

# TRATADO DE DERECHO ARBITRAL



**CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA**  
**DIRECTOR**

**ASISTENTES**  
**RIDER ALI VERA MORENO**  
**ESTEFANIA DEL PILAR IGLESIAS BOBADILLA**

# **TRATADO DE DERECHO ARBITRAL**

**EL CONVENIO ARBITRAL**

**TOMO II**



**COLECCIÓN ESTUDIOS**

---

---

COLECCIÓN ESTUDIOS N° 2

ISBN: 978-958-749-078-7

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

Coordinador Editorial  
JAVIER CELIS GÓMEZ  
Pontificia Universidad Javeriana

**Grupo Editorial Ibañez**

Bogotá - Colombia  
Carrera 69 Bis No 36-20 sur  
Teléfonos: 2300731 - 2386035  
Librería: Calle 13 No -12  
Teléfonos: 2835194 - 2847524  
www.grupoeditorialibanez.com

Diagramación: Deissy A. Rodríguez

**COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO**

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

Soto Coaguila, Carlos Alberto

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

v.; 24 cm.  
Incluye referencias bibliográficas.  
ISBN: 978-958-749-078-7

Vol. II. El Convenio Arbitral

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

CDD 345.72 ed. 15

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

ech.

Marzo 01 / 2011

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

Ley 23 de 1982

---

---

# **CONTENIDO GENERAL**

## **PRESENTACIÓN**

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

## **PRÓLOGOS**

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

YVES DERAIS

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

# **TOMO I**

## **ARGENTINA**

### **LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL**

FERNANDO AGUILAR

### **LAS CLÁUSULAS “ESCALONADAS” DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)**

ROQUE J. CAIVANO

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

EMILIO J. CÁRDENAS

### **EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO**

RAÚL ANÍBAL ÉTCHEVERRY

### **LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL**

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

CAROLINE KLEINER

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

FEDERICO GODOY

JUAN SONODA

**EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA**

OSVALDO J. MARZORATI

**LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO**

IGNACIO J. MINORINI LIMA

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

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

JULIO CÉSAR CÓRDOBA

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

GUSTAVO PARODI

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

IGNACIO PÉREZ CORTÉS

MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY

**LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

JULIO CÉSAR RIVERA

**CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

IGNACIO TORTEROLA

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

JOSEFINA CAMPOS L.

FELIPE OSSA G.

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

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ

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

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

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

ELINA MEREMINSKAYA

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

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

**LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN CHILE**

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

**COLOMBIA**

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

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO

**EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA**

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

CAROLINA POSADA ISAACS

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

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ

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

LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA

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

EDUARDO ZULETA JARAMILLO

**ECUADOR**

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

XAVIER ANDRADE CADENA

**BREVES REFLEXIONES SOBRE *EL “ARBITRAJE FAST TRACK”***

RODRIGO JIJÓN LETORT  
JUAN MANUEL MARCHÁN

**EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ

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

ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ

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

ARMANDO SERRANO PUIG

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

JOSÉ MARÍA ALCANTARA GONZÁLEZ

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

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

**EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE**

DAVID ARIAS LOZANO  
FERNANDO BEDOYA

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

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA

**ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL**

FAUSTINO CORDÓN MORENO

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

BERNARDO M. CREMADES



**LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL**

CARLOS DE LOS SANTOS  
MARGARITA SOTO  
VÍCTOR BONNÍN

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

ELISABETH DE NADAL  
VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

**RESOLVIENDO CUESTIONES COMPLEJAS CON NORMAS ALAMBICADAS:  
LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNA-  
CIONAL EN ESPAÑA**

CARLOS ESPLUGUES MOTA

**LAS OFERTAS DE CONSENTIMIENTO ESTATAL EN EL ARBITRAJE DE  
INVERSIONES**

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

**VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL**

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS  
ELENA ARTUCH IRIBERRI

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

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES

**EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL**

JULIO GONZÁLEZ-SORIA

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

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

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

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL  
MARTA CASADO ABARQUERO

**EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS**

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS

## TOMO II

### ESPAÑA

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

RAÚL JIMÉNEZ

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO

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

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

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

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003

MANUEL OLIVENCIA

LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

PILAR PERALES VISCASILLAS

SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES

FERNANDO POMBO

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

M<sup>a</sup> VICTORIA SÁNCHEZ POS

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

GONZALO STAMPA

**CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR**

MIGUEL TEMBOURY REDONDO

ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR

**EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

MIGUEL VIRGÓS

**ESTADOS UNIDOS**

**EL ACUERDO ARBITRAL**

OLIVER J. ARMAS

SALVADOR FONSECA

CARLOS E. MARTÍNEZ-BETANZOS

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

NIGEL BLACKABY

JEAN PAUL DECHAMPS

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

DAVID D. CARON

SETH SCHREIBERG

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

GEORGINA FABIAN

**DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL**

ARIF HYDER ALI

ÉRICA FRANZETTI

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

RICHARD C. LORENZO

MARÍA EUGENIA RAMÍREZ

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

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

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

CRAIG S. MILES

SILVIA M. MARCHILI

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

NOIANA MARIGO

FRANCISCO ABRIANI

## **FRANCIA**

**HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS**

THOMAS CLAY

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

YVES DERAINS

STÉPHANIE REGIDOR

**LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE**

ALEXIS MOURRE

## **GUATEMALA**

**EL ACUERDO ARBITRAL**

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL

## **INGLATERRA**

**EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS**

CHRISTIAN LEATHLEY

## **ITALIA**

### **EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

GIORGIO MEO

## **MÉXICO**

### **EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE**

CECILIA FLORES RUEDA

### **NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL**

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

### **LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO**

LUIS ENRIQUE GRAHAM TAPIA

### **EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS**

CLAUS VON WOBESER

## **PANAMÁ**

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

GILBERTO BOUTIN I.

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

MIRIAM GISELLE FIGUEROA DE ARIAS

## **PERÚ**

### **EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008**

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

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

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

JOSÉ CARLOS LLERENA ROBLES

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

NATALE AMPRIMO PLÁ

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

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

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

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

## **PORTUGAL**

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

SOFIA MARTINS

JOÃO VILHENA VALÉRIO

PAULA ADREGA FLOR

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

PEDRO METELLO DE NÁPOLES

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

## **URUGUAY**

**EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES**

SANDRA GONZÁLEZ

FERNANDO GÓMEZ

## **VENEZUELA**

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

RAMÓN J. ALVINS SANTI

PEDRO SAGHY CADENAS

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

ANDRÉS A. MEZGRAVIS

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

MARCELO RICIGLIANO CANTOS

DIANA C. DROULERS

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

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA





# PRESENTACIÓN

## EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Agradecimientos**

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

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

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

Lima, febrero de 2011.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA  
*Presidente*  
*Instituto Peruano de Arbitraje*



## PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Madrid, enero de 2011.

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



## PRÓLOGO

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

Como lo recuerda el Artículo 7.1° de la Ley Modelo de 1985 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), revisada en el 2006, sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuya versión española ha preferido referirse a la formula equivalente pero menos expresiva<sup>1</sup> de “*acuerdo de arbitraje*”, el convenio arbitral es un acuerdo que puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente conocido como “*compromiso*”. La diferencia esencial entre el *compromiso* y la *cláusula compromisoria* está en que ésta última no contiene la designación del árbitro o de los árbitros ni una definición precisa de la materia arbitral. Como todo contrato, ambos tienen el rasgo común de organizar relaciones futuras. La diferencia radica en que el compromiso define reglas para un futuro inmediato, conocido y que se desarrolla dentro de límites temporales incluidos entre fechas concretas: las partes someten a la decisión de árbitros designados, la solución de un litigio definido, con una misión incluida entre fechas indicadas. La cláusula compromisoria se proyecta en el mundo de las eventualidades. Lo que se conoce se reduce a la voluntad de las partes de someter al arbitraje de personajes desconocidos, litigios abstractos cuya ocurrencia parece poco probable. Si no fuera así, las partes no contratarían. El compromiso es un contrato redactado para ejecutarse; la cláusula compromisoria es un contrato redactado con la esperanza de que nunca será utilizado. En este sentido, se parece al contrato de seguro, pero establece relaciones mucho más complicadas porque no se pueden limitar a las partes.

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

---

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

su eficacia necesita una redacción que supone que una de las partes va a traicionar esta voluntad cuando ocurra un litigio. Ahora bien, si fuera suficiente la voluntad de arbitrar, bastaría mencionarla en el contrato y, al presentarse un litigio, el respeto de dicha voluntad conllevaría a las partes a redactar un compromiso. Esa concepción del arbitraje fue la de muchos derechos nacionales en el pasado y quedo siendo la del derecho brasileño hasta la reforma legislativa de 1996. Pero tal sistema no funciona en la práctica. Una cláusula compromisoria bien redactada es una cláusula que permita, cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin nuevo acuerdo de las partes o con limitada intervención del juez estatal, incluso en caso de obstrucción de una de las partes, generalmente la demandada. Si una cláusula compromisoria no lo permite, se trata de una cláusula compromisoria “*patológica*”<sup>2</sup>. Eso permite notar otra característica de la cláusula compromisoria: es un contrato en el cual la ejecución *in natura* es la regla y no la excepción. Contrariamente a la mayoría de los contratos, el incumplimiento de la cláusula compromisoria, y más generalmente del convenio arbitral, porque el principio se aplica también al compromiso, no sólo da lugar a daños y perjuicios. Hace poco, la violación del convenio arbitral fue sancionada por la condena a pagar una indemnización compensatoria<sup>3</sup>, por tribunales arbitrales constituidos a pesar de la obstrucción de una parte. Los daños y perjuicios son un complemento de la ejecución *in natura*, no una sustitución. Todas esas particularidades de la cláusula compromisoria no sólo justifican el interés de la doctrina jurídica sino también exigen una redacción muy cuidadosa: debe producir efectos obligatorios para las partes, dar al o a los árbitros el poder de resolver el litigio, permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo e impedir la intervención de los Tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.

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

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

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

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

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

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

El inciso 7° del mismo artículo trata de la validez del convenio arbitral. Reza que *“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano<sup>4</sup>.”* Se abre así una competencia posible entre tres normas que pueden pretender aplicarse al fondo del convenio arbitral. La ley peruana, aun cuando es la ley de la sede del arbitraje, renuncia a su derecho de aplicarse al convenio arbitral y cede el paso a la norma que reconozca su validez, bien sea la norma elegida por las partes, como lo prevé la Convención de Nueva York<sup>5</sup> o la norma que rige el fondo de la controversia. Como en una revolución copernicana, ya no es la ley de la sede del arbitraje que decide sobre su aplicación al convenio arbitral. Es éste último quien elige la ley que le convenga: dame validez y te reconoceré como aplicable, parece decirle.

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

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

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

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

Eso confirma, si fuere necesario, que la aplicación al convenio arbitral de una ley o norma determinada, no depende de un orden jurídico nacional único, sino de varios órdenes jurídicos que, según el momento en el que un convenio arbitral entra en contacto con ellos, lo aceptan o lo rechazan, según su concepción del arbitraje. Es poco probable que ningún orden jurídico estatal se encuentre autorizado a reivindicar un convenio arbitral como suyo. Si, como lo pretende EMMANUEL GAILLARD<sup>7</sup>, existe un orden jurídico autónomo que desempeña este papel, es un enfoque que merece un examen detenido porque el mismo conlleva más realismo que los análisis tradicionales.

En razón de los múltiples retos que el convenio arbitral presenta al jurista, la reflexión que suscita está en evolución perpetua, al compás del éxito del procedimiento arbitral en el mundo, y de las consecuentes dificultades que encuentra en su camino. El derecho de terceros que no lo suscribieron, de prevalecerse del recurso al arbitraje o la obligación de estos de someterse al arbitraje es un buen ejemplo. De hecho, el tema plantea problemas agudos cuya solución genera muchas dudas. Estas se resuelven de modo más o menos satisfactorio en derecho comparado cuando se tratan de sucesiones o de cesiones de contratos, y qué decir hoy de la teoría del grupo de empresas, muy de moda en las últimas décadas del siglo pasado<sup>8</sup>. Esta figura se ha empleado para someter a una empresa principal o filial a un convenio arbitral que no había sido suscrito por ella pero sí por otros miembros del grupo. Para ello se exigía que la empresa jurídicamente independiente y no suscriptor: 1) fuera parte del mismo grupo de empresas que una de aquellas

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

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

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

que suscribieron el convenio arbitral, 2) que la empresa no suscriptora hubiera desempeñado un papel activo en la conclusión, la ejecución del contrato y, si aplicable, su resolución y 3) que la inclusión de la empresa no suscriptora en el convenio arbitral correspondiera a la intención mutua de todas las partes en el procedimiento arbitral. Este enfoque fue defendido por famosos laudos<sup>9</sup> y sentencias de tribunales nacionales, en particular franceses<sup>10</sup>. Hoy, esta teoría parece abandonada sin que sus consecuencias prácticas hayan desaparecido: se puede aplicar un convenio arbitral a partes que no lo firmaron toda vez que la parte no suscriptora haya participado activamente en la ejecución del contrato y haya tenido conocimiento de la existencia del convenio arbitral<sup>11</sup>. El único papel del grupo de empresas es hacer verosímil el conocimiento de la existencia del convenio arbitral por la parte no suscriptora y la aceptación de su participación en la ejecución por las suscriptoras. El artículo 14 de la Ley peruana de arbitraje de 2008 no necesitó mencionarlo dado que estableció una solución que responde a las necesidades del arbitraje de este siglo: “*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos*”. Pero sin las reflexiones y experiencias pasadas relativas a la teoría de los grupos de empresas, es probable que esta disposición nunca hubiera sido redactada de esta manera.

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

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

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

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



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

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

Paris, enero 2011

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



## PRÓLOGO

En un pasaje célebre HEGEL nos cuenta sin mayor explicación:

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

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

---

<sup>1</sup> Traducción del original por el autor.

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

Berlin, den 25. Juni 1820

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

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

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

Este tomo publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje bajo el cauteloso auspicio de su Presidente, doctor CARLOS SOTO COAGUILA, está a la altura del tema que pretende abordar no sólo porque comprende contribuciones de no menos de 122 autores distinguidos quienes representan a 16 países<sup>2</sup>, sino también por razón de la calidad y variedad de vertientes a través de las cuales se perfilan las tantas aristas, muchas de las cuales están en plena transición doctrinal, que definen a este convenio tan *sui generis* -

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

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> El *Federal Arbitration Act* es la ley federal de arbitraje de Estados Unidos.

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

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

<sup>5</sup> La Sección 2 del FAA reza:

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

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

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

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

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

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

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

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

Miami, enero de 2011.

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA  
*Socio de DLA Piper, Miami*  
*Catedrático en las Universidades de Navarra y Miami*





---

**ESPAÑA**

---



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

RAÚL JIMÉNEZ (\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El Convenio Arbitral. 2.1. Definición. 2.2. Análisis Comparativo de Fuentes Normativas. 2.2.1. La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. 2.2.2. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975. 2.2.3. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. 2.2.4. La Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. 2.2.5. La Ley Española de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). 3. Panorama Jurisprudencial Español sobre la Interpretación de los Requisitos de Existencia y Validez de un Convenio Arbitral. 3.1. Introducción. 3.2. El Objeto del Convenio Arbitral: Cuestiones Sometidas a Arbitraje. 3.3. La incorporación de los Convenios Arbitrales en los contratos de Adhesión. 3.4. La Incorporación del Convenio Arbitral al Contrato. 3.5. La interpretación del requisito de la forma escrita. 4. Consideraciones Finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional es, actualmente, uno de los medios más habituales para solventar controversias comerciales internacionales y tiene una importancia decisiva para el comercio

internacional, como ha reconocido recientemente la propia Comisión Europea<sup>1</sup>.

El arbitraje es el medio alternativo de resolución de controversias (*Alternative Dispute Resolution o ADR*) más utilizado

(\*) Abogado colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid en 1999 y Master en Derecho Privado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en 2000. Ha trabajado en los Departamentos de Procesal y Arbitraje de grandes Firmas de Abogados globales como Eversheds Lupicinio o Baker & McKenzie. Ha publicado diversos artículos en medios especializados. Es miembro del Club Español del Arbitraje, Sección Under 40.

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA, "7.- La interfaz entre el Reglamento y el Arbitraje" en el "Libro Verde sobre la revisión del Reglamento del Consejo (CE) nº 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil", Bruselas, 2004, pp. 8 y 9. Accesible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:EN:PDF>

en el tráfico mercantil internacional. Ello es debido a que ofrece importantes ventajas respecto a la vía jurisdiccional de los Tribunales nacionales de los diferentes Estados.

En primer lugar, el arbitraje tiene una naturaleza privada y se basa en la autonomía de voluntad de las partes expresada mediante un convenio arbitral o cláusula compromisoria, por la que las partes deciden someter algunas o todas las controversias derivadas de una determinada relación jurídica al arbitraje, y se someten igualmente a la decisión que pueda adoptar el árbitro o Tribunal Arbitral en forma de laudo, que tendrá carácter vinculante y definitivo, salvo supuestos excepcionales en que se permite a las partes la impugnación de dicho laudo.

En segundo lugar, esta autonomía de la voluntad que rige el arbitraje permite que el procedimiento arbitral sea mucho más flexible que las rígidas normas procesales nacionales, permitiendo que el procedimiento se adapte a las diferentes circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y, en último término, a la voluntad de las partes, puesto que éstas son las máximas interesadas en solventar la controversia planteada, por lo que el procedimiento arbitral ha de estar, en todo caso, al servicio de las mismas.

En tercer lugar, el arbitraje permite que las partes acudan a solventar sus controversias a un foro neutral terminando así con los habituales recelos de las empresas que se muestran reacias a litigar en una jurisdicción distinta a la suya y, por tanto, desconocida. Como veremos más adelante, la elección del lugar en

que se desarrollará el arbitraje, y, por consiguiente, el lugar donde se dictará el laudo, tiene una importancia decisiva pues determina la Ley aplicable para cuestiones tan cruciales como dirimir acerca de la existencia o validez del convenio arbitral, –lo que puede ser motivo incluso de anulación del laudo– y determina, además, la jurisdicción que va a resultar competente para adoptar decisiones relativas al auxilio jurisdiccional (*supportive measures*) en el arbitraje acerca del nombramiento judicial de los árbitros, la adopción de medidas cautelares o provisionales o el auxilio judicial en la práctica de pruebas, cuando no exista acuerdo de las partes respecto a estos extremos o no sea posible que los árbitros se pronuncien sobre dichas materias. Por esta razón, conviene que el Estado que las partes acuerden como sede del arbitraje sea un Estado parte de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (en adelante, CNY) para facilitar así la circulación y efectividad en los distintos Estados del laudo que se dicte, así como un Estado con una legislación favorable al arbitraje, procurando que su ley nacional esté inspirada en la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión modificada en 2006 (en adelante, la Ley Modelo UNCITRAL).

Finalmente, los laudos arbitrales dictados en un Estado son automáticamente reconocidos y ejecutados en la mayor parte de los Estados, sin necesidad de instar un procedimiento de *exequatur* para obtener tal reconocimiento y ejecución. Ello es posible gracias a la vigencia y plena aplicación de la ya citada Convención de

Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (CNY). La propia Comisión Europea<sup>2</sup> ha reconocido que *“hay una percepción general por parte de los juristas que la Convención de Nueva York funciona de forma satisfactoria”*, y que, por tanto, *“parecería apropiado no reformar dicha Convención”*.

Una vez expuesto este panorama general de las ventajas del arbitraje respecto a las jurisdicciones nacionales de los Estados, centraré el objeto de mi análisis en la norma básica de la que ha de partir cualquier consideración respecto al arbitraje: el convenio arbitral, como concurso de voluntades de las partes que someten al arbitraje la solución de todas o algunas de sus controversias derivadas de una determinada relación jurídica.

## 2. EL CONVENIO ARBITRAL

### 2.1. Definición

El convenio arbitral puede definirse como un concurso de voluntades por el que las partes acuerdan someter a la decisión vinculante de un árbitro o Tribunal arbitral, todas o algunas de sus controversias derivadas de una determinada relación jurídica existente entre ambas, sea ésta contractual o extracontractual.

Estos son los elementos comunes para definir un convenio arbitral que pueden encontrarse en los diferentes instrumentos normativos que resultan aplicables a esta materia en España, y

que examinaré a continuación, a saber, el artículo II.1 de la Convención de Nueva York de 1958, el artículo I.2. a) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, el artículo 7º de la Ley Modelo UNCITRAL y el artículo 9 de la Ley española de Arbitraje. Igualmente, será objeto de análisis la regulación del convenio arbitral en la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional hecha en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, por su indudable interés dado el alcance de la publicación en la que se incluye el presente trabajo.

Con carácter previo a realizar dicho análisis comparativo, resulta conveniente distinguir entre dos conceptos que aparecen en las definiciones establecidas en dichos textos normativos. Por una parte, el término *“convenio arbitral”* (*“Arbitration agreement”* o *“compromis”*) se refiere a aquel acuerdo independiente de otro contrato suscrito por las partes para someter sus controversias actuales a arbitraje. Por otra, el término *“cláusula compromisoria”* (*“clause”* o *“clause compromissoire”*) se refiere a aquella cláusula inserta en el texto de un contrato, en virtud de la cuál las partes acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que pudieran derivarse de dicha relación jurídica.

