del derecho de asociación» (2000); «La Asociación y el Derecho de Sociedades: breves notas para un debate» (2004); «El reparto de competencias normativas en materia de asociaciones» (2001); «Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo: los límites a la libertad de contratar en la comunidad de pescadores El Palmar» (2005); «El concepto y la personalidad jurídica de la Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del Derecho nacional» (2005); «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica» (2006); «Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Asociaciones y distribución de competencias» (2006).

En la actualidad, la doctora Susana Pérez es Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de La Rioja.

#### DOMINGO BELLO JANEIRO

El profesor Domingo Bello nació en A Coruña y se licenció en Derecho con Premio Extraordinario de fin de carrera por la Universidad de Santiago de Compostela, en la que consiguió el grado de Doctor con la

máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y el Premio Extraordinario.

El profesor Bello Janeiro es autor de libros sobre la sociedad de ganancias, el retracto, precario, los arrendamientos urbanos o la protección de consumidores y usuarios y de más de medio centenar de artículos científicos, siendo sus publicaciones traducidas al idioma ruso por parte del Centro de Derecho Civil Adjunto a la Oficina del Presidente de Rusia, y es miembro del consejo de redacción de la Revista Española de Derecho Agrario y Alimentario y de las Revistas Jurídicas de las Universidades de Santiago de Compostela, La Coruña y Granada, dirigiendo la colección Derecho de Daños de la editorial Reus.

Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort, máxima condecoración jurídica en España, otorgada mediante Orden del Ministerio de Justicia, como reconocimiento por su labor investigadora en el ámbito jurídico.

Fue Director General de la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP), Vice-Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela y ha sido designado árbitro por el Banco Mundial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para distintos procesos arbitrales.

Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, el doctor Bello es Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña.

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

La profesora Bárbara de la Vega es Licenciada en Derecho con la especialidad en Derecho Comunitario por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, donde obtiene la máxima calificación por el Doctorado Europeo (2004) con su tesis doctoral sobre la limitación de la responsabilidad del naviero. Asimismo, es Master en Derecho de la Unión

Europea de la Universidad Carlos III de Madrid, *Master in International Business Law* por *The Fletcher School of Law and Diplomacy* (EE.UU.) y el Instituto de Empresa de Madrid y cuenta con el Diploma del Centro de Estudios e Investigación de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Ha realizado investigaciones en varias Universidades e Instituciones españolas y extranjeras como la Universidad Carlos III de Madrid o la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Asimismo, ha desempeñado diversas actividades en el ámbito de Derecho como el ejercicio de la abogacía, la administración de justicia y la docencia compaginadas con la coordinación y gestión académica y el asesoramiento, siendo el más reciente el prestado Ministerio de Justicia de España.

Como docente inició su andadura en la Universidad San Pablo-CEU. Entre su producción bibliográfica destacan las obras *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)* (2000), *La limitación de la responsabilidad del naviero. Convenio de limitación de responsabilidad derivada de reclamaciones de Derecho marítimo* (2004) y *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos* (en prensa).

En la actualidad, la doctora Bárbara de la Vega es profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

#### ISABEL VIOLA DEMESTRE

La profesora Isabel Viola es Licenciada y Doctora en Derecho. Es, también, Máster en gestión y resolución de conflictos: mediación por la Fundación Bosch Gimpera–*Les Heures* (Universidad de Barcelona). Ha realizado tareas de investigación sobre distintos temas del área del Derecho civil, en particular, en sede de obligaciones y contratos, destacando su labor en el tema relativo a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios a instancias del deudor y el contrato de transacción en el Código civil; también se ha dedicado al estudio de instituciones del Derecho de Familia, con especial atención, a las cuestiones



relativas a la mediación familiar. Ha realizado estancias de investigación en Italia (Universidad de Salerno) y en Francia (Biblioteca Nacional en París y en la Universidad de Lyon-2).

En la actualidad, la doctora Viola es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona.

#### FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

La profesora Yáñez se doctoró (2001) con una Tesis titulada «*Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*».

Su tesis doctoral obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado concedido por su Universidad para las tesis leídas en los Cursos 1999-2000 y 2000-2001. Obtuvo además, el *Accésit* del «Premio Jerónimo González» (2002), concedido por el Colegio de Registradores de España a tesis relacionadas con temas registrales.

Ha realizado estancias de investigación en Italia (2005 y 2006) y en Alemania (2006), así como en la Escuela de Negocios española, Instituto de Empresa (2002).

En la actualidad, la doctora Yáñez es profesora de Derecho Civil de la UNED y forma parte del grupo investigador de varios proyectos de investigación concedidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, de España, así como del Grupo de Investigación Consolidado «Protección Civil de la persona» cuyo responsable es el Prof. Lasarte Álvarez.

#### ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

La profesora Roldán es Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1990) y obtuvo el grado de Doctora en Derecho (2001) con la calificación de *cum laude* por unanimidad.

Está acreditada por la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, en las categorías de Contratado Doctor de Universidad Pública, Profesor Doctor de Universidad Privada y Ayudante Doctor.

Ha intervenido como ponente, tanto en España como en Hispanoamérica, en diversos Seminarios, Congresos y Conferencias relacionados con la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, las Nuevas Tecnologías aplicadas a las relaciones laborales, la Discapacidad y el Derecho Deportivo.

Ha participado como miembro en diversos proyectos de investigación con financiación pública externa, relacionados con el Derecho Deportivo, la Extranjería y la Inmigración y con la Solución Extrajudicial de Conflictos.

Desde 2006 la Doctora Roldán es profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Europea de Madrid y continúa siendo autora de publicaciones en revistas españolas e hispanoamericanas y coautora de monografías sobre diversos temas de su especialidad.

#### MARTA ARROYO GONZÁLEZ

La profesora Arroyo es Licenciada en Derecho (1986) y Doctora *Cum Laude* por Unanimidad por la Universidad Complutense de Madrid (1996).

En la actualidad es Defensora Universitaria de la Universidad Europea de Madrid (UEM) y está en posesión de la acreditación positiva otorgada por la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid (ACAP) en las figuras de Profesora Contratada Doctora y Profesora Doctora de Universidad Privada.

En la Universidad Europea de Madrid, ha sido Directora del Departamento de Derecho Privado, Secretaria de la Comisión de Doctorado

e Investigación y tiene como líneas de investigación la Seguridad y salud en el trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar.

Ha publicado como autora múltiples artículos de su especialidad y es coautora también en la redacción de diversas publicaciones como *Cuestiones prácticas de la Nueva Ley Concursal*; *Relaciones laborales de personas con discapacidad*; *Temas actuales de Derecho de Laboral* (esta última publicada en el Perú) y del manual *Doce Lecciones de Derecho del Trabajo. Especial referencia al sector turístico*. Ha impartido múltiples conferencias en materia de prevención de riesgos laborales y Derecho colectivo del trabajo a nivel nacional e internacional.

La Doctora Arroyo ejerció funciones judiciales en lo Social como Juez sustituta y en la actualidad es Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Europea de Madrid.

SOL GONZÁLEZ SEOANE

Es Licenciada en Derecho por la Universidad San Pablo CEU (2003) con calificación de sobresaliente y Doctora en Derecho con la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Está en posesión del Diploma de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (2001) y es Abogada.

Es autora de trabajos de publicaciones relacionadas con el ámbito convivencial del menor, con el denominado incidente concursal laboral, la influencia de la Ley Concursal en la Ley de Procedimiento Laboral, entre otros.

En la actualidad, la doctora González Seoane es profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo y es también Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

JORGE LUIS COLLANTES GONZÁLEZ

El Letrado Collantes nació en Perú, estudió la carrera de Derecho entre las Universidades Carlos III de Madrid, la Universidad de Zaragoza, amplió en paralelo su formación en el Instituto de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica (Grecia, 2000) y el *Ámsterdam Center for the International Law* (2002) y obtuvo el título de Licenciado por la Universidad Internacional de Cataluña (2002). Continuó un Master en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía superando los módulos con la máxima calificación: sobresaliente (2002-04) y realizó un Postgrado en Inversiones Extranjeras y Doble Imposición en la Universidad de Barcelona (2003).

Durante la Licenciatura fue Miembro de *The European Law Student's Association-Zaragoza*, mediante la cual fue Delegado en el Foro Jóvenes por Europa (1997) y Presidente del Concurso Nacional de Ensayo sobre la Paz (1999); distinguido en congresos universitarios por sus trabajos inéditos sobre Derecho Penal (U. de Barcelona, 1997, y U. de Zaragoza, 1999), en los Premios Juventud del *Rotaract Club* de Alcoi (1997); y Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista de Ciencias Penales* (1998-2002).

El Licenciado Collantes es Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y ejerce la abogacía en asuntos de Derecho Internacional Privado.

LIDIA MORENO Blesa

La profesora Moreno es Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Premio Extraordinario de Licenciatura) y Doctora en Derecho con sobresaliente *cum laude* por unanimidad con la Tesis «La regulación de la energía en los contextos comunitario europeo y español: los problemas de extranjería en el sector de la electricidad».

Es Directora del Departamento de Derecho de la Universidad Europea de Madrid, donde ha sido Coordinadora de la Escuela de Práctica Jurídica y Directora del Postgrado «Experto Jurídico en Internet», y Asesora de esta universidad en contrato con el Instituto Nacional de Consumo sobre Gestión de la Red Extrajudicial Europea. Es autora de publicaciones sobre el sector energético, extranjería, comercio internacional y los consumidores.