A continuación, resulta conveniente analizar comparativamente las diferentes definiciones de *“convenio arbitral”* contenidas en los textos antes mencionados, tanto de carácter internacional como nacional que forman parte del

<sup>2</sup> *Id.*

Ordenamiento jurídico español, así como en la citada Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, que aún no siendo aplicable en España, si ha sido ratificada por la mayor parte de los países del continente americano.

## 2.2. Análisis comparativo de Fuentes Normativas

### 2.2.1. La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

El instrumento normativo básico en materia de arbitraje comercial internacional es, sin lugar a dudas, la Convención de Nueva York de 1958, de la que son parte la mayor parte de los Estados miembros de Naciones Unidas, entre ellos, la práctica totalidad de los Estados iberoamericanos y europeos.

El acuerdo o convenio arbitral se define en el artículo II.1 de la referida Convención, del siguiente modo:

*“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cuál las partes*

*se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.*

De dicha definición pueden deducirse las siguientes características que ha de tener un convenio arbitral para que sea válido y goce de plenos efectos entre las partes que lo han suscrito:

- (i) El acuerdo ha de tener forma escrita. A este respecto, el artículo II.2 CNY define este concepto, admitiendo que el acuerdo arbitral se plasme en forma de cláusula compromisoria<sup>3</sup> incluida en un contrato, como en forma de convenio arbitral o compromiso<sup>4</sup>. No se establece como requisito imprescindible para su validez que dicho acuerdo esté firmado por ambas partes, sino que, teniendo en cuenta la práctica habitual en el tráfico mercantil, se admite que el acuerdo pueda estar contenido en un canje o intercambio<sup>5</sup> de cartas o telegramas.

Este último inciso del artículo II.2 CNY ha sido recientemente interpretado por la Recomendación

<sup>3</sup> En la versión inglesa del texto de la Convención de Nueva York se utiliza el término “*arbitral clause*”, mientras que en la versión francesa, el término utilizado es “*clause compromissoire*”, más cercano a la traducción española.

<sup>4</sup> En la versión inglesa del texto de la Convención de Nueva York se utiliza el término “*arbitration agreement*”, mientras que en la versión francesa se opta por el término “*compromis*”, más cercano al término de “compromiso” usado en la versión española del texto de la citada Convención.

<sup>5</sup> En la versión inglesa del texto de la referida Convención se utiliza el término “*exchange*”, y en la versión francesa encontramos el término “*échange*”. Sin embargo, en la versión española se utiliza el término más formal de “*canje*”, cuando la traducción más deseable hubiera sido la de “*intercambio*”, que se aproxima más a los términos utilizados en las versiones inglesa y francesa de la Convención.

relativa al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones. Dicha recomendación únicamente interpreta la enumeración de los medios de canje del acuerdo arbitral (carta o telegrama) en sentido amplio, dándole el carácter de “*numerus apertus*” y permitiendo incorporar así el intercambio electrónico de datos, el fax, el correo electrónico y otros medios utilizados habitualmente en la actualidad, al citado catálogo de medios de canje entre las partes de un acuerdo arbitral.

- (ii) El contenido básico del acuerdo arbitral ha de ser el compromiso de las partes de someter a arbitraje algunas o todas las controversias que se deriven de una determinada relación jurídica existente entre las partes. Por tanto, la autonomía de la voluntad es crucial puesto que el arbitraje nace del pacto de las partes, que libremente optan por renunciar a la vía jurisdiccional para solventar sus controversias y se someten a este mecanismo alternativo de resolución de disputas. Con esta sumisión a arbitraje, las partes se obligan igualmente a acatar la resolución o laudo que finalmente se dicte resolviendo la controversia planteada. Las partes reconocen igualmente que dicho laudo tendrá
- (iii) El objeto del arbitraje: Las partes pueden optar por someter a arbitraje, todas o algunas de sus controversias, dependiendo de la redacción y del mayor o menor alcance de la cláusula arbitral. Con el fin de evitar que ciertas controversias puedan quedar excluidas del ámbito de aplicación de dicha cláusula, resulta recomendable una redacción amplia de la cláusula, utilizando las siguientes fórmulas: “Cualquier reclamación, disputa o controversia que traiga causa, directa o indirectamente, del presente contrato (...)”; “Cualquier reclamación derivada del presente Contrato (...)”, y otras fórmulas similares. Sin embargo, no resulta recomendable limitar la sumisión a arbitraje de aquellas controversias derivadas sólo de la interpretación o de la ejecución del contrato, por ejemplo. De hecho, como se analizará más adelante, la limitación en la redacción del alcance de la cláusula arbitral ha motivado una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>6</sup> en la que se ha declarado nulo un laudo arbitral, precisamente porque se ha considerado que el convenio arbitral

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2009.

no incluía en su ámbito de aplicación la controversia que finalmente fue objeto de arbitraje.

- (iv) Las controversias cuya resolución se somete a arbitraje han de derivar de una relación jurídica existente entre las partes, siendo indiferente que sea de naturaleza contractual o extracontractual.
- (v) Finalmente, las materias sobre las que versen las controversias que las partes decidan someter a arbitraje han de ser “materias arbitrables”. La Convención de Nueva York no especifica qué tipo de cuestiones son o no arbitrables, dejando que sean las legislaciones nacionales de cada Estado parte las encargadas de delimitarlas. Sin perjuicio de que en apartados posteriores me referiré a aquellas que no son arbitrables conforme a la legislación española, puede anticiparse que serán consideradas materias no arbitrables, de una parte, aquellas que sean indisponibles para las partes (tributarias, aduaneras, sucesorias, fiscales, concursales), y de otra, aquellas en las que una de las partes contratantes sea merecedora de una mayor tutela por parte del Ordenamiento jurídico nacional, por ser considerada “parte débil” (contratos con trabajadores, asegurados o consumidores, entre otros).

Finalmente, el apartado 3 del artículo II de la Convención de Nueva York

limita el conocimiento de los Tribunales nacionales acerca de los asuntos sobre los que las partes han acordado su sumisión a arbitraje. Sin embargo, establece como excepción aquellos supuestos, en los que, a instancia de parte, el Tribunal nacional deba pronunciarse sobre la nulidad, ineficacia o falta de aplicación del convenio arbitral.

### 2.2.2. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975

La mayor parte de los Estados iberoamericanos ha suscrito esta Convención en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>7</sup>. Dicha Convención pretende ser un marco regional de referencia para el reconocimiento y ejecución automático de laudos arbitrales dictados en los distintos Estados parte.

Asimismo, existe una definición del “acuerdo arbitral” en el artículo 1º de la citada Convención. Como podrá verse a continuación existen algunas diferencias con la definición contenida en el artículo II.1 y 2 CNY analizado anteriormente.

El artículo 1º de la Convención Interamericana de Arbitraje establece:

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo

<sup>7</sup> España no es un Estado parte en la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional.



constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Si se analiza dicha definición, pueden advertirse algunas diferencias con el régimen establecido por el artículo II.1 CNY:

- (i) Se exige que el acuerdo tenga una forma determinada, la forma escrita. De modo similar a lo dispuesto por el artículo II.2 CNY, se admite tanto que el acuerdo esté firmado por las partes como que resulte del canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. Aunque la redacción del precepto no incluye otros medios, nada obsta para que dicha enumeración pueda entenderse ampliada a otros medios de intercambio de datos electrónico, como el correo electrónico.
- (ii) Al igual que sucede con la definición contenida en el artículo II.1 CNY, el contenido básico del convenio arbitral es el compromiso de las partes a someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan o puedan surgir de un determinado negocio jurídico. Las observaciones que se han hecho con anterioridad con relación a la posibilidad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias actuales o que puedan surgir en un futuro, resultan igualmente de aplicación.
- (iii) La mayor diferencia radica en el tipo de relación jurídica de la que pueden derivar las controversias que se sometan a arbitraje. Mientras que el artículo II.1 CNY utiliza una fórmula muy amplia (“una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”), el artículo 1 de

la Convención Interamericana de Arbitraje utiliza una fórmula muy limitada (“negocio de carácter mercantil”), que restringe el número de cuestiones que pueden someterse a arbitraje.

### 2.2.3. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961

La mayor parte de los Estados europeos, entre ellos España, ha ratificado el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (CEACI). Dicho Convenio regula no sólo el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el ámbito europeo —de forma complementaria a la regulación contenida con carácter general en la Convención de Nueva York—, sino también otras cuestiones relativas al arbitraje, tales como el nombramiento de árbitros.

El artículo 1.2.a) CEACI define al convenio o acuerdo arbitral del siguiente modo:

“(…)a) “acuerdo o compromiso arbitral”, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

Analizando dicha definición, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- (i) No se exige que el acuerdo tenga una forma determinada, sino que el Convenio se remite a las exigencias de la Ley nacional del Estado que rijan el convenio arbitral en materia de forma. En caso de que dicha Ley exija que el convenio arbitral revista forma escrita serán admisibles tanto una cláusula compromisoria incluida en un contrato, como un compromiso o acuerdo firmado por separado por las partes, o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor. Aunque la redacción del precepto no incluye otros medios, nada obsta para que dicha enumeración pueda entenderse ampliada a otros medios de intercambio de datos electrónico, como el correo electrónico.
- (ii) En el caso de que la Ley nacional que rijan el convenio arbitral no exija que éste revista forma escrita, será válido el convenio arbitral que esté expresado en la forma admitida por dichas legislaciones nacionales.
- (iii) Asimismo, debe entenderse que el acuerdo o convenio arbitral implica un compromiso de las partes en una determinada relación jurídica a someter a arbitraje, algunas o todas las controversias que deriven o puedan derivar de dicha relación jurídica.

#### 2.2.4. La Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

El 21 de junio de 1985 la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho

Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Ley Modelo UNCITRAL), con el fin de armonizar en los diferentes Estados las diferentes legislaciones nacionales en materia de arbitraje comercial internacional, a fin de que incorporaran a sus legislaciones nacionales los principios inspiradores de esta Ley Modelo. España ha sido uno de los Estados que reformó su legislación en esta materia, incorporando en 2003 dichos principios inspirados en la Ley Modelo UNCITRAL a su nueva y vigente Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

Dicha Ley Modelo fue modificada en 2006 mejorando sensiblemente el texto anterior aprobado en 1985.

La Ley Modelo UNCITRAL introduce una definición del “*convenio o acuerdo arbitral*” que amplía y moderniza la definición clásica contenida en los artículos II.1 y 2º de la Convención de Nueva York de 1958. En realidad, se ofrece a los Estados dos opciones distintas (opción I y II) de definición del “*convenio arbitral*” para que cada Estado opte por incorporar a su legislación nacional aquella que considere conveniente. La diferencia fundamental entre ambas opciones radica en la exigencia o no de requisitos formales para la existencia y validez del citado convenio arbitral. La opción II, libre de requisitos formales, constituye toda una revolución respecto a la definición clásica contenida en los artículos II.1 y 2º CNY, aunque sigue los pasos de la definición contenida en el CEACI, que admitía la posibilidad de no

exigir necesariamente la forma escrita al convenio arbitral, como se ha analizado en el apartado 2.2.3 anterior.

A continuación, expondremos las dos definiciones alternativas que propone la Ley Modelo a los Estados para su adopción e implantación en su Ordenamiento Jurídico interno, que se contienen en el Capítulo II de la citada Ley Modelo:

La opción I se refiere a una definición en la que se exigen ciertos requisitos formales al convenio arbitral para su existencia y validez:

“Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación

electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Por el contrario, la opción II recogida en el Capítulo II de la Ley Modelo UNCITRAL se refiere a la definición de acuerdo de arbitraje, que no contiene exigencias formales:

“Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje.

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

Ambas definiciones alternativas contienen las características principales comunes a todas las definiciones de “acuerdos de arbitraje” previstas por los

diferentes instrumentos normativos que se han analizado:

- (i) Sumisión de las partes a un arbitraje.
- (ii) Posibilidad de someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias.
- (iii) Las controversias que las partes deciden someter a arbitraje pueden ser actuales o existentes o futuras o potenciales.
- (iv) Las controversias que las partes deciden someter a arbitraje derivan de una determinada relación jurídica existente entre ellas, que puede tener naturaleza contractual o extracontractual.

Sin embargo, en la opción I, se requiere además que el acuerdo de arbitraje revista forma escrita, aunque se interpreta este requisito de forma muy amplia, como se verá a continuación. En la opción II, en cambio, se omite cualquier mención a la necesidad de que concurren requisitos formales específicos, por lo que rige el principio de libertad de forma respecto al acuerdo de arbitraje.

Como ya se ha afirmado con anterioridad, el requisito de la forma escrita se interpreta con mucha amplitud.

- (i) En primer lugar, se admite que el acuerdo de arbitraje esté incluido como una cláusula más de un contrato, por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia futura (“*cláusula compromisoria*”) o como un documento independiente, por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente

(“*acuerdo*” o “*convenio arbitral*”). Se admite también la validez de la referencia hecha en un contrato a otro documento (por ejemplo, unas condiciones generales) que contenga una cláusula compromisoria, siempre y cuando dicha referencia implique que la citada cláusula forma parte del contrato. De este modo, se aclara que es posible remitirse al derecho contractual aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente conste en un documento al que se “hace referencia”.

- (ii) Asimismo, no se requiere que el acuerdo conste estrictamente por escrito, firmado por ambas partes ni tampoco que exista un intercambio de comunicaciones entre ellas, sino que únicamente se exige que quede constancia del contenido del acuerdo en cualquier forma, incluso aunque el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente (siempre y cuando se haya plasmado por medio de una grabación en soporte audio o vídeo), mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- (iii) La constancia por escrito del acuerdo de arbitraje se amplía a las comunicaciones electrónicas por las que las partes se intercambien “mensajes de datos”. Por este concepto habrá de entenderse cualquier información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como el

intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, entre otros. Dicha enumeración habrá de considerarse ejemplificativa o “*numerus apertus*”.

- (iv) Finalmente, se amplía el concepto de “*acuerdo por escrito*” a los intercambios de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. En otras palabras, aquellos supuestos en los que el demandado se somete tácitamente al arbitraje.

La facultad de decidir entre una u otra alternativa (opciones I y II) le corresponde a cada uno de los Estados, quienes podrán examinarlas y escoger una u otra, según convenga a sus necesidades concretas, y dependiendo del contexto jurídico en que se promulgue la citada Ley Modelo, incluyendo los principios generales del derecho de los contratos de cada Estado. En definitiva, “*la finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York*”<sup>8</sup>.

Por otra parte, los artículos 8° y 9° de la Ley Modelo UNCITRAL abordan dos importantes aspectos de la compleja relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales.

El párrafo 1 del artículo 8° de la Ley Modelo UNCITRAL se inspira en el artículo II.3 CNY. En virtud de dicho precepto, como regla general el Tribunal de Justicia nacional remitirá a las partes al arbitraje, en caso de que se les presente una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, se establece una excepción a dicha regla: el Tribunal nacional será competente para pronunciarse sobre la validez, nulidad o eficacia del acuerdo arbitral, siempre y cuando exista una previa solicitud por una de las partes (nunca, de oficio) y siempre que dicha solicitud se produzca antes de que las partes realicen alegaciones respecto al fondo del asunto.

Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 8° de la Ley Modelo aclara que hasta el momento en que el Tribunal nacional se pronuncie, no se suspenderá el arbitraje, sino que éste se podrá iniciar o proseguir, incluso hasta que se dicte un laudo, mientras la cuestión esté pendiente de resolver por el Tribunal nacional.

Finalmente, el artículo 9° de la Ley Modelo establece que ninguna medida cautelar que dicten los Tribunales de Justicia nacionales en virtud de su derecho procesal (embargos previos al laudo, por ejemplo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Por tanto, en virtud de este precepto, dondequiera que se pueda hacer una solicitud de medidas cautelares a un

<sup>8</sup> Secretaría de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”. En: *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. CNUDMI. Naciones Unidas. Nueva York, 2008, p. 31. Accesible on-line en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

tribunal nacional no podrá invocarse como excepción, según la Ley Modelo, la posible inexistencia o ineficacia del acuerdo de arbitraje.

### 2.2.5. La Ley Española de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)

En España, el arbitraje, tanto nacional como internacional, se regula actualmente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, en ocasiones, LAE). Dicha Ley es una norma muy avanzada pues está plenamente inspirada en los principios contenidos en la Ley Modelo UNCITRAL. Por tanto, España cuenta con un marco jurídico que le sitúa en la vanguardia de los Estados de nuestro entorno en materia de arbitraje comercial internacional.

La Ley española de Arbitraje regula la forma y el contenido del convenio arbitral en su artículo 9, que refleja de forma casi textual el contenido del artículo 7, en su opción I, de la Ley Modelo de UNCITRAL, que ha sido analizado con anterioridad en el apartado 2.4 del presente capítulo. Por tanto, la LAE regula tanto el contenido del convenio arbitral, como la forma escrita que ha de revestir el mismo, si bien, se interpreta dicho requisito formal en sentido muy amplio, como se verá a continuación.

El artículo 9 LAE establece:

“Artículo 9.- Forma y contenido del convenio arbitral

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

algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

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

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

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

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

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

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

De la anterior definición se deducen las siguientes características que deberá reunir todo acuerdo de arbitraje o convenio arbitral para que sea considerado válido y eficaz:

- (i) En primer lugar, la Ley española de arbitraje utiliza la denominación “*convenio arbitral*”, a diferencia de la Ley Modelo que utiliza el término “*acuerdo de arbitraje*”.
- (ii) La Ley española prevé que dicho convenio arbitral puede estar incorporado como una cláusula más de un contrato<sup>9</sup> o como un acuerdo independiente. Igualmente, se admite que el convenio arbitral esté incorporado en un documento distinto al que las partes se remitan, considerándose que queda incorporado al contrato<sup>10</sup>.

La Ley española prevé como novedad respecto a la Ley Modelo el supuesto de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión. En ese supuesto, la validez e interpretación de dicho convenio se regirá por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

En este punto –desde la perspectiva del Derecho español– debemos distinguir si dicho contrato de adhesión fue suscrito por empresarios o profesionales, o, por el contrario, si fue suscrito por un consumidor y un empresario o profesional.

En el primero de los casos, en que la parte adherente es un empresario o profesional, la Ley que ha de aplicarse para determinar la validez e interpretación de dicho convenio

arbitral será la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). En ese caso, el convenio arbitral, será, en principio –y siempre y cuando se acredite que la parte adherente conoció la existencia de las referidas condiciones generales y que éstas estaban incorporadas al contrato suscrito–, plenamente válido, puesto que se considera que la parte adherente suscribió el contrato en igualdad de condiciones con la parte predisponente porque ambos son empresarios o profesionales, y ninguno de ellos es merecedor de una mayor tutela por parte del Ordenamiento Jurídico.

Por el contrario, en el segundo de los casos, en que la parte adherente es un consumidor, la Ley española que ha de aplicarse para determinar la validez e interpretación de dicho convenio arbitral será el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. De acuerdo con dicha norma, en particular, con su artículo 90.1, se considerará una cláusula abusiva la sumisión a arbitrajes distintos al arbitraje (administrativo) de consumo, como regla general. El carácter abusivo de dicha cláusula

<sup>9</sup> No se utiliza el término “cláusula compromisoria”, a diferencia de lo que sucedía en la Ley Modelo UNCITRAL.

<sup>10</sup> Vid. Artículo 7.6 Ley Modelo UNCITRAL

llevará aparejada su nulidad, conforme al artículo 83.1 de dicho Real Decreto Legislativo.

- (iii) Se mantiene el contenido básico del convenio arbitral, es decir, la sumisión por las partes en una determinada relación jurídica de sus controversias a un arbitraje. Dicha sumisión al arbitraje tiene dos efectos inmediatos: (i) el compromiso de las partes de abstenerse de acudir a la jurisdicción nacional para la solución de sus controversias y (ii) la aceptación por ambas partes del laudo que se dicte resolviendo la controversia, que será vinculante, de obligado cumplimiento y definitivo, salvo que existan excepcionales circunstancias que justifiquen su impugnación, por medio de la acción de nulidad.
- (iv) Las partes pueden someter a arbitraje controversias que deriven de una determinada relación jurídica existente entre ambas, sea de naturaleza contractual o no contractual. Sin embargo, esta facultad de las partes no es absoluta ya que se encuentra limitada. La controversia debe referirse a una materia arbitrable, es decir, a una materia que no se halle excluida del

arbitraje por razones de orden público (materias aduaneras, tributarias, fiscales) o porque el Estado otorga una mayor protección a alguna de las partes del arbitraje (consumidores, trabajadores, asegurados). El artículo 2 de la Ley española de arbitraje considera materias arbitrables aquellas que sean de libre disposición para las partes conforme a Derecho y el artículo 1.4 de la misma Ley excluye expresamente los arbitrajes laborales de su ámbito de aplicación objetivo.

- (v) Ambas partes pueden, igualmente, optar por someter al arbitraje todas las controversias que deriven de una determinada relación jurídica o sólo algunas de ellas. Lo habitual para evitar que se planteen patologías en la cláusula arbitral, es utilizar una redacción amplia y directa de la cláusula<sup>11</sup>, para que no quepa ninguna duda de cuál era la intención de las partes a la hora de suscribir el citado convenio arbitral. Sin embargo, hay que evitar una redacción más cerrada o tasada de la cláusula, puesto que existe un grave riesgo de que queden fuera del arbitraje algunas controversias que puedan plantearse en un futuro<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Por ejemplo, resulta altamente recomendable utilizar las siguientes expresiones “Las partes someterán a arbitraje de Derecho todas las controversias o reclamaciones que deriven o puedan derivar del presente Contrato (...)”, o “Ambas partes se obligan a someter a arbitraje de Derecho cualesquiera controversia o reclamación, de cualquier naturaleza, que derive o pudiera derivar, directa o indirectamente del presente contrato”.

<sup>12</sup> Si limitamos los tipos de controversias que se someten a arbitraje, utilizando fórmulas tales como “(...) controversias derivadas de la interpretación del Contrato”, pero no mencionamos las “controversias derivadas de la existencia o de la ejecución del Contrato”, existe un serio riesgo a que éstos últimos tipos de controversias queden fuera del arbitraje. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2009, que será comentada en el apartado 3.



- (vi) La Ley española de Arbitraje exige que el convenio arbitral tenga forma escrita. Sin embargo, siguiendo el criterio establecido por el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, se amplía el concepto de forma escrita. Así, no se requiere que el acuerdo haya sido necesariamente firmado por las partes, sino que puede deducirse de un intercambio de cartas, telegramas, fax o cualquier otro medio de comunicación, incluido el correo electrónico, que dejen constancia del acuerdo. Este último requisito de la constancia se refiere a que el convenio arbitral ha de constar y ha de ser accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. La amplitud de esta definición abre la puerta a la posibilidad de un convenio arbitral verbal que haya sido grabado en soporte audio o vídeo, cumpliéndose así el requisito legalmente establecido. Como fácilmente podrá deducirse, este requisito de la constancia y la accesibilidad en un determinado soporte cumple esencialmente funciones probatorias.
- (vii) El requisito de la forma escrita también se cumple cuando la existencia del convenio arbitral se deduzca del intercambio de los escritos de demanda y contestación en el curso de un procedimiento judicial, cuando la existencia del convenio arbitral sea afirmada por una parte, y no negada por la otra. En ese caso, se estará ante una suerte de sumisión tácita al convenio arbitral.

Conforme al Derecho español, la forma de poner de manifiesto la inexistencia o no aplicación al supuesto de hecho concreto de un convenio arbitral, invocado por la contraparte en un procedimiento judicial, será mediante la correspondiente declinatoria por falta de jurisdicción o de competencia, prevista en los artículos 56.2 y 63 y siguientes de la LEC.

- (viii) Finalmente, en el párrafo 6 del artículo 9º de la Ley española de Arbitraje se contiene una regla de determinación del Derecho Aplicable para establecer la existencia o validez de un convenio arbitral así como la arbitrabilidad de la controversia, en un arbitraje comercial internacional. Dicha regla se basa en un sistema de puntos de conexión “en cascada”. De esta forma, se aplicará en primer lugar, la Ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral. En defecto de elección de esta norma, se tendrá en cuenta el Derecho que rija el fondo de la controversia y, finalmente, se aplicará, con carácter subsidiario, el Derecho español, es decir, el artículo 9 de la Ley española de arbitraje para determinar la existencia, validez o aplicación del convenio arbitral, y el artículo 2º de la misma norma, para decidir si la controversia es o no arbitrable.

Respecto a la invocación de un convenio arbitral ante los Tribunales nacionales, el artículo 11.1 de la Ley española de Arbitraje establece, como regla general, la plena eficacia entre las partes del convenio arbitral, y la obligación

de los tribunales nacionales de abstenerse de conocer de controversias sometidas a arbitraje, siempre y cuando una de las partes (la demandada) invoque el convenio arbitral, mediante declinatoria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 56.2 y 63º y siguientes de la LEC. Como puede observarse, la Ley española de Arbitraje incorpora esta regla al Ordenamiento Jurídico español, basándose en el artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL y en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, que prevén este mismo mecanismo.

Asimismo, el párrafo 2 del citado artículo 11º de la Ley española de Arbitraje reproduce lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL respecto a la inexistencia de efectos suspensivos ni impeditivos de la declinatoria respecto a un procedimiento arbitral existente o de previsible iniciación, hasta tanto el Tribunal nacional se haya pronunciado sobre la procedencia o no de la declinatoria propuesta.

Finalmente, el artículo 11.3 de la Ley española de Arbitraje admite la posibilidad de que las partes puedan solicitar de un Tribunal nacional, la adopción de medidas cautelares, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación. Dicha previsión se desarrolla desde una perspectiva puramente procesal en el artículo 722º y siguientes. La posibilidad de que un Tribunal nacional adopte medidas cautelares con carácter previo al inicio de un procedimiento arbitral o durante su tramitación está plenamente reconocida en los instrumentos convencionales aplicables en esta materia. Así, tal posibilidad se prevé en el artículo

VI.4 del CEACI y en el artículo 8.3 de la Ley Modelo UNCITRAL.

### **3. PANORAMA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL**

#### **3.1. Introducción**

En los apartados anteriores de este trabajo se han examinado los diferentes instrumentos normativos que regulan los diferentes requisitos que han de concurrir para afirmar la existencia, validez y eficacia de un convenio arbitral en España e Iberoamérica. Del análisis realizado puede concluirse que la regulación de esta materia en la vigente Ley española de arbitraje se inspira claramente en los Convenios internacionales en los que España es parte (Convención de Nueva York de 1958 y Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional suscrito en Ginebra en 1961), así como en los textos internacionales armonizadores más actuales, como la Ley Modelo UNCITRAL.

Sin embargo, el análisis realizado no sería completo si no nos detuviéramos en los criterios que han aplicado los Tribunales españoles para interpretar y aplicar en la práctica dicha normativa. La jurisprudencia de los Tribunales españoles, y en particular, del Tribunal Supremo, pero también la doctrina jurisprudencial de los Tribunales menores, como las Audiencias Provinciales, sirve de complemento al ordenamiento jurídico, al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho: la ley, la

costumbre y los principios generales del Derecho<sup>13</sup>.

Siguiendo un criterio sistemático, se va a analizar a continuación cómo han venido interpretando los Tribunales españoles los diferentes requisitos que la Ley española exige para que un Convenio arbitral sea considerado existente, válido y eficaz.

### 3.2. El objeto del Convenio Arbitral: Cuestiones sometidas a arbitraje

En primer lugar, hay que recordar que el artículo 9.1 de la Ley española de Arbitraje admite la posibilidad de que, al suscribir el convenio arbitral, las partes puedan decidir someter al arbitraje todas o sólo algunas controversias derivadas de la relación jurídica existente entre las partes.

Es evidente que si el convenio arbitral se refiere a cualquier controversia o disputa derivada de una determinada relación jurídica, no caben muchas dudas interpretativas al respecto. Sin embargo, el problema se plantea cuando las partes deciden redactar la cláusula arbitral delimitando las controversias que se van a someter a arbitraje, y omitiendo otras posibles controversias que pudieran suscitarse. En ese caso, esa cláusula arbitral patológica habrá de ser interpretada para concluir si una determinada controversia está incluida o no en el ámbito de aplicación objetivo del convenio arbitral y, por tanto,

si es o no aplicable el convenio arbitral en tal circunstancia.

A este respecto, el Tribunal Supremo de España ha tenido la ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones<sup>14</sup> estableciendo una tesis uniforme: solo forman parte del convenio arbitral aquellas materias respecto a las que las partes expresaron su voluntad firme, expresa e inequívoca. Por tanto, si alguna de las materias quedó excluida en la redacción de la citada cláusula, habrá de entenderse que tal materia no quedará sometida a arbitraje.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6374), entre otras cuestiones, se refiere a un supuesto de hecho en el que la cláusula arbitral incluida en el contrato de suministro de energía eléctrica suscrito entre las partes se refería únicamente a cuestiones interpretativas derivadas de dicho contrato. Sin embargo, la controversia que se planteó entre las partes constituía un incumplimiento contractual. El Tribunal argumentó, interpretando el tenor literal del clausulado, que dicho incumplimiento era claro y no era preciso realizar interpretación alguna del contrato para llegar a tal conclusión. Además, desde un punto de visto semántico y sistemático, en opinión de la Sala, los términos “interpretación” e “incumplimiento” tienen significados muy diferentes, e incluso tienen diferente tratamiento legal en el Código Civil.

<sup>13</sup> Vid. Artículo 1.4 del Código Civil español.

<sup>14</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2006 (RJA 2006\6374), 18 de marzo de 2002 (RJA 2002\2847), 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5256), de 31 de mayo de 2003 (RJ 2003\5217), 5 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6374) y de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009\8), entre otras.

A resultas de dicho razonamiento, el Tribunal concluyó de forma categórica:

“Aquí ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, es decir, las cuestiones interpretativas que surgieran, y no se incluyeron las referidas a cumplimiento e incumplimiento. Conforme a los artículos 1 y 5 de la Ley de Arbitraje, la sumisión a la decisión del árbitro ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz y vinculante es necesario que conste debidamente manifestada la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral, que es lo que en este caso ha ocurrido”.

Esta tesis ha sido recogida por el Tribunal Supremo en otras Sentencias. Así, las Sentencias de 20 de junio de 2002 y 5 de septiembre de 2006 establecen:

“Lo que resulta importante, a efectos de la vinculación de los interesados a la estipulación, es que el convenio arbitral debidamente formalizado por escrito, contenga el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse al arbitraje, es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar explicitado”.

Finalmente, esta misma tesis ha sido invocada, muy recientemente, por la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 13 de julio de 2009. En ese supuesto de hecho, el convenio arbitral únicamente se refería expresamente a las controversias o diferencias derivadas de la interpretación de un contrato. Sin embargo, la controversia que se sometió a arbitraje se refería a una cuestión sobre el cumplimiento o la ejecución

del contrato. En consecuencia, la Sala estimó que el convenio arbitral debía ser interpretado conforme a un criterio literal, concluyendo que la voluntad de las partes había sido someter exclusivamente aquellas controversias derivadas de la interpretación del contrato, y no otras derivadas de su desarrollo, ejecución o cumplimiento, puesto que las partes habían omitido expresamente toda referencia a dichas cuestiones.

En este supuesto, el pronunciamiento del Tribunal nacional se produjo *a posteriori*, es decir, cuando ya se había dictado laudo arbitral que resolvía dicha controversia. La Sala optó por anular el referido laudo, puesto que la controversia que resolvía no debió nunca someterse a arbitraje, conforme a la interpretación literal del convenio arbitral. El Tribunal invocó el artículo 41.1.a) de la Ley española de Arbitraje para justificar tal pronunciamiento. Dicho artículo establece como uno de los motivos de nulidad de un laudo arbitral que la inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

En conclusión, la línea juris-prudencial dominante en España es que sólo se someterán a arbitraje aquellas controversias que las partes expresamente hayan previsto en el convenio arbitral. Aquellas que se hayan omitido, quedarán, por tanto, excluidas de la posibilidad de ser dirimidas en el curso de un procedimiento arbitral.

### 3.3. La incorporación de los Convenios Arbitrales en los Contratos de Adhesión

En el tráfico económico actual, cada vez es más frecuente que los operadores

económicos realicen negocios jurídicos en masa con sus clientes o proveedores. Con el fin de agilizar dichas transacciones, estos agentes económicos disponen de unas condiciones generales de compra o de venta que rigen todos los negocios jurídicos que realizan, si bien, pueden pactar con sus clientes o proveedores unas condiciones particulares para regular algunas cuestiones específicas de cada operación. Sin embargo, en las condiciones generales se contienen los pactos de sumisión a arbitraje o jurisdicción, por ejemplo.

La parte predisponente es quien redacta dicho condicionado general o contrato de adhesión, que la contraparte adherente ha de asumir, sin tener posibilidad de negociar cualquier modificación de su contenido, si quiere tener relaciones comerciales con el predisponente.

Atendiendo a dicha realidad económica, el artículo 9.2 de la Ley española de Arbitraje prevé expresamente la posibilidad de que un convenio arbitral se contenga en un contrato de adhesión. Sin embargo, se establece que la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto por la legislación aplicable a este tipo de contratos.

Como ya tuve ocasión de afirmar con anterioridad, tal previsión constituye una novedad y una peculiaridad propia de la Ley española de Arbitraje respecto de los Convenios Internacionales y textos normativos analizados en el presente trabajo.

Dicha remisión se referirá a la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), aplicable a los contratos de adhesión en los que sean parte tanto profesionales como profesionales y consumidores. Si bien, en este último caso, habrá de tenerse en consideración la regulación en materia de cláusulas abusivas contenida en los artículos 83.1 y 90.1 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que como ya se afirmó con anterioridad, considera abusivas y, por tanto, nulas, aquellas cláusulas de sumisión a arbitraje (distinto al arbitraje tutelado administrativamente del Sistema Arbitral de Consumo) insertas en contratos de adhesión en los que la parte adherente sea un consumidor.

Los Tribunales españoles se han pronunciado de forma unánime y reiterada respecto a la nulidad de los laudos arbitrales basados en un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión en el que la parte adherente era un consumidor. Gran parte de estos pronunciamientos judiciales<sup>15</sup> se refieren a un convenio arbitral incluido en un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil, al que se veían obligados a adherirse los consumidores. Y los Tribunales han acogido de oficio la nulidad del laudo, en otras palabras, aún cuando ninguna de las partes lo había impugnado, los Tribunales han denegado la ejecución del laudo declarándolo nulo de oficio<sup>16</sup>,

<sup>15</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 16 de enero de 2009 (AC 2009\678). El resto de resoluciones se argumentan de forma idéntica.

<sup>16</sup> Sin embargo, existe una corriente jurisprudencial minoritaria representada por los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª) de 15 de julio de 2004 (AC 2004\1726), de

conforme al motivo de anulación previsto en los artículos 41.1 e) y f) de la Ley española de Arbitraje, basándose en que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, o que el laudo era contrario al orden público.

Esta práctica de los Tribunales españoles de anular de oficio el laudo descrita en el párrafo anterior viene motivada por la unánime jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre la materia, en particular, por las Sentencias de 27 de Junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* C-240/98a C-244/98, y de 21 de Noviembre de 2002, *Cofidis* C-473/00 y sentencia de 26 de Octubre de 2006, asunto C-168/05 “que inciden sobre la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a los profesionales, tanto en lo referido a la capacidad de negociación, como en cuanto al nivel de información del mismo, lo que le lleva a adherirse a condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido, esta situación de desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en litigio; indicando que las previsiones del Art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, trata de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, siendo la

naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional. Añadiendo que teniendo en cuenta que deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar de que equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias sea efectivo y real, y no meramente teórico, evitando que sus derechos por el juego de las normas procesales puedan verse dañados, concluye que si del examen del contrato en el que figura la cláusula de convenio arbitral, en base a la que se ha dictado el laudo cuya ejecución se pretende, se desprende la nulidad de tal convenio, aún cuando no se hubiera interesado en ningún momento la misma, no debe accederse a la ejecución de tal laudo, y ello reiteramos en base al principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario ha establecido a favor de los consumidores, siendo el juez nacional quien debe de oficio declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger adecuada y sobre todo eficazmente los derechos de los mismos en la forma prevista en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993 , tal y como ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”<sup>17</sup>.

15 de octubre de 2007 (sección 18ª) (AC 2007\2318) y de 21 de mayo de 2007 (sección 11ª) (AC 2007\1236), que consideran que los Tribunales no pueden apreciar de oficio un motivo de anulación para denegar la ejecución de un laudo, si las partes no han invocado una causa de nulidad. No obstante, también hay que subrayar que en estos supuestos, los Tribunales tenían dudas sobre si concurría o no la condición de consumidor en el adherente. Por esta razón, no se aplicaba de forma automática la normativa en materia de protección de consumidores para considerar abusivo y, por ende, nulo de pleno derecho, el convenio arbitral.

<sup>17</sup> Auto de 25 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) (AC 2008\178288).

En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 16 de enero de 2009, que puede tomarse a modo de ejemplo, la Sala fundamentó la nulidad del convenio arbitral y, por ende, del laudo, del siguiente modo:

“Nos encontramos ante un convenio arbitral que aparece como cláusula impresa en un contrato de consumo entre una empresa mercantil y un particular, concretamente en un contrato de promoción de terminales de telefonía móvil para particulares, que es claramente perjudicial para los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto se impide al consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 9 de abril de 2008 (AC 2008\1702) se pronuncia en similares términos:

“En consecuencia, no puede accederse al despacho de la ejecución de un título de ejecución que debe reputarse jurídicamente inexistente al dimanar de un convenio arbitral viciado de nulidad absoluta, radical, *ipso iure*, e insubsanable, al menos por las dos siguientes razones que compendian las ya expuestas: a) hallarse incluida como condicionado general de un contrato y no haberse negociado individualizadamente; y, b) comportar de facto la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto del de consumo y perjudicar los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dificultando sobremanera sus posibilidades de efectiva defensa”.

En suma, los Tribunales españoles han declarado radicalmente nulas las cláusulas de arbitraje insertas en contratos de adhesión suscritos por consumidores basándose en dos argumentos: (i) el incumplimiento de los requisitos de incorporación de las citadas condiciones generales y, en particular, del convenio arbitral, al contrato, puesto que no había sido ni negociado ni aceptado expresamente por el consumidor; ya que no constaba su firma, por lo que quedaba clara la “ausencia de un consentimiento bilateral y cierto y de un asentimiento claro, preciso y determinante para ambas partes, de someter sus diferencias y vicisitudes contractuales a un arbitraje”<sup>18</sup>; y (ii) la normativa en materia de consumidores que declara expresamente nulas de pleno derecho las cláusulas arbitrales insertas en un contrato de adhesión suscrito por consumidores, siempre y cuando el arbitraje al que se someten las partes no sea un arbitraje tutelado por una institución pública.

Sin embargo, la solución que adoptan los Tribunales es muy diferente cuando el adherente no ostenta la condición de consumidor. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8ª) de 22 de diciembre de 2005 (AC 2005\1972). En el supuesto descrito por esta sentencia también se valoraba la posible nulidad de un convenio arbitral inserto en un contrato de adhesión de prestación de servicios de telefonía móvil, pero la parte adherente no era un consumidor, sino “*una mercantil adquiriendo bienes con destino a la misma para integrarlos*”.

<sup>18</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10ª) de 16 de julio de 2007 (JUR 2007\336605).

en el proceso de producción”. Por tanto, no resultaba de aplicación la normativa en materia de protección de consumidores, y la cláusula arbitral no era considerada cláusula abusiva ni estaba afectada de una nulidad radical y de pleno derecho.

Partiendo de esa premisa, el Tribunal examinó la validez de la cláusula arbitral, atendiendo a la legislación que rige el contrato de adhesión en el que se hallaba inserta (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las Condiciones Generales de la Contratación), tal y como establece el artículo 9.2 de la Ley española de Arbitraje. Finalmente, el Tribunal declaró la validez del convenio arbitral, basándose en que la cláusula respetaba los requisitos de incorporación previstos en la norma antes citada, ya que aparecía firmada y aceptada expresamente por las partes, por lo que hubo consentimiento claro y expreso por parte del adherente a la sumisión a arbitraje. Además, la redacción de la cláusula era clara y sencilla, por lo que el adherente necesariamente debía conocer su alcance y contenido. A mayor abundamiento, el Tribunal también fundamentó su pronunciamiento en los propios actos del adherente, que intervino activamente en el procedimiento arbitral, remitiendo un escrito de alegaciones a la institución arbitral designada, en el que no cuestionaba su competencia.

### 3.4. La incorporación del Convenio Arbitral al contrato

Tanto en la Ley española de Arbitraje<sup>19</sup> como en el resto de normativa analizada en el presente trabajo podemos encontrar

la distinción entre convenio arbitral y cláusula compromisoria. Así, se utilizará el término “convenio arbitral” para designar al acuerdo de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan o puedan surgir de una determinada relación jurídica, adoptado de forma independiente por las partes. Por el contrario, el término “cláusula compromisoria” se utiliza cuando tal acuerdo arbitral está incorporado al clausulado de un contrato suscrito entre las partes.

Además, en el apartado 4 del artículo 9º de la referida Ley española de Arbitraje se prevé que el convenio arbitral puede constar en un documento al que las partes se hayan remitido. El ejemplo más característico sería el Anexo a un contrato o los contratos derivados de un contrato-marco, cuando el convenio arbitral solo consta en el contrato-marco y no en los sucesivos contratos derivados de éste.

Los Tribunales españoles se han pronunciado en varias ocasiones de forma favorable sobre la aplicación de un convenio arbitral plasmado en un contrato a una controversia derivada del incumplimiento de una cláusula del Anexo de ese contrato o de un contrato sucesivo derivado del contrato-marco donde se hallaba la cláusula arbitral. A este respecto, deben mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1535) que reconoce la plena aplicación de la cláusula de arbitraje pactada en el contrato principal de arrendamiento de terrenos e instalaciones de estaciones de servicio suscrito por las partes al pacto indemnizatorio, reconocido como complementario y adicionado

<sup>19</sup> Vid. Artículo 9.1 de la Ley española de Arbitraje.



al contrato, respecto al que surge la controversia que se somete a arbitraje.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984) consideró plenamente válido y eficaz un convenio arbitral incluido en los estatutos sociales, puesto que el artículo 9.1 de la Ley española de arbitraje (y el artículo 1 de la antigua ley de Arbitraje de 1988) el convenio arbitral podía pactarse como acuerdo independiente o, como ocurre en este supuesto, como cláusula incorporado a un contrato principal. Los estatutos sociales poseen naturaleza contractual, puesto que, según afirma la Sala, “la sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantánea, como ocurre con los contratos de tracto único, sino que se nace de una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo”. La Sentencia concluye afirmado de forma categórica que “la posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de febrero de 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala”.