La doctora Moreno está acreditada por la ACAP como Profesora Contratada Doctora y Profesora Doctora de Universidad Privada, fue seleccionada por la Comisión Europea para estudios y consultoría sobre ciudadanía y juventud y es Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Europea de Madrid.

#### MARÍA CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

La profesora Hermida es Doctora en Derecho (1996), título que alcanzó con la calificación de *Cum Laude* por unanimidad y con la tesis «*La Filosofía moral y la Filosofía jurídico-política de J.L.L. Aranguren*», defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, habiendo sido dirigida por el Prof. Dr. D. Elías Díaz García.

Obtuvo una beca postdoctoral Alexander von Humboldt (Alemania) y realizó una estancia investigadora realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, con el proyecto de investigación titulado «Análisis económico del concepto del poder», bajo la dirección del Prof. Dr. Hasso Hofmann (1998-2000).

Es autora de los libros: José Luis López Aranguren (1909-1996); Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento; Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca, coautora junto al Prof. Dr. Klaus Adomeit; Los derechos fundamentales en la Unión Europea.

La doctora Hermida es Miembro de la Asociación Española de Hispanismo Filosófico desde 1995 y de la Asociación Española Alexander

von Humboldt desde 2001, Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, en la actualidad, es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

#### NICOLÁS ZAMBRANA-TÉVAR

El profesor Zambrana-Tévar es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Comercio Exterior por la Universidad de Alcalá de Henares y *Master of Laws* por la *London School of Economics and Political Science*. Ha trabajado en *Freshfields Bruckhaus Deringer* y en *Garrigues Abogados* en materia de arbitraje y litigios internacionales.

Ha sido profesor invitado y conferenciante en la Centro Universitario Villanueva (Madrid), en la *East China University of Politics and Law* (Shanghai, China) y ponente en el Congreso Internacional «Arbitraje 2007» de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima).

En la actualidad, el doctor Nicolás Zambrana es Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Navarra.

#### CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

La profesora Parra es Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, Diplomada por la Escuela de Altos Estudios Internacionales del CEI y Diplomada en Derecho Europeo por la Universidad Libre de Bruselas.

Es Profesora de Derecho Internacional y de Instituciones de Derecho comunitario de la Universidad a Distancia, profesora del curso de Doctorado «Contratos en el ámbito del comercio internacional» de la Universidad de Barcelona, profesora del postgrado en Derecho civil de Derecho de familia de la Universidad de Barcelona y profesora del

Master en logística y comercio internacional del Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial (CIDE) y el Instituto de Logística internacional (ILI) de Barcelona.

Es Miembro del Grupo de Expertos del Ministerio de Justicia para la negociación de Convenios internacionales, Miembro del Comité Consultivo de la Consejería de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*, Miembro del *Observatori de Dret Privat*, Presidenta del Observatorio de Economía Solidaria.

En la actualidad, la profesora Parra es Directora de la Cátedra de Economía Solidaria de la Universidad Abat Oliba, donde es también profesora de Derecho internacional y de Instituciones de Derecho comunitario.

#### PEDRO CLAROS ALEGRÍA

El profesor Claros Alegría Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales. Máster en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Georgetown (Washington, DC), especializándose en Arbitraje Internacional y graduándose con distinción. Becario Fulbright.

Está especializado en Arbitraje Internacional y desarrolla su profesión en el Despacho *Cuatrecasas Abogados*.

Es árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid. Entre otros asuntos, representa a un Estado sudamericano en la reclamación planteada en España por bonistas internacionales. Ha asesorado a un Estado Centroamericano ante el CIADI en la reclamación planteada por un inversor español. Representa a una Agencia Gubernamental de un Estado centroamericano en el Reconocimiento y Ejecución de un Laudo, coordinando las actuaciones ejecutivas en ocho jurisdicciones.

Ha participado en la publicación de obras colectivas y artículos de prensa. Es co-autor de «*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*» (Grupo Difusión, 2004, 2ª ed. en imprenta).

En la actualidad, es Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, ICADE (Madrid).

ESTHER LÓPEZ BARRERO

La profesora López es Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Doctora en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la misma universidad.

Ha sido Profesora Asociada de Derecho Internacional Público en la Universidad Antonio de Nebrija de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid, ha realizado diversas estancias investigadoras en la OMC, en Naciones Unidas y en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra.

Disfrutó de una pasantía en el División de Asuntos Jurídicos en la Secretaría de la OMC (2003) y es autora de publicaciones sobre la Organización Mundial de Comercio como «*El mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio*» (2003) y «*Balance y perspectivas sobre la Organización Mundial del Comercio*» (2004).

La Profesora Esther López es Miembro del Consejo de Publicación del *Anuario Euro-Peruano de Derecho del comercio* y en la actualidad es Profesora de la Universidad Politécnica de Madrid.