### **3.5. La interpretación del requisito de la forma escrita**

La exigencia de que el convenio arbitral cumpla ciertas exigencias

formales está presente en los diferentes instrumentos normativos analizados en el presente trabajo, con la excepción de la opción B del artículo 7º de la Ley Modelo UNCITRAL, que no exige el cumplimiento de dichas exigencias formales. El resto de las citadas normas, incluyendo el artículo 9.3 de la Ley española de Arbitraje exigen que el convenio arbitral tenga forma escrita, si bien, se suaviza dicha exigencia, interpretándolo de forma muy amplia, de tal forma que se admite en la práctica que el convenio arbitral revista cualquier forma (incluyendo la verbal), siempre que conste en un soporte que permita dejar constancia del acuerdo para una comprobación posterior, a efectos probatorios.

Como ya he descrito en apartados precedentes de este trabajo, la Ley española de arbitraje admite que el convenio arbitral no necesariamente conste en un documento firmado por ambas partes, sino que puede deducirse de un intercambio de comunicaciones transmitidas por cualquier medio de comunicación que deje constancia del acuerdo (cartas, faxes, telegramas, correo electrónico, etc). Asimismo, se admite igualmente que el convenio arbitral resulte de su afirmación por una de las partes en un procedimiento judicial en un intercambio de escritos de demanda y contestación, siempre que no sea negada por la contra-parte.

Teniendo en cuenta la claridad y amplitud de la regulación contenida en los preceptos mencionados, los Tribunales españoles sólo han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de estos preceptos en contadas ocasiones, y cuando lo han hecho, ha sido para confirmar lo dispuesto en la Ley.

En dos Autos muy similares, de 31 de julio y 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000\6875 y RJ 2001\703, respectivamente), el Tribunal Supremo español tuvo la oportunidad de anticiparse a la actual regulación contenida en el artículo 9.3 de la Ley española de arbitraje (Ley 60/2003), y de interpretar el requisito de forma escrita, de forma amplia, basándose en los Convenios Internacionales en materia de arbitraje, suscritos por España, y, en particular, la Convención de Nueva York de 1958 y el CEACI de Ginebra de 1961. El Tribunal concluye que “la existencia de convenio arbitral puede deducirse de las comunicaciones por fax intercambiadas entre las partes, que permiten inferir la voluntad de las partes de someter las disputas surgidas en el desenvolvimiento del contrato a la decisión de árbitros”, como se recogía en el entonces vigente artículo 6.2 de la ya derogada Ley española de Arbitraje de 1988, aplicable a aquel supuesto de hecho.

Finalmente, debe destacarse el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de marzo de 2009 (AC 2009\1328) que se refiere a un arbitraje de consumo. Sin embargo, dicho Auto aplica la regla prevista en el artículo 9.4 de la Ley española de Arbitraje, en virtud de la cuál, puede deducirse la existencia de un convenio arbitral del intercambio de escritos de demanda y contestación (en este caso, de solicitud de arbitraje y oposición), siempre que una de las partes afirme la existencia de convenio arbitral y la contraparte no lo niegue ni rechace la competencia del arbitro, como sucede en el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia el citado Auto, donde no sólo se niega la competencia del tribunal arbitral,

sino que la parte demandada intervino activamente en el procedimiento arbitral, remitiendo varios escritos de alegaciones e incluso participando en la vista. La Sala concluye que existe convenio arbitral y confirma la validez del laudo dictado.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El propósito del presente trabajo era analizar de forma comparada la regulación del convenio arbitral en los diferentes instrumentos normativos tanto internacionales como nacionales que forman parte del Ordenamiento Jurídico español. Además, de realizar una especial mención a la regulación de dicha cláusula arbitral en el instrumento convencional vigente en la materia en el continente americano, dado el alcance de la publicación en la que se incluye esta contribución.

Dicho análisis normativo se ha visto complementado por la revisión de los criterios y argumentos utilizados por los Tribunales españoles para interpretar dichos preceptos y para resolver los problemas que en la práctica pueden plantear las denominadas cláusulas patológicas, es decir, para suplir las deficiencias de las partes a la hora de negociar y pactar el convenio arbitral o cláusula compromisoria que va a regular la solución de las controversias presentes o futuras que se puedan plantear.

De dicho análisis, he podido obtener las siguientes conclusiones:

- (i) El convenio arbitral es fruto de la autonomía de la voluntad de las

partes. Son las partes quienes deciden renunciar a su fuero jurisdiccional y someter a la decisión de una o varias personas neutrales (árbitros) las controversias que pudieran derivarse de una relación jurídica preexistente, con independencia de su naturaleza. Las partes se obligan igualmente a cumplir con dicha decisión (laudo) que puedan dictar los árbitros, que será inmediatamente ejecutable en la mayor parte de los Estados, gracias al sistema de reconocimiento y ejecución casi universal diseñado por la Convención de Nueva York. Salvo en circunstancias muy excepcionales, el laudo no será objeto de impugnación o revisión por los Tribunales nacionales, preservándose así la independencia de la institución y el procedimiento arbitral.

- (ii) Son las partes quienes son libres para establecer cualquier limitación al alcance o contenido del convenio arbitral. Por tanto, los Tribunales optan por aplicar un criterio de interpretación literal para concluir que aquellos aspectos que no hayan sido incluidos expresamente en el ámbito de aplicación objetivo del convenio arbitral porque las partes han querido excluir expresamente dichas cuestiones de la sumisión a arbitraje.
- (iii) Las partes son igualmente libres para dotar al convenio arbitral de la forma que consideren necesario, con la única condición de que el convenio ha de hallarse plasmado en una forma tal que permita la constatación de su existencia en un futuro. De este modo, el arbitraje responde a las demandas

de los operadores económicos de un mercado globalizado y a la agilidad del tráfico mercantil internacional que exige que el convenio arbitral se vea desprovisto de requisitos formales rígidos. Se permite así que el convenio se incluya en un contrato marco, en un contrato de adhesión, en un intercambio de correspondencia entre las partes, incluso, por medios electrónicos, y en un intercambio de escritos de demanda y contestación, entre otros. Los Tribunales se han mostrado, por lo general, respetuosos con esta libertad de forma, y prueba de ello, es que prácticamente no se han planteado controversias en este sentido.

- (iv) Finalmente, y sin perjuicio de todo lo afirmado con anterioridad, debe subrayarse que la autonomía de la voluntad de las partes para pactar una cláusula arbitral no es ilimitada. Por el contrario, existen ciertas materias indisponibles para las partes (aduaneras, fiscales, laborales) sobre la que no resulta posible someter a arbitraje las controversias que puedan surgir. Por otra parte, existen ciertas relaciones jurídicas en las que no existe el equilibrio de prestaciones necesario entre las partes, pues una de ellas necesita ser dotada de una mayor tutela por el Ordenamiento Jurídico, al ser considerada “parte débil”. En esos supuestos (relaciones jurídicas entabladas con consumidores, asegurados o trabajadores) la cláusula arbitral que pudiera haberse afectado será nula y carecerá de efectos. Los Tribunales españoles

han anulado en múltiples ocasiones cláusulas arbitrales contenidas en contratos de adhesión suscritos con consumidores. En algunas ocasiones, dicha nulidad ni siquiera había sido

instado por ninguna de las partes, y ha sido declarada incluso de oficio, por estimar los Tribunales que el convenio arbitral era inexistente o que vulneraba el orden público español.

# EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE (\*)

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Caracterización del pacto de negociar con carácter previo a la iniciación del arbitraje.* 3. *Requisitos del ejercicio del pacto de negociar.* 3.1. *Subjetivos.* 3.2. *Requisitos de forma.* 3.3. *Tiempo de la solicitud.* 3.4. *Requisitos de contenido.* 3.5. *Requisitos de acreditación.* 4. *Iniciación del procedimiento arbitral sin haber cumplido con la obligación de negociar previamente.* 5. *Anulación del laudo ante el incumplimiento del pacto de negociar.* 6. *Ejecutabilidad del pacto de negociar y anti-suit injunctions.* 7. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Ocurre cada vez con más frecuencia que las partes que deciden insertar una cláusula de arbitraje en un contrato establecen, también, la obligación de negociar con carácter previo a la iniciación del arbitraje. Son las denominadas *escalation clauses*, *multi-tier clauses* o *multi-step alternative dispute resolution clauses*<sup>1</sup>.

En esencia, lo que en ellas se dispone es que la parte que desee comenzar un arbitraje deberá, con carácter previo,

iniciar una negociación con la otra parte, con la finalidad de tratar de resolver amistosamente la disputa (de ahí que se hable del efecto “depurador” o del efecto “filtro” que estas cláusulas presentan)<sup>2</sup>.

Su tipología es muy variada: conviven cláusulas de extraordinaria simplicidad (aquellas en las que, por ejemplo, las partes se obligan, antes de iniciar el arbitraje *to use best efforts to reach an agreement*) junto con aquellas otras, más detalladas, que establecen el período máximo de duración de la negociación, quiénes han de ser los intervinientes (e.g. Consejero Delegado, Director General,

(\*) Este trabajo, en su versión original en inglés, se ha publicado en el Libro Homenaje a D. Bernardo Cremades.

(\*\*) Socio de Uría Menéndez, Madrid. Miembro del Club Español del Arbitraje.

<sup>1</sup> FILE, J. “United States: Multistep Dispute Resolution Clauses”. En: *IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter*. London: julio, 2007, p. 36.

<sup>2</sup> SUTTON, D.; GILL, J. and GEARING, M. *Russell Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 48.

etc.) e incluso el número de sesiones que habrán de celebrarse<sup>3</sup>.

El objeto de estas *multi-tier clauses* es evidente. Se trata, en definitiva, de poner en conocimiento de la otra parte la existencia de la controversia y de darle la oportunidad de obtener una solución “extra-arbitral”, evitándose así los costes económicos y temporales que todo proceso arbitral encierra<sup>4</sup>. Junto a esta finalidad, el pacto puede tener también por objeto conceder a la parte reclamada la oportunidad de preparar mejor su defensa, caso de que la solución negociada no pueda ser finalmente alcanzada<sup>5</sup>.

En definitiva, estos pactos permiten que las partes puedan reflexionar sobre los hechos que originan la controversia, agotando así las posibilidades de un acuerdo amistoso.

No puede dejar de resaltarse, además, su trascendencia en la economía de la obligación. En efecto, a las partes que celebran un contrato –donde se incluye esta obligación de negociar– no les resultará indiferente que sus disputas puedan resolverse de manera “extra-arbitral”. Como resulta evidente, los costes económicos, temporales e incluso reputacionales de un arbitraje son muy superiores a los que derivan de un proceso negociador. De ahí que pueda no resultar indiferente a una parte la existencia o no de este pacto.

Los pactos de negociar plantean no pocas incertidumbres: ¿Cuáles son los efectos de su inobservancia? ¿Tienen jurisdicción los árbitros si el pacto ha sido incumplido? ¿Cabe subsanar ese incumplimiento? ¿Es ejecutable forzosamente el pacto? ¿Puede instarse la nulidad de un laudo arbitral por no haberse cumplido el pacto de negociar? A esas y a otras preguntas intentamos contestar en las líneas que siguen a continuación.

Conviene indicar, por último, que si bien nuestra doctrina y jurisprudencia han examinado instituciones similares (e.g. la falta de reclamación previa en vía gubernativa, a la que hacía alusión el viejo artículo 533.7 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 o la conciliación laboral obligatoria del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral), no ha abordado esta cuestión en relación con el arbitraje. Sí ha existido, sin embargo, un intenso debate en los Tribunales y la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha dado lugar a numerosas resoluciones, muchas de ellas contradictorias, a las que haremos aquí alusión.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL PACTO DE NEGOCIAR CON CARÁCTER PREVIO A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

El pacto de negociar antes de la iniciación del arbitraje puede ser, a mi juicio, caracterizado (a) bien como una condición

<sup>3</sup> Vid. FILE, J., *loc. cit.*, p. 33.

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1989 –RTC 1989/60–, al analizar la finalidad de la reclamación previa administrativa, con la que el pacto de negociar guarda una cierta analogía.

<sup>5</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988 –RJ 1988/5259–, también referida a la reclamación previa administrativa.

suspensiva –o *condition precedent*, en la terminología norteamericana– para la iniciación del arbitraje; (b) bien como un presupuesto procesal –*rectius*: arbitral– para el inicio del proceso (*procedural arbitration requirement*); o (c) bien como una carga procesal.

La caracterización del pacto bajo una u otra figura tiene consecuencias de enorme relevancia respecto a extremos como su posible ejecución forzosa o la subsanabilidad del incumplimiento, por lo que resulta indispensable este análisis previo para llegar con posterioridad a conclusiones sobre esas cuestiones.

En un extremo se sitúan los que consideran que estas cláusulas impiden acceder al arbitraje en tanto en cuanto el proceso de negociación no se haya llevado a cabo. La configuran así como una suerte de condición suspensiva (o, en la terminología norteamericana, *condition precedent*). Esta postura ha sido particularmente mantenida por los Tribunales norteamericanos cuando las partes han querido claramente establecer la obligación de negociar como una *condition precedent*. También ha sido considerado como un *pactum de non petendo* o una renuncia temporal a iniciar el arbitraje hasta que no haya finalizado la negociación<sup>6</sup>.

Así, en *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*<sup>7</sup>, el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito estableció que:

“(…) [u]nder the plain language of the contract, the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation. Consequently, because neither party ‘ever attempted to mediate this dispute, neither party can be compelled to submit to arbitration’”.

Del mismo modo, en *Weekley Homes Inc. v. Jennings*<sup>8</sup> se sostuvo lo siguiente:

“*The trial court correctly interpreted the contractual language to require satisfaction of the provisions of the mandatory negotiation clause as a condition precedent to arbitration, and correctly determined that this arbitrability issue was one of the courts to determine, not the arbitration. Although the arbitration clause begins with broad language that generally grants jurisdiction to the arbitrator to determine the issue of arbitrability, express language in the contract restricts the breadth of that clause. The arbitration provision that makes arbitrable «any dispute or question arising under the provisions of this agreement» is qualified by the clause «which has not been resolved under the mandatory negotiation provision»”.*

En definitiva, la interpretación de algunos Tribunales norteamericanos es que el pacto de negociar tendrá la consideración de condición suspensiva –o *condition precedent*– en aquellos supuestos en que así lo hayan cualificado expresamente las partes<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Vid. BERGER, K. “Law and Practice of Escalation Clauses”. En: *Arbitration International*. Kluwer Law International. Vol. 22, núm. 1, 2006, p. 5.

<sup>7</sup> *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, 317 F.3d 41, 42 –1st Cir. 2003–.

<sup>8</sup> *Weekly Homes Inc. v Jennings* 936 SW 2d 16, 18 –Tex. App. 1996–.

<sup>9</sup> SUTTON, D.; GILL, J.; GEARING, M. *Op. cit.*; p. 48. En el mismo sentido *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem Int'l Inc.*, 290 F.3d 1287, 1291 –11th Cir. 2002–: “*The parties agreed to conditions precedent and, by placing those conditions in the contract, the parties clearly intended to make arbitration a dispute resolution mechanism of last resort... [therefore,] [b]ecause neither party requested mediation, the arbitration provision has not been activated and the FAA does not apply*”.

A mi juicio, esta interpretación es correcta en esos exclusivos supuestos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando las partes establecen un sistema *multi-tier* para resolver sus disputas (que comienzan con la obligación de negociar con carácter previo), en el que no se establece expresamente que esa obligación de negociar suspende el efecto de los siguientes escalones (aquí, el arbitraje), el incumplimiento de la obligación de negociar no puede impedir la posibilidad de iniciar las restantes fases para la resolución del conflicto. En efecto, semejante interpretación conduciría directamente a tener que acudir a la jurisdicción (puesto que la cláusula arbitral no podría ser “activada” al no haberse cumplido la condición necesaria para ello), que es precisamente lo que las partes han querido evitar. Será dentro del propio proceso arbitral donde habrán de examinarse los efectos del no cumplimiento del pacto de negociar previamente. Como gráficamente expresa BORN<sup>10</sup>, “*even where an agreement provides for arbitration only after a lengthy process of other dispute resolution mechanisms, it stills remains an arbitration agreement. Arbitration delayed is not, so to speak, not arbitration*”.

O, dicho con otras palabras, otorgar efectos suspensivos (respecto a las demás fases para la resolución de la controversia) a la obligación de negociar supondría que, por el mero hecho de que esa negociación no se hubiera llevado a cabo, toda la

estructura de resolución de conflictos creada por las partes para apartarse de la jurisdicción se vendría abajo, en contra de su voluntad de resolver su controversia de manera extrajurisdiccional. Bastaría, además, con el sencillo expediente de no iniciar la fase de negociación (o de negarse a negociar ante el requerimiento de la otra parte) para eludir la vía arbitral y poder así acudir a la jurisdicción<sup>11</sup>. En este sentido se resolvió el asunto *Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc.*<sup>12</sup>:

*“For example, the First Circuit Court of appeals considered a construction contract with a multi-step dispute resolution clause that provided, among other things, that disputes «shall ... be subject to mediation as a condition precedent to arbitration». Neither party attempted to mediate the ensuing dispute and after the plaintiff filed suit, it subsequently moved to compel arbitration based on the arbitration component of the contract’s multi-step dispute resolution clause. When the defendant resisted this motion, the court held that «[u]nder the plain language of the contract, the arbitration provision is not triggered until one of the parties requests mediation». Consequently, because neither party «ever attempted to mediate this dispute, neither party can be compelled to submit to arbitration».*

*Indeed, the Eleventh Circuit Court of Appeals considered a contract that did not even state explicitly that mediation was a condition precedent to arbitration, but rather stated that [i]n the event that a dispute cannot be settled between the parties, the matter*

<sup>10</sup> BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn. 2009, p. 241.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Dave Greytak Enters Inc. v. Mazda Motors of America Inc.*, 622 A.2d 14, 23 –Del. Ch. 1992–.



*shall be mediated within fifteen (15) days after receipt of notice by either party that the other party requests the mediation of a dispute pursuant to this paragraph. The dispute resolution clause went on to say that «[i]n the event that the dispute cannot be settled through mediation, the parties shall submit the matter to arbitration within ten (10) days after receipt of notice by either party»”.*

*“The good-faith-negotiation provision, when considered in its entirety and in context, was intended basically as the first step of a more comprehensive procedural scheme and obligation –imposed upon both parties– «to seek prompt and expeditious non-judicial resolution of disputes between them». The highly detailed nonjudicial dispute resolution procedures... begin with management review, progressing to a stipulation as to the facts and issues in dispute, moving to third-party resolution and, finally, to binding arbitration. **Those procedures and their sequence, make it evident that litigation was intended as a last resort, and not... the beginning point, of the dispute resolution process”.***

Parece, así pues, que el pacto de negociar debe ser más bien caracterizado como un presupuesto procesal (entendido como conjunto de requisitos que condicionan el derecho a obtener una resolución sobre el fondo)<sup>13</sup>. Podría incluso considerarse como una carga procesal, según veremos con posterioridad. En

efecto, el incumplimiento del pacto de negociar previamente no impediría la iniciación del arbitraje. En palabras del Tribunal de Casación de Zurich en su sentencia de 15 de marzo de 1999<sup>14</sup>, *“obligation to mediate was substantive obligation but did not prevent procedural commencement of arbitration”*. Del mismo modo, en *Int’l Ass’n of Bridge v. EFCO Corp. and Constr. Products Inc.*<sup>15</sup>, el Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito señaló: *“compliance with the procedural prerequisites in an arbitration agreement is not a bar to the commencement of arbitration, but instead is a substantive issue for the arbitrators to examine”*. Pero sí daría lugar a que mientras no fuera subsanado (luego examinaremos la cuestión de la subsanabilidad) no pudiera dictarse una resolución sobre el fondo, en la medida en que faltaría un requisito esencial para que se dictara un laudo definitivo (no impediría, sin embargo, en mi opinión, que pudiera dictarse un laudo interlocutorio, resolviendo precisamente sobre esta cuestión).

Cabría también configurar esta obligación como una mera carga procesal (esto es, acto que es necesario ejecutar para prevenir un perjuicio procesal –aquí, arbitral–)<sup>16</sup>: la parte interesada en la resolución de la controversia no

<sup>13</sup> Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Práctico*. Tomo I. Madrid: Ceura, 1993, p. 407.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Casación –*Kassationsgericht*– de Zurich, citado en *ASA Bulletin*, Kluwer International 2002, Vol. 20, pp. 373-376.

<sup>15</sup> *International Association of Bridge v. EFCO Corp. and Construction Products, Inc.*, 359 F 3d 954, 957 –8th Cir. 2004–.

<sup>16</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, J. P., *Principios generales del proceso*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 49 y ss.

está obligada a iniciar previamente al arbitraje un período negociador, pero el incumplimiento del pacto—mientras no sea subsanado—perjudicará sus expectativas de obtener una resolución favorable sobre el fondo.

En otras palabras, bien se considere un presupuesto procesal (*rectius*: arbitral), bien una mera carga, su incumplimiento no cerrará las puertas al arbitraje (a diferencia de lo que ocurriría si se le considerara una condición suspensiva), pero sí a una resolución sobre el fondo del asunto. Esta conclusión, como veremos, tiene importantes repercusiones en lo que se refiere a la propia jurisdicción de los árbitros y a la ejecutabilidad del pacto de negociar.

No puede dejar de mencionarse, por último, que hay quien considera<sup>17</sup> que la obligación de negociar debe considerarse como una obligación puramente sustantiva, sin trascendencia procesal alguna, por lo que su incumplimiento ha de resolverse—al igual que el de cualquier otra obligación material—en una mera indemnización de daños. A mi juicio, esta aproximación no es acertada. No sólo porque el pacto de negociar forma parte del esquema de resolución de conflictos de las partes (y por ello tiene una indudable trascendencia procesal), sino también porque, de anudar como única consecuencia de su incumplimiento una indemnización de

daños, ese incumplimiento quedaría en la práctica sin sanción alguna, puesto que no se acaba de vislumbrar cómo podrían determinarse los daños por no haber negociado.

### 3. REQUISITOS DEL EJERCICIO DEL PACTO DE NEGOCIAR

Siguiendo una clasificación típicamente guaspiana<sup>18</sup>, el ejercicio del pacto de negociar debe reunir una serie de requisitos que enunciamos brevemente a continuación:

#### 3.1. Subjetivos

La solicitud de negociar debe ser, lógicamente, planteada por la parte del contrato que ha constatado la existencia de la controversia y pretende poner en marcha el procedimiento de resolución de conflictos pactado por las partes. Si en cada una de las posiciones (solicitante de la negociación y destinatario de la solicitud) hay una sola persona o entidad, no se plantean problemas de relieve.

Cuando, sin embargo, hay pluralidad de partes en cada posición, será necesario que todos los que pretenden resolver la controversia (si hay pluralidad de partes en la posición del solicitante) inicien el procedimiento de reclamación frente a todos los que se encuentren en la parte solicitada.

<sup>17</sup> Vid. WALTHER, F. "E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution". En: *Aktuelle Juristische Praxis –AJP/PJA–*, Dike Verlag AG, Zürich/St.Gallen, julio 2001, pp. 176 y ss.

<sup>18</sup> GUASP DELGADO, J. maestro del Derecho Procesal, autor, entre otras obras, de *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Aguilar, 1943; *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956; y *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956—una versión actualizada de esta obra puede encontrarse en GUASP, J., con ARAGONESSES ALONSO, P. *Derecho Procesal Civil*. Sexta edición. Navarra: Civitas, 2006.

Cuando una de las partes es una entidad asociativa sin personalidad jurídica, como un consorcio o una Unión Temporal de Empresas, habrá que tener en cuenta esta singularidad. En efecto, si la solicitante es la entidad asociativa carente de personalidad, deberán –en principio– formular la solicitud todos los miembros de ésta (bien directamente, bien a través del gerente o apoderado en que hayan delegado las correspondientes facultades).

Puede ocurrir, sin embargo, que sea uno solo de los miembros del consorcio el que pretenda reclamar para sí, en su propio nombre y derecho, por tener una reclamación perfectamente individualizable frente a su contraparte contractual. Ello es sin duda posible en la medida en que se encuentra generalmente admitido que cuando la prestación de uno de los miembros del consorcio es individualizable y separable respecto a la de los demás, nada obsta a que ésta pueda ser formulada también de manera individual<sup>19</sup>.

Cuando la iniciación de la negociación se solicita frente a una entidad asociativa sin personalidad, ésta debe plantearse frente a todos los miembros que la integran, salvo en el caso de que su

responsabilidad sea solidaria, o cuando esa responsabilidad sea perfectamente individualizable en la entidad hacia la que se dirija la solicitud. Será en cualquier caso lo más prudente dirigirse frente a todos los integrantes de la entidad.

Naturalmente, la solicitud debe en todo caso formularse por una persona que represente válidamente a la sociedad (bien como consecuencia de una representación orgánica o voluntaria). La solicitud debe remitirse a un representante válido de la otra parte. Bastará, sin embargo, con que se envíe a aquellos órganos o personas con los que se ha mantenido habitualmente contacto durante la ejecución del contrato. En este sentido se pronunció el Tribunal arbitral que dictó el laudo parcial CCI de 29 de enero de 1990 (caso 6276)<sup>20</sup>, ante la objeción formulada por el demandado señalando que el destinatario de la solicitud de negociación no podía representar válidamente a la sociedad:

*“The defendant is in no position to dispute at present before the Tribunal the validity, which it has not disputed in the past, of the relations of the claimant with various municipal organs which moreover contacted it themselves and gave it instructions”.*

La conclusión de este laudo debe considerarse plenamente válida, en la

<sup>19</sup> Cfr. *Impreglio SpA v. Pakistan*, Decisión sobre jurisdicción de 22 de abril de 2005 –Caso CIADI ARB/03/3, Ref. ICC 133, 2005–, vid. comentario de JOHN P. GAFFNEY; y *Lesi SpA and Astaldi SpA v. Algeria*, Laudo de 4 de noviembre de 2008 –Caso CIADI ARB/05/3, Ref. ICC 354, 2008–; ambos publicados en *Investment Claims*. Nueva York: Oxford University Press, 2009. Vid. también DERAÏNS, Y. “The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties”. En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 14. Special Supplement. París: 2003.

<sup>20</sup> Citado en JIMÉNEZ FIGUERES, D. “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”. En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 14. Núm. 1. 2003. Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 72.

medida en que si una parte ha actuado, durante la ejecución de un contrato, con unos representantes determinados, no podrá luego negar su capacidad y legitimación para actuar en el proceso negociador (ni, mucho menos, para recibir la correspondiente solicitud para iniciar la negociación).

### 3.2. Requisitos de forma

En cuanto a los requisitos de forma, estos vendrán generalmente determinados en el pacto de negociar. Puede ocurrir, sin embargo, que nada se diga al respecto. En tal caso, parece lógico que la solicitud haya de formularse por escrito para permitir conocer el alcance exacto de la controversia (y para poder acreditar que

se cumplió con la obligación de negociar). Nada impide, sin embargo, que la solicitud sea verbal (si bien esto planteará notables problemas de prueba respecto a que la negociación ha sido instada -que habrán quizás de resolverse por medio de *affidavits* o *written statements* de las personas intervinientes en el proceso negociador-). En cualquier caso, la existencia de una solicitud meramente verbal resulta ajena a la práctica internacional, donde la solicitud es prácticamente siempre escrita.

### 3.3. Tiempo de la solicitud

La solicitud debe presentarse en un plazo razonable desde que haya surgido la controversia<sup>21</sup>, no sólo porque resulta un requisito obligado conforme a las

<sup>21</sup> Las normas FIDIC disponen al respecto:

53.1 *Notice of Claim: Notwithstanding any other provision of the Contract, if the Contractor intends to claim any additional payment pursuant to any Clause of these Conditions, or otherwise, he shall give notice of his intention to the Engineer, with a copy to the Employer, within 28 days after the event giving rise to the claim has first arisen.*

53.2 *Contemporary Records: Upon the happening of the event referred to in Sub-Clause 53.1, the Contractor shall keep such contemporary records as may reasonably be necessary to support any claim he may subsequently wish to make. Without necessarily admitting the Employer's liability, the Engineer shall, on receipt of a notice under Sub-Clause 53.1, inspect such contemporary records and may instruct the Contractor to keep any further contemporary records as are reasonable and may be material to the claim of which notice has been given. The Contractor shall permit the Engineer to inspect all records kept pursuant to this Sub-Clause and shall supply him with copies thereof as and when the Engineer so instructs".*

53.3 *Substantiation of Claims: Within 28 days, or such other reasonable time as may be agreed by the Engineer, of giving notice under Sub-Clause 53.1, the Contractor shall send to the Engineer an account giving detailed particulars of the amount claimed and the grounds upon which the claim is based. Where the event giving rise to the claim has a continuing effect, such account shall be considered to be an interim account and the Contractor shall, at such intervals as the Engineer may reasonably require, send further interim accounts giving the accumulated amount of the claim and any further grounds upon which it is based. In cases where interim accounts are sent to the Engineer, the Contractor shall send a final account within 28 days of the end of the effects resulting from the event. The Contractor shall, if required by the Engineer so to do, copy to the Employer all accounts sent to the Engineer pursuant to this Sub-Clause".*

53.4 *Failure to Comply: If the Contractor fails to comply with any of the provisions of this Clause in respect of any claim which he seeks to make, his entitlement to payment in respect thereof shall not exceed such amount as the Engineer or any arbitrator or arbitrators appointed*

exigencias de la buena fe (con la que mal se compadecería formular una reclamación transcurrido un largo período de tiempo desde el hecho que la motivó) sino también porque será así más sencillo que todas las partes involucradas puedan acceder al material probatorio y a los archivos necesarios para intentar solventarla.

No son infrecuentes las cláusulas que establecen un período de tiempo determinado durante el que se puede solicitar la negociación, transcurrido el cual sólo cabe acceder directamente al arbitraje. Esta situación se presenta típicamente en los contratos de construcción, en los que se establece un proceso de negociación (o de mediación) dirigido por el arquitecto director de la obra, que no cabe instar una vez finalizada la obra o efectuado el último pago.

Este es precisamente el supuesto que se planteó en *Tekmen & Co. v. Suthern Builders Inc. (SBI)*<sup>22</sup>. Tekmen había celebrado un contrato con SBI para la construcción de un hotel en Rehoboth Beach. Entregada la obra en 2000, Tekmen descubrió en 2001 la existencia de una serie de defectos estructurales y presentó una reclamación judicial contra SBI. La

cláusula de resolución de la controversia decía:

*“Claims, including those alleging an error or omission by the Architect but excluding those arising under Paragraphs 10.3 through 10.5, shall be referred initially to the Architect for decision. An initial decision by the Architect shall be required as a condition precedent to mediation, arbitration or litigation of all Claims between the Contractor and Owner arising prior to the date final payment is due, unless 30 days have passed after the claim has been referred to the Architect with no decision having been rendered by the Architect ...”.*

En esencia, Tekmen sostenía que dado que ya había finalizado la obra, no cabía iniciar el procedimiento ante el arquitecto, razón por la cual –en la medida en que ese procedimiento era una *condition precedent* para el arbitraje– éste tampoco podía iniciarse y debía acudirse necesariamente a la jurisdicción.

La Corte Superior de Delaware entendió que el hecho de que no fuera ya posible iniciar el procedimiento ante el arquitecto no extinguía o provocaba la ineficacia de la sumisión a arbitraje. En palabras de propio Tribunal:

---

*pursuant to Sub-clause 67.3 assessing the claim considers to be verified by contemporary records –whether or not such records were brought to the Engineer’s notice as required under Sub-clauses 53.2 and 53.3–.*

*53.5 Payment of Claims: The Contractor shall be entitled to have included in any interim payment certified by the Engineer pursuant to Clause 60 such amount in respect of any claim as the Engineer, after due consultation with the Employer and the Contractor, may consider due to the Contractor provided that the Contractor has supplied sufficient particulars to enable the Engineer to determine the amount due. If such particulars are insufficient to substantiate the whole of the claim, the Contractor shall be entitled to payment in respect of such part of the claim as such particulars may substantiate to the satisfaction of the Engineer. The Engineer shall notify the Contractor of any determination made under this Sub-clause, with a copy to the Employer”.*

<sup>22</sup> *Tekmen & Co. v. Southern Builders Inc.*, C.A. No. 04C-03-007 RFS -Del. Super. Ct. 2005–.

*“(...) the duty to submit the claim to arbitration did not end upon final payment. There is a distinction between the interpretation of clauses requiring that no demand for arbitration be made after the date of final payment and those requiring merely that the existing claim be submitted to the architect as a condition precedent up until the date of final payment. This case falls into the latter category. Where submission of the claims to the architect is a condition precedent to arbitration, a party’s duty to arbitrate is not extinguished merely because the condition precedent is finite in time”.*

En cualquier caso, y como es lógico, la solicitud debe presentarse antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción (la misma solicitud producirá, además, el efecto de interrumpir la prescripción).

Finalmente, en cuanto al plazo de presentación, debe hacerse referencia a una patología que se presenta con alguna frecuencia: la iniciación del arbitraje se produce antes de que haya expirado el plazo para negociar. Esta cuestión será tratada más adelante, al analizar los efectos del incumplimiento del pacto de negociar. Bastará ahora con indicar que si esa solicitud de arbitraje se presenta una vez constatado de modo concluyente que es imposible alcanzar una solución negociada de la controversia, deberá entonces tenerse por cumplido el requisito de procedibilidad arbitral, pues otra postura no induciría sino a un retraso en la resolución de la controversia, no justificado ni amparado por ningún interés legítimo.

### 3.4. Requisitos de contenido

Como se ha indicado con anterioridad, la tipología de los pactos de negociar es muy variada. Conviven así pactos de carácter vago o generalistas (*“the parties shall negotiate in good faith prior to...”*) con aquellos otros más detallados donde se hace constar el tiempo máximo que ha de durar la negociación, las personas que deben asistir a ellas (Consejero Delegado, Director General, etc.) e incluso el número de sesiones que habrán de celebrarse. En estas últimas el cumplimiento del pacto de negociar debe, lógicamente, ajustarse a lo establecido por las partes.

Ocurre en ocasiones, sin embargo, que estos requisitos son cumplidos sólo parcialmente. Así, por ejemplo, cuando las negociaciones deben ser mantenidas entre *“senior representatives”* de las partes y acude por una de ellas un mero representante. Otro supuesto frecuente es que no se agote el plazo prescrito para negociar. El primero de los supuestos se planteó en el arbitraje CCI 9977, resuelto por un laudo final de 22 de junio de 1999<sup>23</sup>. La parte demandada sostuvo que no se había cumplido con el requisito de procedibilidad para acceder al arbitraje, en la medida en que, aún cuando el pacto de negociar establecía que las negociaciones debían celebrarse entre *“senior management representatives”*, la parte demandante había estado representada por un mero apoderado, que no tenía esa condición. El árbitro único rechazó semejante planteamiento sosteniendo, en esencia, que si la demandada consideraba que el nivel

<sup>23</sup> Citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Op. cit.*; p. 84.

del interlocutor en la negociación no era el suficiente, así debía haberlo indicado, para que se pudiera subsanar, por lo que la objeción no era atendible. En palabras del propio Tribunal:

*“A prior process like the one set forth in the Agreement, rather implies an attitude and behaviour of the parties inspired in a true and honest purpose of reaching an agreement. Henceforth, if one of the parties considers in good faith that its counterpart is not authentically committed to foster the possibilities of settling the dispute, for instance, because of the quality of its representative, it is expected that the former would express so during the process. So that, the counterpart might be able to put a prompt remedy to said objection.*

[ ... ]

*(iii) [Defendant]’s allegation objecting the characteristics of [Claimant] representative involved in the process is a post factual argument. If [Defendant] was truly committed to settle the controversy and considered the characteristics of the [Claimant]’s representative as an obstacle in doing so, it would be expected that [Defendant] should have raised such point at that time. It did not occur”.*

El pacto de negociar también debe considerarse correctamente ejecutado, aún cuando no haya expirado el plazo previsto por las partes para la negociación, cuando es obvio que las posiciones de las partes son tan dispares que alcanzar una solución negociada será prácticamente imposible. En tales circunstancias, mantener la exigencia de negociar hasta el final del

plazo pactado carece de justificación. Como señala JIMÉNEZ FIGUERAS<sup>24</sup>:

*“The importance of good will in amicable dispute resolution may in the past sometimes have led arbitrators to believe that refusing to allow a request for arbitration when it was quite obvious that the parties were too divided to entertain an amicable settlement may not have been in the parties’ best interests”.*

No pueden dejar de mencionarse, por último, aquellos supuestos en los que se exige un hito formal para que la negociación quede clausurada. Así, por ejemplo, aquellos supuestos en los que se debe remitir una carta manifestando que se ha llegado a la conclusión de que no es posible alcanzar un acuerdo. En estos casos, naturalmente, el requisito debe cumplirse para tener por correctamente cumplido el pacto de negociar. Algunos Tribunales arbitrales<sup>25</sup>, sin embargo, han entendido que –pese a la existencia del requisito– si una de las partes remitía una comunicación a la otra señalando que si a determinada fecha no se alcanzaba un acuerdo, debía entender finalizada la negociación, entonces el hito de finalización (la carta comunicando que no había posibilidad de acuerdo) debía entenderse cumplido:

*“Fixing in advance in a letter a date by which the attempt to amicably settle the dispute would be held as having failed in this absence of a settlement was an acceptable substitute to sending a letter notifying Respondents of such failure”.*

<sup>24</sup> *Loc. cit.*, p. 72.

<sup>25</sup> Laudo interlocutorio de 7 de junio de 1999 –caso CCI 9984–; citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Loc. cit.*, pp. 85-87.

A nuestro juicio la interpretación del Tribunal es correcta, en la medida en que, transcurrido el plazo fijado en la carta, era claro que la negociación no podía continuar y había de pasarse necesariamente a la siguiente fase para la resolución de la disputa. Conviene subrayar la importancia de la fijación de un hito que permita tener por finalizada la negociación, a fin de evitar actitudes obstruccionistas y dilatorias de aquella parte que realmente no desea negociar.

### 3.5. Requisitos de acreditación

Como se ha dicho anteriormente, la solicitud de negociar se presenta usualmente por escrito. Se trata de una carta o de un documento, generalmente sencillo, donde se incluirá el objeto de la disputa, y la reclamación que en su caso se formula, y se solicita una reunión que sirva de comienzo a la negociación. Por tanto, la acreditación de este extremo no presentará particulares dificultades.

Lógicamente, será necesario también confirmar que la negociación ha tenido lugar. Dado que normalmente se intercambian cartas, e-mails y propuestas, este extremo tampoco ha de presentar mayores dificultades. Sin embargo, es posible que las partes hayan pactado que las negociaciones han de tener carácter confidencial o –simplemente– no desean que sus propuestas accedan al procedimiento arbitral. En tales casos

bastará con *affidávits* o *written statements* de las personas involucradas<sup>26</sup> (si bien, como es lógico, si se ha pactado la confidencialidad de la negociación, deberá quedar debida constancia de ello, a fin de poder justificar debidamente en el arbitraje la imposibilidad de aportar los oportunos documentos probatorios).

En algunas ocasiones, algún demandado ha sostenido que no se había cumplido con la obligación de negociar porque la parte contraria no había negociado de buena fe. Los Tribunales arbitrales se niegan generalmente a entrar a valorar si se cumplió o no con el requisito de la buena fe, pues lo único que han de verificar es si formalmente hubo negociación<sup>27</sup>.

Finalmente, debe señalarse que si la parte frente a la que se dirige la solicitud de negociar se niega a hacerlo, sin aportar ninguna justificación razonable, el requisito debe entenderse cumplido. Así, en *Biloune (Syria) and Marine Drive Company Ltd. (Ghana) v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana* (1994)<sup>28</sup>, se estableció que: “*The Tribunal holds that the legal and contractual prerequisites to arbitration -failure of attempts at amicable settlement- were satisfied by the Claimant’s efforts and the Respondent’s inaction*”.

La decisión del Tribunal tiene sentido, en la medida en que el pacto de negociar tiene por objeto agotar las posibilidades

<sup>26</sup> Laudo definitivo de 22 de junio de 1999 –Caso CCI 9977–, citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Loc. cit.*, p. 84.

<sup>27</sup> Laudo interlocutorio de 28 de junio de 1996 –Caso CCI 742–, citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D.; *loc. cit.*, pp. 78 y 70.

<sup>28</sup> *XIX Yearbook Commercial Arbitration* 11, p. 18.



de solventar la controversia de manera amistosa. Si ello resulta imposible por la inacción de una de las partes, debe iniciarse la siguiente fase de resolución del conflicto. Lo contrario conduciría a privilegiar la posición de aquél que mantiene una actitud obstaculizadora u obstruccionista, lo que carecería de todo sentido.

#### 4. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SIN HABER CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR PREVIAMENTE

Constituye *communis opinio*<sup>29</sup> que han de ser los árbitros los que han de decidir sobre las consecuencias de no haber cumplido con el pacto de negociar<sup>30</sup>. Como se ha visto, salvo en el caso de alguna sentencia norteamericana, que estima que –al no haberse cumplido la *condition precedent*– los árbitros carecen de jurisdicción<sup>31</sup>, lo cierto es que existe consenso sobre que ésta es una cuestión a ser resuelta por los árbitros<sup>32</sup>.

Pues bien, hecha esta primera precisión preliminar, la primera cuestión a discernir es si el incumplimiento de la obligación de negociar podría ser apreciado *ex officio* por los árbitros.

Pocas dudas existen, a mi juicio, sobre el hecho de que, para poder apreciar la falta de este presupuesto o requisito de procedibilidad, es necesaria su alegación por la parte demandada. En efecto, como es bien sabido, el arbitraje es, en esencia, un producto de la voluntad de las partes. Por tanto, si aquélla que puede plantear la excepción no la formula, habrá que entender que ambas partes están de acuerdo en eliminar el requisito. Habría un consentimiento tácito a la modificación de la cláusula de resolución de disputas.

En el supuesto de que se plantee la objeción por la parte interesada, el Tribunal arbitral puede optar (tras verificar que efectivamente no se ha cumplido con la obligación de negociar), bien por archivar directamente el procedimiento, bien por ordenar su paralización e instar a las partes a que negocien.

El examen de los laudos arbitrales accesibles permite confirmar que en la generalidad de los casos los Tribunales arbitrales tienden a archivar el arbitraje, por considerar que falta un requisito esencial de procedibilidad y, por tanto, que la solicitud de arbitraje es prematura. Probablemente ello se debe a que, como expresó LORD MUSTILL en el conocido asunto *Channel Tunnel*<sup>33</sup>:

<sup>29</sup> Vid. JOLLES, A. "Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement". En: *The Chartered Institute of Arbitrators*. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2006, p. 335.

<sup>30</sup> Vid. PAULSSON, J. "Jurisdiction and admissibility". En: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. Liber Amicorum in Honor of Robert Briner. ICC Publishing. Publicación N° 693, pp. 601-617.

<sup>31</sup> La mayoría estima, sin embargo, lo contrario: "*issues concerning the procedure for triggering arbitration ... are matters for arbitration, not initial judicial determination*". *SBC Interactive Inc. v. Corp. Media Partners*, 714 A.2d 758, 759 –Del. 1998–. Ver también *Pettinaro Constr. Co. v. Harry C. Partridge, Jr. & Sons*, 408 A.2d 963 –Del. Ch. 1979–, *The proper method of initiating arbitration under the contract is a matter for the decision of the arbitrator*".

<sup>32</sup> Vid. BORN, G. *Op. cit.*; p. 842.

<sup>33</sup> *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] AC 334 –HL–.

*“Those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them... Having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go. The fact that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purposes is to my way of thinking quite beside the point”.*

Ejemplo paradigmático de ese tipo de laudos es el dictado el 29 de enero de 1990, en el arbitraje CCI N° 6276<sup>34</sup>. Las partes habían previsto un procedimiento de resolución de disputas que comprendía tres etapas: primero, una negociación amistosa, después sometimiento a la decisión de un ingeniero y, por último, arbitraje. Las partes iniciaron negociaciones que no llegaron a buen fin y, tras ellas, acudieron directamente al arbitraje, sin someter la controversia previamente al ingeniero. La demandada objetó el incumplimiento de la cláusula de resolución de disputas, lo que fue acogido por el Tribunal que ordenó el archivo del arbitraje en estos términos:

*“The Tribunal has thus reached the conclusion that the claimant has not satisfied the prerequisite set forth in article 65 of the General conditions of contracts. Consequently, the request for arbitration concerning the 1981 contract, which is certainly not*

*impossible for the future, is at present premature. It therefore behoves the claimant formally to demand from the defendant the designation of an engineer to whom submit the present dispute before it comes before the Tribunal”.*

No obstante, aunque esa sea la práctica general no parece que sea, en mi opinión, la más acertada. En efecto, si existe una controversia clara entre las partes (como es evidente que existe cuando se ha llegado a la fase arbitral), lo más probable es que la negociación no llegue a buen puerto. Ello obligará a iniciar de nuevo el arbitraje y a constituir un nuevo Tribunal arbitral, lo que supondrá la pérdida de un tiempo precioso para resolver el conflicto.

Parece por ello más acertado, en el interés de las partes, suspender la tramitación del procedimiento arbitral, remitiendo a las partes a la negociación, y reiniciarlo una vez haya finalizado esa negociación<sup>35</sup>. Ello exigirá, claro está, directrices precisas a las partes sobre el plazo máximo con el que cuentan y las condiciones en que se ha de desarrollar la negociación (siempre que no estén predeterminadas en el pacto de negociar)<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Citado en JIMÉNEZ FIGUERAS, D. *Op. cit.*, pp. 76-78.

<sup>35</sup> Lo cual además resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, que dice: “Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales: Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”.

<sup>36</sup> *Vid.* BORN, G. *Loc. cit.*, p. 843 y JOLLES, A. *Op. cit.*; p. 337.

Es cierto que las partes estarán negociando bajo la presión de un arbitraje ya iniciado, pero también que, en el balance de intereses, esta solución parece preferible a aquella que lleva a la finalización definitiva del procedimiento.

En cualquier caso, si la decisión del Tribunal arbitral es el archivo definitivo del procedimiento arbitral, nada impide a la parte, como es evidente, cumplir con el requisito de negociar para iniciar un nuevo arbitraje con posterioridad<sup>37</sup>.

No obstante lo anterior, en el caso de que, a los ojos del Tribunal arbitral, resulte claro que la postura de las partes está tan enconada que no existe posibilidad alguna de llegar a un acuerdo, el Tribunal arbitral deberá rechazar la objeción y continuar con el arbitraje. En palabras del laudo dictado en el caso CCI N° 8445<sup>38</sup>, 1996:

“The arbitrators are of the opinion that a clause calling for attempts to settle a dispute amicable ... should not be applied to oblige the parties to engage in fruitless negotiations or to delay an orderly resolution of the dispute”.

## 5. ANULACIÓN DEL LAUDO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE NEGOCIAR

En algunas ocasiones se ha planteado que el incumplimiento del pacto de negociar debía conducir a la anulación

del laudo dictado sin cumplir previamente con la obligación de negociar. En esencia, lo que se ha venido a sostener es que, en la medida en que el pacto de negociar constituye una *condition precedent* o condición suspensiva, el Tribunal arbitral habría dictado el laudo careciendo de jurisdicción (o, si se prefiere, sin mandato de las partes), por lo que su laudo sería radicalmente nulo. Esto es precisamente lo que acordó el Tribunal en *White v. Kampner*<sup>39</sup> (“the parties were required to participate in the mandatory negotiation sessions prior to arbitration”).

Lógicamente, si el pacto de negociar es caracterizado no como una *condition precedent* o una condición suspensiva, sino como un presupuesto procesal e incluso una carga (caracterización que a nuestro juicio es la que corresponde a estos pactos), el Tribunal arbitral tiene jurisdicción para resolver sobre si se ha cumplido o no con la condición de negociar y su laudo no podrá ser anulado por este motivo.

## 6. EJECUTABILIDAD DEL PACTO DE NEGOCIAR Y ANTI-SUIT INJUNCTIONS

La cuestión de la ejecutabilidad del pacto de negociar se ha planteado, fundamentalmente, ante los Tribunales norteamericanos. Su respuesta ha sido, de

<sup>37</sup> Vid. BORN, G. *Loc. cit.*, p. 846.

<sup>38</sup> Laudo definitivo de 1996 –caso CCI 8445–, citado en *Yearbook of Commercial Arbitration*. Vol. XXVI, Kluwer Law International, 2001, pp.167-180.

<sup>39</sup> 641 A.2d 1381, 1387 –Conn. 1994–. Vid. también la sentencia *Handelsmaatschappij Vekoma BV –Netherlands– v. Maran Coal Corp. –US–*, del Tribunal Federal Suizo –Bundesgericht–, Sala Civil I, de 17 de Agosto de 1995.

manera general, que únicamente cuando la obligación de negociar venga acompañada de una serie de parámetros que permitan determinar si en verdad se ha cumplido o no, entonces será posible ordenar su ejecución forzosa<sup>40</sup>.

Correlativamente, cuando el pacto de negociar tiene un carácter vago, impreciso o genérico, vienen a considerarse que el pacto es inejecutable<sup>41</sup>.

Los Tribunales se muestran asimismo más proclives a la ejecución forzosa del pacto cuando éste aparece claramente configurado como una *condition precedent* de las posteriores fases para la resolución del conflicto<sup>42</sup>. Sin embargo, cuando la percepción del Tribunal es que la pretensión de ejecutar el pacto de negociar responde al interés espurio de una parte en retrasar la resolución del conflicto, ha rechazado la pretensión<sup>43</sup>.

En conexión con la ejecutabilidad del pacto de negociar, merece destacarse también que, en ocasiones se han solicitado *anti-suit injunctions* para paralizar arbitrajes iniciados sin observar el pacto

de negociar previamente. Cabe mencionar a este respecto el caso *Commerce Bank NA v. DiMaria Construction Inc.*<sup>44</sup>, donde el Tribunal Superior de New Jersey, en sentencia de 17 de abril de 1997, rechazó la petición de paralizar el arbitraje iniciado por DiMaria, al considerar que la cuestión de si el pacto de negociar previamente había sido cumplido o no correspondía a los árbitros (“...*the trial court correctly construed the general arbitration clause in the contracts between Commerce and DiMaria to require the arbitrators to decide whether DiMaria was foreclosed for arbitrating because it did not file a claim with the architect or demand arbitration within twenty-one days of termination of the contracts*”). En ocasiones, sin embargo, estas *anti-suit injunction* sí han sido concedidas cuando una parte ha rechazado participar en el proceso de negociación al que se encontraba obligado<sup>45</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

Los pactos de negociar pueden jugar –y de hecho juegan– un importante papel

<sup>40</sup> Así, en *Mocca Lounge Inc. v. Misak*, 99 AD. 2d 761 –2d Dept. N.Y.S. 1983– se señaló que era posible ejecutar un pacto de negociar: “As one New York court observed, it is possible to enforce a definite and certain duty to negotiate in good faith, but even when called upon to construe a clause in a contract expressly providing that a party is to apply his best efforts, a clear set of guidelines against which to measure a party’s best efforts is essential to the enforcement of such a clause”.

<sup>41</sup> *Vid. Candid Prod. Inc. v. International Skating Union*, 530 F.Supp. 1330 –S.D.N.Y. 1982–: “[A]n agreement to negotiate in good faith is unenforceable because it is even more vague than an agreement to agree; an agreement to negotiate in good faith is amorphous and nebulous, since it implicates so many factors that are themselves indefinite and uncertain that the intent of the parties can only be fathomed by conjecture and surmise”.

<sup>42</sup> *WHITE V. KAMPNER*, 641, A.2d, 1385-Conn. 1994, citado en *FILE*, J. Op. cit.; p. 36.

<sup>43</sup> *Southland Coop. v. Keating*, 465, US1-U.S. S. Ct. 1984.

<sup>44</sup> *Commerce Bank v. DiMaria Construction*, 300 –N.J. Super. 9 1997–.

<sup>45</sup> *Vid. JOLLES*, A. Op. cit.; p. 332.

en el proceso de resolución de disputas de las partes. Estos deben considerarse como presupuestos procesales (*rectius*: arbitrales) para poder acceder a una resolución sobre el fondo del asunto, por lo que su incumplimiento no debe impedir el acceso al procedimiento arbitral, si bien habrán de ser los árbitros los que determinen los efectos del incumplimiento. Con carácter general, deberán proceder al archivo o cierre del expediente, si bien resultará más razonable que procedan simplemente a la paralización del arbitraje hasta que

este requisito haya sido cumplido. La ejecución forzosa del pacto de negociar resultará posible cuando los términos de su cumplimiento se encuentren bien definidos; no así cuando se reduzcan a declaraciones genéricas o imprecisas. En cualquier caso, conviene destacar el papel “filtro” o “purificador” de conflictos que pueden desempeñar, no exento, en algunos casos, de algunas dificultades que conviene advertir y prever en lo posible en la cláusula que se configure a tal fin.



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

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (\*)

**SUMARIO:** 1. *La justificación del convenio arbitral.* 2. *Ámbito negocial-procesal del Convenio Arbitral.* 3. *El origen del arbitraje: El Convenio Arbitral.* 4. *¿Convenio Arbitral versus acte de mission?*

## 1. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Casi todo lo que se afirma son cosas y/o argumentos que –en el mejor de los casos– se entienden por sí solos y a los que el sentido común llega por sí mismo. Al respecto, adoptaré una perspectiva de *medio a fin*. O sea, si se *postula* como deseable un determinado *fin*, será racional utilizar los *medios* más idóneos para alcanzarlo, e irracional (en diversos grados) todo lo demás. Por tanto, el concepto de “*razón*” que defiende será *racional* en la medida que *permita lograr* la finalidad que deseo alcanzar sin mayores fisuras dialécticas. De ahí se sigue que el concepto de “*razón*” que postulo será *racional* en la medida en que permita lograr la *finalidad* que anhelo. En otras palabras: de la *función* que asignemos a

esa *finalidad* dependerá la racionalidad del instrumental que pongamos en acción. ¿Cuál es, pues, la meta hacia la que se orienta mi esfuerzo que *permita lograr* la *finalidad* que deseo alcanzar?

No es instantánea flor de ocurrencias sobrevenidas si digo que la *finalidad* que deseo alcanzar no es otra que la de *justificar* la actuación del ordenamiento jurídico. Pero, a lo que voy. No cualquier actuación del ordenamiento jurídico. No, sino únicamente –he de confesarlo– cuando exista la *patología jurídica* en los casos en que se plantean *controversias* sobre materias de la *libre disposición conforme a derecho* en las que no sólo es posible *concretar* la actuación del ordenamiento jurídico a través de la vertiente de la *función jurisdiccional* que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional estática y

---

(\*) Catedrático de Derecho Procesal y Derecho de Arbitraje de la Universidad del País Vasco (España).

permanente, única e indivisible –son los estatales–, denominados *Juzgados y Tribunales* y mediante unas normas, que, con el carácter de *irrenunciables*, se regulan en los Códigos procesales civiles, sino que, también, es posible que, la actividad heterocompositiva de llevar a cabo la *resolución jurídica* de las controversias sobre materias de la *libre disposición conforme a derecho*, pueda ser realizada a través de sujetos o personas llamadas *árbitros* que, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional constitucional, lleven a cabo la resolución de aquéllas [las *controversias*, se entiende, de la *libre disposición* para las partes *conforme a derecho*] con arreglo a *derecho* o a –en su caso– *equidad*.

Me concedo que la *finalidad* alcanzada y descrita es el horizonte que, por ahora, deseo enfatizar. Y la misma, además, concierne a una idea ya de antiguo difundida; o sea ni novedosa ni genialoide.

Es más, postulo que dejemos cegarnos por claridades no tan momentáneas, ya que el *vínculo* entre “actividad heterocompositiva” y “arbitraje” ha de ser, pienso yo, diáfano y pacífico. Y, para ello, me viene pintiparado aludir –¡ya!– a la *justificación del convenio arbitral*.

Para empezar, el incordio –del *convenio arbitral* para algunos, se entiende– lo reivindico en detrimento de ese títere verbal que es la denominada

“actividad heterocompositiva” *sin mayor justificación*. Pero, con ello, no he agotado la materia de los desacuerdos; porque aflora entonces la verdadera opción con *appeal*, bastante menos trivial que la mentada “actividad heterocompositiva” y que comprimiré en un planteamiento simple como éste: *el convenio arbitral se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico que se precie de pertenecer a un “Estado de de Derecho”*. Y lo diré. Todo “Estado de Derecho”, que se tenga por tal, ha de propugnar, como *valor superior de su ordenamiento jurídico*, “*la libertad*”<sup>1</sup>. Y, en “*la libertad*” hay que hallar las justificaciones epistemológicas del convenio arbitral.

No es necesario, pues, acudir a la dialéctica erística a la que se le conoce como el arte de discutir, y de discutir de tal modo que uno siempre lleve razón, es decir *per fas et nefas* [justa o injustamente]. No se trata, pienso yo, de que se pueda poseer la razón objetiva y, sin embargo, carecer de ella a ojos de otros, incluso a veces a los propios ojos. Por tanto, la *verdad objetiva* de una proposición –es la de que *el convenio arbitral se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico que se precie de pertenecer a un “Estado de de Derecho”*– y su *validez* no son dos cosas distintas y divorciadas porque simplemente no hay dialéctica. Lo innato –con “*la libertad*” por delante, se entiende– es aquí, como en todos los

<sup>1</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. *La anulación del laudo arbitral. Una investigación jurisprudencial y doctrinal sobre la eficacia jurídica del laudo arbitral*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con Dijusa (Libros jurídicos), Universidad Antonio de Nebrija y Corte Vasca de Arbitraje, 2008, p.1.



casos, lo mejor: *doctrina sed vim promovet insitam*.

Pero al respecto, diré, además, –para salir al paso de algunos incautos– que, cuando existe resolución heterocompositiva *justificada* en la autonomía de la voluntad, justificada en la existencia de un *convenio arbitral*, *no se infringe* el denominado “derecho al juez ordinario predeterminado en la ley”<sup>2</sup>.

Voy a desmiguar, no tan ligeramente, la anterior afirmación. De entrada, no existe desencanto respecto de los órganos investidos de la potestad jurisdiccional estática y permanente, única e indivisible –son los estatales–, denominados *Juzgados y Tribunales*. No me hallo, en suma, en la postura del *sarebbe bello ma non è possibile* ¡No! Insisto, no existe desencanto porque no es posible postular, *en base a la existencia misma del convenio arbitral*, infracción del “derecho al juez predeterminado en la ley” por cuanto el valor *primario* a tener en cuenta es el de la *autonomía de la voluntad*. Es la *verdad objetiva* de una proposición –la de que el *convenio arbitral se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico que se precie de pertenecer a un “Estado de Derecho”*– y su *validez* como dos cosas –lo he dicho en los renglones anteriores– que no son distintas y divorciadas. Me explico y mírese por qué.

Ningún precepto legal ni constitucional *impone* a las partes la *obligación*

de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para resolver sus controversias. A tal efecto, y sin dilatar me con mancas y atrevidas paráfrasis de propia cosecha, diré que el denominado “derecho al juez ordinario predeterminado en la ley” lo ostentan las partes *siempre* que acudan a la jurisdicción estática, no cuando *voluntariamente* [“libremente”], y mediante la suscripción de un *convenio arbitral*, han aceptado que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios heterocompositivos como es el arbitraje. Y aquí quería llegar: *la justificación del convenio arbitral, que se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad* [en la “libertad”], *no es incompatible con la operatividad del denominado “derecho al juez ordinario predeterminado en la ley”*<sup>3</sup>.

Estos son los argumentos que se prestan para abogar a favor de la que, antes, he denominado *justificación del convenio arbitral*. Del anterior surtido argumental he tomado unas cuantas piezas pero creo que han bastado para la finalidad anhelada. Y, ahí están.

## 2. ÁMBITO NEGOCIAL-PROCESAL DEL CONVENIO ARBITRAL

No es precia vista de lince para divisar la existencia de una *viva* polémica (por el *ingenio* y, sobre todo, por el *genio* que en ella se despliega) en torno a lo que denomino “*ámbito negocial-procesal del*

<sup>2</sup> *Ibíd.*; p. 2.

<sup>3</sup> *Ibíd.*; p. 2.

*convenio arbitral*”; sin que, por ahora haya perdido ese punto de vehemencia que tuvo en su origen y sin que aún haya sido reconocido el talante conciliador de quien pudiendo reunir en su persona la *auctoritas* y la *potestas* de las partes en liza –como es mi caso– haya sido receptor –todavía– de la galanura de su reconocimiento por los contradictores que expresan y defienden tesis contrarias.

El calado de la disputa ha sido tal que acaba interpelando a un extenso contingente de estudiosos (bastante más amplio que la estricta congregación de los procesalistas) pues ha puesto a temblar estratos teóricos intermedios y cimientos que –como axiomas– se consideraban indiscusos y unívocos. Desde las filas del Derecho Procesal –a cuya milicia me honra pertenecer– se ha sacado a la luz la trastierra de los fundamentos que teledirigen las posturas litigantes y que dialécticamente –como se estilaba decir no hace tanto– se ven afectados por el fragor de la batalla que se libra. Esta es precisamente la perspectiva que con atrevimiento deseo usufructuar. Y, ahí va.

Mi atención ya quedó prendada de un aspecto bastante circunscrito. Y sin rodeos diré cual: la *libertad que comporta el arbitraje justificada en la autonomía de la voluntad* que se reconoce tanto a favor de las *personas físicas como de las jurídicas* tendente a dar solución, previo *convenio arbitral, de controversias disponibles*, que poseen un indudable contenido patológico por medio de *uno o varios árbitros*.

Tomarse a pecho la búsqueda de esa verdad –¿empírica?–, no sólo no implica resistirse a las acechanzas de modas nuevas (en pos de la coherencia narrativa) o recuperadas (en pos, esta vez, de la retórica), sino algo más exigente de lo que, a menudo, se piensa.

La fascinación viene de que es factible suscribir el acuerdo o convenio arbitral de sometimiento a arbitraje como expresión *libre* de la *autonomía de la voluntad* y tipificarlo como un *negocio jurídico*<sup>4</sup>.

Cuando no se afina en establecer los límites de lo que sea, lo normal –es decir, salvo chiripa– es que el interpelado –sea quien fuere– se quede corto o se pase de la raya. Me explico. La opción *contractualista* –en orden a *explicar* el convenio arbitral, se entiende– ha de ser preterida en la medida en que su propedéutica negocial *pueda acercarse al contractualismo y alejarse, por el contrario, de las soluciones atinentes a la resolución –procesal– de la controversia*. Técnicamente, la opción contractual o, en fin, *el efecto típico de la vinculación contractual no basta*. La corrección metodológica surge, por el contrario, del *convenio arbitral* conceptualizado como *negocio jurídico dotado de autonomía jurídica estructural y funcional*.

En limpio y ahí va mi tesis. El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes –“libremente” expresada– de elaborar *estructuralmente un negocio jurídico* pero no con las consecuencias

<sup>4</sup> *Ibid.*; p. 16.

*propias* de un contrato [contractualismo], sino *impropias* de un ámbito *funcional tan alejado* del contractualismo como el de la resolución –lo diré ya sin complejos– *procesal* de la controversia<sup>5</sup>.

A la vista de estos datos, que enuncio como inéditos, y a los que ya me he referido en otras ocasiones<sup>6</sup> me hallo en disposición para afanarme aún más –si cabe– en la *intrincada cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje*.

Porque está de sobra aludir a la conceptualización *contractual* del convenio arbitral como también a la *jurisdiccionalista*. Para la primera, se aludía al *origen contractual* de ámbito resolutivo del arbitraje comprendido en el convenio arbitral (naturaleza *contractual* del arbitraje), puesto que la decisión o laudo del árbitro o árbitros era el resultado –para algunos– de la relación contractual de mandato conferida a los árbitros, aunque luego a esa decisión era posible atribuirle –según algunos– un alcance estrictamente *jurisdiccional*, en la medida en que las partes cuando aceptan lo que dice el árbitro, en virtud del convenio arbitral suscrito, aceptan, asimismo, lo que pronuncian después de los árbitros, los Tribunales de Justicia a través de la vía de la petición de anulación del laudo arbitral [naturaleza *jurisdiccional* del arbitraje].

Surgía entonces, irremisiblemente embalada, la concepción *jurisdiccionalista* del arbitraje que surgía del convenio

arbitral que, en el caso en que se propugne su *convergencia* con su conceptualización *contractual*, origina las denominadas *teorías mixtas* sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Ahora me centro –perdóneme el paciente lector por mi dichoso chovinismo– en la denominada doctrina española. En ella se confirman los criterios tradicionales al uso. Hasta el punto que, en el caso de MONTERO AROCA<sup>7</sup>, su punto de partida metodológico como sus conclusiones le abocan a la “*sorpresa metodológica*” que, acorde con su visión *panjurisdiccionalista* del Derecho Procesal, le impelen a decir que “cuando se lee el artículo 117.3. de la CE, en el que queda constitucionalizado el principio del monopolio judicial de la jurisdicción, y se le compara luego con la Ley de Arbitraje, que permite a las personas físicas y jurídicas someter determinadas cuestiones litigiosas a árbitros, atribuyendo al laudo efectos idénticos a los de la cosa juzgada y valor de título ejecutivo, *puede surgir la sorpresa y con ella la duda sobre la constitucionalidad de toda la LA*” (énfasis agregado).

Bien. Sólo una puntualización: la “*sorpresa metodológica*” de MONTERO AROCA, justificada en que el arbitraje sería –nada menos– inconstitucional por *afectar* al “*principio del monopolio de la jurisdicción*”, no se encuentra en el momento actual justificada por cuanto

<sup>5</sup> *Ibíd.*; p. 16.

<sup>6</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. 9<sup>a</sup> reimpresión. San Sebastián: Ediciones Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Corte Vasca de Arbitraje, 2005, pp. 15 y ss.

<sup>7</sup> MONTERO AROCA, J. *Comentario breve a la ley de Arbitraje*. VV.AA., Madrid, 1990, p. 19

el arbitraje *no tiene nada que le vincule con la jurisdicción* y, por lo tanto, es totalmente inopinado no ya plantear la constitucionalidad del arbitraje sino su paralelismo con los cometidos del Estado-Juez tal y como los plantea MONTERO AROCA. En consecuencia, tampoco es asumible su conclusión metodológica en tanto señala que, la imposición a las partes del laudo arbitral pronunciado por el árbitro, es de “*componente jurisdiccional*”. La decrepitud de la metodología jurisdiccionalista de MONTERO AROCA<sup>8</sup> es entonces determinante al decir “que hay que concluir *que predomina el componente jurisdiccional sobre el contractual* –énfasis mío–”. Pero, no nos llamemos a engaño. Todo se explica: el inequívoco *final jurisdiccionalista* abocado por MONTERO AROCA no debe sorprender en tanto en cuanto postule la *convergencia* del Derecho Procesal con lo que denomina Derecho Jurisdiccional. Y no. Vamos, que no.

Pero, vayamos por pasos. Si ahora me centro en una específica y peculiar variante de la naturaleza jurídica del arbitraje que surge del convenio arbitral –la “jurisdiccionalista”– es porque en ella se confirma la hipótesis (que a estas alturas ya no necesita más corroboración, es verdad) *de que la franquicia y el descontrol parece no poseer límites*. Resulta especialmente elocuente, en tal sentido, la postura mantenida por CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1989, *Arbitraje comercial internacional*, p. 24) que incluso *trasladan*

al ámbito del arbitraje internacional, la polémica doctrinal acerca de las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas. Para estos dos autores, de la denominada doctrina española, tales teorías parecen constituir el santo y seña de cualquier proceder razonable en el arbitraje cuando afirman, sin rubor alguno, que “las consecuencias de una u otra de estas concepciones [las contractuales y jurisdiccionalistas] *se dejan sentir en el Derecho internacional privado* (énfasis agregado). Para la primera de ellas –dicen– la primacía del carácter contractual del arbitraje sobre el laudo tendría obligatoriamente varias secuelas, la más importante de las cuales sería el necesario reconocimiento de un amplio margen a la autonomía de la voluntad; es decir, la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros, tanto en los aspectos procesales como en las cuestiones de fondo. Para la segunda, la Ley del Estado donde se encuentre la sede del órgano arbitral vería justificada su vocación para regir, en principio, todas las cuestiones procedimentales –conforme a la regla *lex fori regit processum*, de honda raigambre en el Derecho procesal civil internacional–, e incluso habría que admitir, al menos en defecto de autonomía de la voluntad, que estaría legitimada por un cierto título para regular también las cuestiones de fondo”<sup>9</sup>.

Y si bien a lo peor no logro aquí más que arañar un poco la cuestión, creo que mi enfoque es sustancialmente correcto –¡qué voy a decir yo!– ya que el planteamiento

<sup>8</sup> *Ibíd.*; pp. 23 y 24.

<sup>9</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Arbitraje Comercial Internacional*. Madrid, 1989, p. 24.

de CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA parece desconocer que es *sumamente irreflexivo* justificar el arbitraje comercial internacional desde una perspectiva jurisdiccionalista. Me explico. Por su carácter internacional, *lo jurisdiccional es preterido* por ese tipo de arbitraje porque, si así no fuera, *las partes acudirían a las soluciones jurisdiccionalistas de cada Estado en particular*. Y, justamente, lo que se pretende –o debería pretenderse– a través de la construcción metodológica del arbitraje internacional es *preterir esas soluciones jurisdiccionalistas*.

Muy distinto, en cambio, es que la *ajurisdiccionalidad* del arbitraje comercial internacional se ubique en soluciones jurisdiccionalizadas. En concreto, las de la *lex fori regit processum*. Pero, obsérvese que esa ubicación no implica jurisdiccionalización del arbitraje ¡No! Esto es, *los árbitros internacionales no actúan como jueces estatales provistos de jurisdicción*. La ubicación geográfica del árbitro internacional es *procesal* –no jurisdiccional– impuesta, por lo demás, por un derecho que, a fuerza de ubicar, convierte lo internacional *en privado de cada Estado* [Derecho Internacional y Privado]. Sin duda, todo un contrasentido.

En fin, el *arbitraje, que surge del convenio arbitral, extraña la jurisdicción*. Frente a la *vexata quaestio* de la jurisdiccionalidad del arbitraje, es preciso evidenciar como el arbitraje es *extraño*

a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional *por cuanto es expresión de la libre autonomía privada de las partes*. Sostener la jurisdiccionalización del arbitraje supone desconocer la *originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad*<sup>10</sup>.

Veamos ahora lo que dice el TC español al respecto. En España el Tribunal Constitucional opta no tanto por aludir a ámbito resolutivo jurisdiccional del arbitraje cuanto más bien a conceptuar ese ámbito como *equivalente jurisdiccional*. Existen variados ejemplos de lo que se indica. Así, el ATC de 28 de octubre de 1993 señala lo siguiente: “...a tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el Arbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de “*iuris dictio*”, pues el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*” (énfasis agregado), mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada<sup>11</sup>. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles”<sup>12</sup>.

Y como todo tiene un por qué ahí va el que acarrea el denominado “*equivalente*

<sup>10</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>º</sup>. “La anulación ...”. *Op. cit.*; pp. 18 y 19.

<sup>11</sup> STC. 62/1991, FJ 5, y 28/1993, 4 de octubre (RTC 91, 512), FJ 3.

<sup>12</sup> ATC 28 de octubre de 1993. En: AJA. N<sup>º</sup> 126.

*jurisdiccional*”: la consecuencia que se deriva de la opción que adopta el TC español consiste en que el árbitro *no puede*, en el ordenamiento jurídico español, personarse en las resoluciones que puedan derivarse con ocasión de la decisión que ha pronunciado. Para decirlo claro y diáfano –vamos, para que se entienda–: “(...) esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos, a los que la ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que despliegan unos efectos en gran medida *equiparables* (énfasis agregado) a los de sentencias judiciales, impide que este Tribunal –es el TC, se entiende– pueda entrar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo. En efecto, el Árbitro como tal *no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo* (énfasis agregado)”<sup>13</sup>.

Pero, no desviemos la atención. En puridad la opción por el “equivalente” *no rehúye* la opción jurisdiccionalista. La *igual*. Aún cuando DE LA CUESTA SANZ (1997, *Introducción* pp. 122 y 123) *la enmascara* al decir “que no es lo mismo jurisdicción que equivalente jurisdiccional” por cuanto añade que “en este equivalente jurisdiccional, que es el arbitraje, los árbitros no están en la planta

judicial, ni en lo procesal están sujetos a las mismas normas que los Jueces”<sup>14</sup>.

Para mí que el “equivalente jurisdiccional” es lo que resulta ser igual que lo jurisdiccional. El “equivalente jurisdiccional” es un subterfugio del TC español de escaso mérito. Según MERINO MERCHAN<sup>15</sup> (1995, El “equivalente jurisdiccional”, p. 230) precisa ser “matizado” ya que “al insistirse [por el TC] en el arbitraje como “equivalente Jurisdiccional”, parece como si de forma resuelta el T.C. hubiera tomado de forma definitiva partido en la proverbial polémica sobre la naturaleza del arbitraje, afiliándose a la concepción eminentemente jurisdiccionalista del mismo. La cuestión no dejaría de ser baladí si no fuera porque precisamente la Ley de Arbitraje de 1988 pareció derrumbar definitivamente la concepción jurisdiccional del arbitraje (...). Esperemos –dice– que la idea del “equivalente jurisdiccional” se acabe matizando mejor en la futura doctrina del T.C., (énfasis agregado)”. Con posterioridad MERINO MERCHAN<sup>16</sup> [con CHILLÓN MEDINA] ha pasado de la necesidad de “matizar” la “idea” del “equivalente jurisdiccional” a asumirla plenamente. Dice que “en nuestra particular opinión constituye una omisión grave imputable a los redactores del Proyecto –se entiende que es el proyecto de la vigente LA– el

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> DE LA CUESTA SANZ, J. M. “Introducción al Arbitraje de Consumo”. En: *RDPPriv*, 1997, pp. 122 y 123.

<sup>15</sup> MERINO MERCHAN, J. F. “El ‘equivalente jurisdiccional’ y la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 38.2., párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre)”. En: *RCEA*, 1995, p. 230.

<sup>16</sup> MERINO MERCHAN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M<sup>a</sup>. “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”. En: *Diario La Ley*, número 5945 de 2004.

que en su Exposición de Motivos no se haga referencia a la consideración del arbitraje como un auténtico “equivalente jurisdiccional” (énfasis agregado). Es 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”, según se proclamó con todo detalle, entre otras, en las SSTC 43/1988 y 62/1991, 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 art. 24.1 CE (énfasis agregado). En consecuencia, la Exposición de Motivos debió superar –dice– su visión estrictamente procesalista y mercantilista, para anclar la institución en la trascendente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

Perdone el paciente lector la lectura de parrafada tan extensa pero deseo justificarla en mi deseo de no dejarme arrastrar por la subyugación del “*equivalente*” que supone ser *igual* una cosa [el arbitraje] a otra [*ámbito de ejercicio funcional de la jurisdicción*] en estimación, valor, potencia o eficacia. Pero insisto, para mí

*no existen equivalencias* ¡No! Existen posturas metodológicas *autónomas* que no es preciso justificarlas mediante fórmulas aparentemente poco comprometidas como las del “equivalente” pero que, finalmente, *equivalen* a transportar el arbitraje al jurisdiccionalismo.

No cabe duda, nos están habituando a *asociar* el arbitraje, que surge del convenio arbitral, con un espacio de determinación esencialmente jurisdiccional que, *ex definitione*, parecería la verdad irrefutable. Sin embargo, el arbitraje *no es un suceso* del jurisdiccionalismo. *Ni un subsistema dependiente* –equivalente– *del mismo* ¡No! El arbitraje se justifica *solo* en la autonomía *negocial* de quienes suscriben el convenio arbitral de someterse al mismo. Esa *autonomía negocial* se constituye en su justificación. Por tanto, no existe una “*autoritas*” al modo de las fuentes romanas que implique la existencia de una “*potestas*” de *justificación* jurisdiccionalista.

Y de inmediato salta la objeción: la “*autoritas*” del árbitro o árbitros es tan solo de justificación *negocial* porque se permite, que la autonomía *negocial* de quienes suscriben un convenio arbitral, posea consecuencias de resolución de controversias –yo diría que procesales–. Pero, no jurisdiccionales o equivalentes a las jurisdiccionales porque ni el arbitraje se justifica en la jurisdicción ni el jurisdiccionalismo es la metodología correcta para explicarlo.

Lo anterior me obliga a decir: ¡*el arbitraje extraña la jurisdicción!* Frente a la ya aludida *vexata quaestio* de la jurisdiccionalidad del arbitraje es preciso evidenciar como el arbitraje,

que surge con el convenio arbitral, es *extraño* –¡no equivale!– a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional *por cuanto es expresión de la autonomía privada*. Sostener la jurisdiccionalización del arbitraje y su equivalencia supone desconocer la *originalidad metodológica que aporta justificada en la finalidad negocial que las partes pretenden conseguir a través de su procedibilidad*<sup>17</sup>.

Digámoslo bien claro: *lo que importa, es la actividad negocial de las partes, mediante el convenio arbitral, que resuelve la controversia. Esa actividad es la que se corresponde, no con el equivalente jurisdiccional, si no con la existencia negocial de un debido proceso sustantivo arbitral de resolución de controversias a partir del cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental* a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales. *Por ello, el resultado final de la actividad negocial de las partes es procesal (sustantiva) y técnica o formal a la vez (procedimental)*.

El engarce de ambos contextos *actividad negocial/resolución procesal de la controversia* profundiza en la conceptualización del arbitraje como institución *netamente procesal* pero, no tanto en una proyectada institucionalidad procesal *globalizante* de la explicación del arbitraje a través de una conceptualización *exclusivamente adjetiva*, como que el

arbitraje es un *negocio jurídico* al que le *adjetiva* su finalidad *funcional procesal: resolver controversias*; y, en ese ámbito *negocial-procesal*, el arbitraje resuelve controversias a través de una vertiente *garantista y sustantiva* y, por tanto, *autónoma* sobre la estrictamente adjetiva y formal o procedimental<sup>18</sup>.

Y ahí va la puntilla. El *negocio arbitral* –del convenio arbitral, se entiende– es, en todo caso, *el resultado del principio de la autonomía de la voluntad*, entendido exegéticamente *extrarradio* del régimen jurisdiccional –y de su equivalencia– estatalista y, por tanto, tipificador de una propuesta *negocial de garantía procesal* ¡Sí, de *garantía procesal!* No de jurisdiccionalidad.

La *funcionalidad de garantía procesal*, que despliega el arbitraje, *se justifica* en su carácter *negocial* que *excluye* los planteamientos adjetivos-procesales. Ya, ALMAGRO NOSETE<sup>19</sup> (1998, *La ejecución*, pág. 18 a 22), lo dijo: en el arbitraje “el método de resolución *es procesal* (énfasis agregado) y durante la sustanciación del mismo deben observarse unas formalidades *esenciales* (énfasis agregado), de orden público procesal, que no pueden ni eliminarse ni conculcarse, so pena de provocar la nulidad de la decisión final o laudo”. Y apostilla “el examen global arroja un claro *balance procesalístico* (énfasis agregado), perfectamente explicable si se tiene en cuenta que la heterocomposición

<sup>17</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. “La anulación ...”. *Op. cit.*; p. 21

<sup>18</sup> *Ibíd.*; pp. 21 y 22.

<sup>19</sup> ALMAGRO NOSETE, J. “La ejecución del laudo arbitral”. En: *RUDP (UNED)*. Núm. 0 de 1998, pp. 18-22.



del conflicto, presente en el arbitraje, es la razón misma del “ser procesal”. En consecuencia, nuestra conclusión es clara: *el arbitraje es una institución netamente procesal* (énfasis agregado), que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y que necesita –dice– de una tutela jurisdiccional *propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos*” (énfasis agregado).

Pero, lo diré. Personalmente no me decanto por el *panprocesalismo* justificador del arbitraje que postula ALMAGRO NOSETE. Resueltamente, no. Es cierto –y lo reconozco– que la *función* que asume el árbitro es *procesal pero no jurisdiccional*. Es más el arbitraje es un ejemplo de una actividad en la que se residencia la *sustantividad* del proceso a través de la técnica procedimental que se prefiera *pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales* por lo que la resultante es simple: *no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional* (como sucede, insisto, con el arbitraje), *ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal*. Para mí, pues, el convenio arbitral se justifica porque, a través de él, *se resuelven controversias y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional*.

Pero, indicado todo lo anterior, he de reconocer, al propio tiempo, que el arbitraje resuelve controversias a partir de la suscripción de un convenio arbitral conceptualizado como *un negocio jurídico*.

*Un negocio jurídico que rehúye las teorías contractualistas al uso para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje por cuanto, en una proyectada teoría general del negocio jurídico, las opciones contractualistas han de ser preteridas en la medida en que la propedéutica negocial se acerca al contractualismo pero, en cambio, se aleja de las soluciones procesales de resolución de controversias.*

Y esa justificación procesal *aleja*, en puridad de principios, al [*negocio*] convenio arbitral del contractualismo y lo *ubica* en un ámbito *técnicamente negocial por sus consecuencias* por lo que me ubico –mejor diría: propugno– ante un *negocio jurídico impropio* respecto del cual es preciso subrayar la corrección metodológica insita en la consideración del convenio arbitral como un *instituto jurídico negocial dotado de autonomía jurídica, estructural y funcional*<sup>20</sup>.

Y prosigo. El sometimiento a arbitraje mediante el convenio arbitral, *antes que contrato*, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir *estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal*. Vamos, para decirlo con la máxima concisión posible: *el panprocesalismo almagrista no es la solución sin el negocio arbitral* ¡De nuevo no!<sup>21</sup>.

A estas alturas, además, nadie niega que el desarrollo de las actuaciones

<sup>20</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. “La anulación...”. *Op. cit.*; pp. 22 y 23.

<sup>21</sup> *Ibid.*; p. 23

arbitrales haya de tener una justificación *negocial*. Éste es un as que no me he sacado de la manga. Y que no se me malentiendan mis palabras, como si con ellas persiguiera adelgazar el grosor garantista de aquel desarrollo. Nada de eso. Ya que tengo algo más que la impresión de que, el tema de la justificación *negocial* del desarrollo de las actuaciones arbitrales, amen de que hasta el momento ha rendido fruto en orden a elevarlo como explicación metodológica del arbitraje<sup>22</sup>, es trigo limpio del todo. De ahí que, hoy en día, pacíficamente prescriba un estándar *negocial* destacadamente alto en nombre de la eficacia del arbitraje<sup>23</sup>.

Y, ciertamente –me reitero–, la “fuente ordinaria del arbitraje” *es un negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectado procesalmente. No hay contrato. Solo negocio jurídico que no posee el abocamiento propio del contractualismo, sino el impropio de su funcionalidad procesal. No existe contrato (2008, La anulación, p. 23). Ni, por tanto, es precisa esa adjetivación “procesal” del contrato* –la de “contrato procesal”– pese al criterio de BERNARDO SAN JOSÉ<sup>24</sup> o de SANTOS BELANDRO<sup>25</sup> ¡No! No nos hallamos ante un “contrato procesal”.

Y a partir de la anterior tesis se me antoja –desde mi punto de vista– que todo

discurre como la seda. En primer lugar, porque, tras asumir la existencia de un *negocio arbitral*, éste sólo tiene sentido si el árbitro hace uso de las *garantías sustantivas “de aquí y ahora” del debido proceso sustantivo arbitral y las actúa mediante la tecnificación acrítica y atemporal del procedimiento* a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales. De ahí que, interese ante todo la *procedibilidad negocial* del arbitraje [que obviamente *no puede ser contractual* en la medida en que la propedéutica *negocial* del contractualismo *se aleja de la procedibilidad exclusivamente negocial del arbitraje*] y su perspectiva *garantista* que hace posible la resolución de controversias que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder solucionarlas *procesalmente y negocialmente* cuando, previo convenio arbitral, se obligan a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.

Así pues, y frente a las denominadas teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas –y las panprocesalistas de ALMAGRO NOSETE– *la naturaleza jurídica resolutive del arbitraje es de procedibilidad negocial*<sup>26</sup>.

Resumendo: a través de mi aportación justifico la naturaleza jurídica del

<sup>22</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre. Op. cit.*; pp. 15 y ss.

<sup>23</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. “*La anulación...*”. *Op. cit.*; pp. 28 y ss.

<sup>24</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, A. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Ed. Comares, 2002, pp. 7-10.

<sup>25</sup> SANTOS BALANDRO, R. B. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 53.

<sup>26</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>. “*La anulación...*”. *Op. cit.*; p. 23

arbitraje en lo que BERNAL GUTIÉRREZ<sup>27</sup> ha denominado ya *teoría negocial-procesal* como metodología de mi autoría. Para mayor ilustración del lector reproduzco su sentir metodológico sobre el particular. Es el que sigue: “frente a los sistemas vistos (*passim*), el tratadista español ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, propone, para el caso de su país pero evidentemente con proyección a muchos otros sistemas jurídicos, el que más allá de las teorías vistas, *se da una naturaleza procesal en el arbitraje complementada con la visión de un negocio jurídico* (énfasis agregado)”.

Y si lo anterior no bastara mi propuesta ha sido resueltamente acogida en el Informe al Anteproyecto de Ley de Arbitraje (año 2003) presentado por el CGPJ. En ese Informe se indica literalmente que “en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje la doctrina, y en buena medida los tribunales, han defendido su carácter jurisdiccional lo que supone indudables ventajas prácticas. Frente a ello se ha defendido su carácter contractual, *mientras que algunos sectores defienden la procedibilidad negocial-procesal del arbitraje, pues la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional aunque nace de un negocio jurídico*” (énfasis agregado)”.

Las consecuencias de semejante propuesta no se dejan esperar. Por lo pronto, significa reafirmar el carácter *autónomo* y *procesal* del Derecho de arbitraje que deriva del planteamiento *garantista* que es posible atribuir al *proceso* arbitral mediante el *procedimiento* que adopte para la

sustanciación de las actuaciones arbitrales; pues sólo en la medida en que aquél –el proceso arbitral– ofrece un *sistema de garantías procesales* es posible que se resuelva *autónomamente*, la controversia que surge del convenio arbitral, y que, como no podía ser de otra manera, *no se hace depender* de la *instrumentalidad típica* de un procedimiento [de concretas actuaciones arbitrales ya positivadas]. Lo que justifica aún más que en el arbitraje *se pueda anteponer* la vertiente *garantista* y *procesal* [en definitiva, *sustantiva* y *autónoma*] sobre la puramente *adjetiva* y *formal* que pueda implicar la conceptuación del término “procedimiento arbitral” como mero *instrumento* atemporal de resolución de controversias de justificación *externa* al arbitraje mismo como pueda ser las expuestas en un Código procesal civil.

Pero, anticiparé que, una vez situados en las soluciones estrictamente *procedimentales*, el reclamo a un cuerpo general con tales características no se hace esperar. Por esa razón, no sólo es posible conceptuar al Derecho de arbitraje como *negocial-procesal*, en razón de su *sustantividad*, sino además es *procedimental* porque su preceptiva *negocial-procesal* en algún momento ha de *converger* con los ámbitos normativos que hacen posible aquella –la *procedimental*–.

De todo lo indicado, y comenzando por lo menos anodino, me parece que no es del género pedestre quedarme con la siguiente tesis: si hay una idea que pretende convertirse en perenne sobre el arbitraje

<sup>27</sup> BERNAL GUTIÉRREZ, R. *El arbitraje en Guatemala. Apoyo a la justicia*. Guatemala: Centro de Arbitraje y Conciliación. CENAC, 2000, pp. 34 y 35.

y que no desea quedar desvaída por el tiempo, es que, aquel –el arbitraje–, debe tender a adoptar *sus propias formulas de actuación procesal*.

No pretendo echar un pulso con nadie en una especie de desafío exegético. No. Rotundamente, no. Pero ignorar todo lo que se ha indicado renglones antes y afirmar, como hace BARONA VILAR<sup>28</sup>, “que el arbitraje es arbitraje” –y es literal– puede que sea –quizá o seguramente– del genero pedestre. Pero, las cosas no quedan ahí. Frente a concretos esfuerzos doctrinales por *consolidar el procesalismo* en el arbitraje se ha indicado por RAMOS MÉNDEZ<sup>29</sup> lo contrario.

¡No! No nos engañemos. Es cierto que, como dice RAMOS MÉNDEZ (2004, *El arbitraje internacional*, p. 12), las “lagunas del sistema se han de suplir con los principios en lo que se inspira [el sistema], y entre ellos, sobre todo, el de la voluntad de las partes o, en su caso, la decisión de los árbitros”<sup>30</sup>. Pero, no es menos cierto que esos principios *son de justificación procesal*. Quienes hemos hecho arbitrajes sabemos perfectamente que es preciso permitirle a las partes alegar, sabemos que hay que ser tremendamente escrupulosos con principios *procesales* –sí, *procesales*– como el de audiencia, contradicción e igualdad de partes, presentes en todas las actuaciones arbitrales para que no se produzca en ningún caso, indefensión. Y, esos principios ya los adopten las partes

para que los conozcan [debido a que no siempre los conocen] o los árbitros porque, de ese modo, lo que decidan *no será abstracto en el sentido de que no necesiten apoyaturas externas porque como indica RAMOS MÉNDEZ (2004, El arbitraje internacional, p. 12) la “ley arbitral se convierte (...) en la norma de referencia única –dice– en la materia”*<sup>31</sup>.

Vayamos a los hechos. Las leyes de arbitraje *no son normativas levitadas que sin apoyaturas procesales* –sí, *procesales*– de ningún tipo se ubiquen en una *equidistancia totalmente inexistente* ¡No! Semejante propuesta *es una falacia*. Los principios en los que se inspira el “sistema” son de una *gran [enorme] sustantividad procesal*. Tienen nombres y apellidos. Sus nombres y apellidos [su *filiación*] *se hallan en el Derecho procesal* ¡Sí, en el Derecho procesal! Que esa filiación se proclame *putativa* pues puede que sea una opción. Es quizá la opción de RAMOS MÉNDEZ. Pero, no la mía. Yo acudiré sin complejo alguno al Derecho Procesal cuando exista “laguna del sistema” –*procesal*, se entiende– proveniente del convenio arbitral y con esa actitud soy consciente de que no va a peligrar el arbitraje. Muy al contrario evitaré que exista un *error in procedendo* que es el único flanco [el *procesal* ¡ojo!] por el que el laudo arbitral puede ser anulado. Y, desde luego, esta propuesta la tengo clara.

En limpio: *para ser un buen árbitro es preciso ser antes un buen procesalista*.

<sup>28</sup> BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Thomson-Civitas, 2006, p. 49

<sup>29</sup> RAMOS MÉNDEZ, F. “El arbitraje internacional en la nueva ley española de arbitraje”. En: *Justicia Alternativa*. Nº 5, 2004, p. 12.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> *Ibíd.*

O sea, que el que se enfrenta a la patología de la controversia sabe que el único modo existente hasta ahora de hacerle frente es el procesal. No se ha inventado otro modo distinto de actuación. La conclusión no se hace esperar: el ámbito *negocial-procesal* del convenio arbitral así lo exige.

### 3. EL ORIGEN DEL ARBITRAJE: EL CONVENIO ARBITRAL

Cuando, con ayuda del ordenador, se ha recorrido sobre un suficiente número de páginas y uno logra tener algunas ideas claras es el momento de ceñirse a lo más inmediato: el *origen* del arbitraje se ubica en el convenio arbitral. Para que se me entienda: *sin convenio arbitral no puede haber arbitraje*.

Y he caído en la cuenta de que, en mi marco –en el que me ubico, se entiende– de la resolución de la patología mediante arbitraje, el problema concreto de “origen del arbitraje” se hallaba desparramado, estaba incompleto y era un poco estrábico. Carencias que pretendo subsanar, con los renglones que siguen a éste, por ser un tema que va y retorna pero que siempre se conserva fresco y eterno.

Por lo pronto, todo lo que hay en el mundo (siempre se olvida uno de algo) admite ser contemplado desde diferentes perspectivas.

De cualquier modo, tampoco hay que dejarse acoquinar por algo más que presunta magnitud de lo que se nos viene encima. Por el momento, basta con que saquemos alguna simple lección asequible a cualquier mollera (las complicaciones

vendrán luego). En concreto, *que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la voluntad, permite que la controversia disponible conforme a derecho* (como así lo indica el artículo 2.1. de la ley peruana de arbitraje) *pueda ser sometida a arbitraje*.

Establecido este preliminar analítico básico, advierto de antemano que, en las páginas venideras, adoptaré una postura *multiprospectiva*. No sé si ese palabro es correcto, ni si significa en realidad algo medianamente preciso. Por eso, por si las moscas, me apresuro a anticipar que trataré (pero no confundiré, espero) de la *definición del convenio arbitral*.

Para ello me viene pintiparado el artículo 13.1. de la ley peruana de arbitraje cuando indica que el convenio arbitral “*es un acuerdo*” *por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*.

De manera que el susodicho “*acuerdo*” puede ser visto desde una doble perspectiva: *descriptiva* y *finalista*. Respecto a la primera, existe *descripción* porque, a través de ella, es posible hallar una propuesta de lo que debe *contener* y *proyectar* el convenio arbitral a través de su indudable vocación *formal* y *material*.

En efecto, *forma* y *materia* es lo que debe *expresar* el convenio arbitral. Pero, al propio tiempo, el convenio arbitral es lo que *permite finalísticamente* –permítaseme éste nuevo palabro– la *expresión* de la *forma* y *materia* en la existencia de un “*acuerdo*” expresivo de la *voluntad* de

las partes de *someter a arbitraje* todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. O lo que es lo mismo, que ha de existir un “*acuerdo*” de expresar la voluntad de resolver las controversias surgidas mediante convenio arbitral con arreglo a una forma y contenido.

La conjunción de la *descripción* de las formas y contenido del convenio arbitral con su finalidad posibilita que aquel [el convenio arbitral] pueda ser descrito finalísticamente –permítaseme de nuevo el palabro– como la expresión de un deber volitivo que las partes han de asumir justificado en el principio de autonomía de la voluntad.

Esta *descripción*, resultado de la reconstrucción interpretativa, evidencia que el convenio arbitral posee una indudable vocación *negocial* en la que es esencial la voluntad *negocial* de someterse a arbitraje (es el “*acuerdo*” a que alude el artículo 13.1. de la ley peruana de arbitraje).

Y vayamos ahora al encuentro de ciertas –sólo “*ciertas*”– sincronías. Veamos. La anterior tesis –desgranada, creo yo, suficientemente en los renglones que preceden a este– parece haber sido asumida por BERNARDO M. CREMADES (2006, *El arbitraje*, p. 147) al decir que “la piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral; *negocio jurídico* (énfasis agregado)

por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de alguna de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica”<sup>32</sup>. Pero –y hay un “pero”–, el error del referido BERNARDO M. CREMADES (2006, *El arbitraje*, p. 147) quizás estribe en configurar el convenio arbitral “como contrato (...) pero con claros efectos –dice– jurisdiccionales”<sup>33</sup> (énfasis agregado) ¡Ay, la Virgen de Guadalupe, lo malogró el tal CREMADES! ya que el convenio arbitral no es un contrato que origine “efectos jurisdiccionales”. Ya lo he dicho renglones antes. Léalo de nuevo el paciente lector. Ese *tic* convulso de explicarlo todo en el arbitraje o bien a través de las teorías contractualistas o las jurisdiccionalistas ya no está de moda. Por contra, la indudable *vocación negocial del convenio arbitral* permite que la *voluntad de las partes de someterse a arbitraje* acceda a la *procedibilidad negocial del convenio arbitral* en orden a resolver las controversias indicadas en el mismo en virtud del *principio de autonomía de la voluntad*. Y, para tal fin, la *descripción* en la *forma y contenido* del convenio arbitral *facilita su definición*.

De ahí que no tenga más cuajo que admitir que el convenio arbitral pueda ser definido como el “*acuerdo*” –o sea, el *negocio jurídico bilateral– justificado en el principio de la autonomía de la voluntad que, alejado del contractualismo [el negocio jurídico], permite la resolución*

<sup>32</sup> CREMADES, Bernardo M. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. En: RAM, enero-marzo de 2006, p. 147.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

*procesal de la controversia.* Porque no nos engañemos, al margen de las *soluciones procesales* –y sus *garantías*– no puede haber resolución de la controversia alguna mediante arbitraje. O sea, *para ser un buen árbitro es preciso ser antes un buen procesalista.*

Por ello, se hace ineludible utilizar un *modelo* que nos sirva de estructura teórica a fin de saber qué aspectos son los relevantes. Se hace improrrogable, entonces, enfatizar en que el convenio arbitral *no es un negocio jurídico bilateral* que origina las consecuencias *propias* de un estructuralismo civilista *justificado en el contractualismo.* El convenio arbitral *no es un contrato.* El convenio arbitral es un *negocio jurídico bilateral* que origina las consecuencias *impropias* de la *resolución procesal* de la controversia que constituye su objeto. El convenio arbitral es un *negocio jurídico bilateral* de justificación *impropia.* [*Negocio jurídico impropio justificado en la procedibilidad negocial que proyecta.*]

Para que se me entienda mejor: el convenio arbitral *es el negocio jurídico que permite adentrarse no en el contractualismo, sino más bien en la procedibilidad negocial del arbitraje.* Y henos de bruces *en el origen del arbitraje.*

El ámbito *negocial* del convenio arbitral *excluye, por lo demás, el arbitraje del ámbito del jurisdiccionalismo y, por tanto, también de su conceptualización como jurisdicción de índole privada para*

*contraponerla a la pública de Juzgados y Tribunales estáticos.* Es la tesis que planteó ya la ponente ALEGRET BURGÚES en la jurisprudencia española cuando decía que “desechado por la doctrina mayoritaria y aún por el propio Tribunal Supremo que existan dos clases de jurisdicción, la pública y la privada, *en tanto que la facultad de los árbitros “es consecuencia de la libertad de contratación y les viene otorgada por la voluntad de los interesados conectados por una determinada relación jurídica”*”<sup>34</sup> (énfasis agregado).

Voy, ahora, a por una segunda puntualización que me obliga a seguir ubicándome –de bruces– en el *origen del arbitraje.* No es otra que la siguiente. El convenio arbitral –que *origina* el arbitraje– *no compete* con otras categorías conceptuales.

Una de las propuestas más sobresalientes de su *conceptualización semántica* –mayoritariamente aceptada en el mundo de habla española– quizá *consista en asumir el origen negocial del arbitraje* a través del *convenio arbitral* como categoría conceptual *autosuficiente técnicamente* como para que la controversia disponible pueda ser sometida a la *resolución procesal* del arbitraje ¡No! Ya no hay que acudir a la francofonía ambivalente de la denominada *clause compromissoire* y *compromis.* En la jurisprudencia española, el ponente PASTOR OLIVER ya evidenció la *preterición* de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral que daban paso a una nueva realidad conceptual que no

<sup>34</sup> ALEGRET BURGÚES, M.E. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo de 1994. En: *RVDPA*, 3, 1995, § 57, pp. 512 y ss.

era otra que la del *convenio arbitral* al reseñar la “*supresión de la dualidad entre cláusula compromisoria y compromiso, configurando una figura unitaria llamada convenio arbitral*”<sup>35</sup> (énfasis agregado).

Voy, ahora, por la tercera puntualización. El origen del arbitraje se ubica en la *libertad formal* del convenio arbitral.

Con palabras simples. La *libertad formal* del convenio arbitral supone la *libertad en la forma de dejar constancia por escrito del convenio arbitral*. Perdone el paciente lector del uso –¿y quizás abuso?– que llevo haciendo de la jurisprudencia española. Pero, no me resisto a acudir a la misma. Ya que la anterior tesis la hallo en la ponente CATALÁN MARTÍN DE BERNARDO cuando dice que “se configura el convenio arbitral como aquel instrumento en que se plasma la voluntad de las partes de someter la solución de una controversia a la decisión de uno o varios árbitros, destacando entre sus notas más significativa, *la relativa a la libertad de forma y constancia por escrito frente a la anterior exigencia de escritura pública*”<sup>36</sup> (énfasis agregado). El ponente MASSANET I MORAGUES decía que lo que caracterizaba al convenio arbitral era *la libertad de forma y su constancia por escrito* al señalar que “se configura el convenio arbitral como aquel

instrumento en que se plasma la voluntad de las partes de someter la solución de una controversia a la decisión de uno o varios árbitros, destacando entre sus notas más significativas, *la relativa a la libertad de forma y constancia por escrito*”<sup>37</sup> (énfasis agregado).

Y al socaire del anterior dato me viene de perlas introducir un tercero: el convenio arbitral –que se halla en el origen de arbitraje– surge como una realidad legislativa *antiformalista*. Ese *antiformalismo* del convenio arbitral implica un modo peculiar de entender y de aplicar el alcance *ad validitatem* y *ad probationem* del convenio arbitral.

Me explico. Como regla general, se establece el principio general consistente en que *la forma que ha de revestir el convenio arbitral es la escrita entendiéndose, de un lado, que la forma escrita es requerida ad validitatem, en el sentido en que su falta haría el convenio arbitral inexistente.*

Pero, repárese que, lo normal, es acoger una formulación, en orden a la formalización del convenio arbitral, *sumamente estática* [el estatismo de la escritura] *pero, a la vez, extraordinariamente laxa y espiritualista, que resuelve cualquier tipo de cuestión relativa a la forma escrita sobre todo*

<sup>35</sup> PASTOR OLIVER, A.L. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de octubre de 1997. En: *RVDPA*, 2, 1999, § 172; pp. 370 y 371.

<sup>36</sup> CATALÁN MARTÍN DE BERNARDO, C. P. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 15 de octubre de 1999. En: *RVDPA*, 3, 2000, § 234 (pág. 656). Se puede consultar en la web: [www.cortevascadedarbitraje.com](http://www.cortevascadedarbitraje.com), en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*

<sup>37</sup> MASSANET I MORAGUES, J. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 8 de junio de 2001. En: *RVDPA*, 3, 2003, §324. Se puede consultar en el web: [www.cortevascadedarbitraje.com](http://www.cortevascadedarbitraje.com), en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.



*en el contexto de los nuevos medios de comunicación y que le atribuye un efecto ad probationem por cuanto se exige la forma escrita como prueba de los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan [esos soportes] su consulta posterior –en tal sentido el artículo 13 de la ley peruana de arbitraje–. Se acentúa, por tanto, el antiformalismo en torno a la exigencia de la escritura hasta el punto que la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma en la medida en que se considera que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y de contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra” (art. 13.5. de la Ley Peruana de Arbitraje).*

Las consecuencias de un planteamiento de tales características permiten afirmar que no es de extrañar que se muestre una importante tendencia a *aligerar* de requisitos formales el convenio arbitral, lo que ha permitido, que en determinados ámbitos del arbitraje [como el comercial internacional] se concilie la seguridad jurídica con la *rapidez y masificación* de las transacciones comerciales. Se origina, de este modo, un cambio de criterio en la conceptualización “*formalista*” del origen *negocial del arbitraje inédito* a pesar de los postulados que pregonó BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1991, *Comentarios*, p. 72) al decir que “a pesar de las apariencias, no puede afirmarse rotundamente

–dice– que [se] (...) haya procedido a una “desformalización” o exigencia de un menor formalismo para el convenio arbitral”<sup>38</sup>.

Veamos. Sin duda, *formalizar*, que es tanto como “dar forma a una cosa”, no es *formalismo* que es, por contra, “rigurosa aplicación y observancia, en la enseñanza o en la indagación científica, del método recomendado por algunas escuelas o, en fin, tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias”<sup>39</sup>.

Pese a los criterios de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el convenio arbitral se *formaliza*. Pero, no es *formalista o perteneciente o relativo al formalismo*. Se favorece el principio del *favor negotii*. Pero, no en detrimento del principio de seguridad jurídica.

Voy, ahora, a por la cuarta y última puntualización. Con ella sigo ubicándome, de bruces, en el origen del arbitraje ¿Cómo? Acudo de nuevo a la jurisprudencia española –y por lo que pido comprensión del paciente lector por justificarme en ella. Porque cuento con la interesante aportación del ponente– BEJAR GARCÍA que alude a la *autonomía formal del convenio arbitral que impide que la nulidad del contrato en el que se inserta determine su automática falta de validez con el fin de que su simple alegación no impida que pueda someterse a arbitraje la liquidación de la relación negocial concretada en el convenio arbitral*. Decía el esforzado ponente BEJAR GARCÍA que “la concreción legal del principio de separación o

<sup>38</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la ley de arbitraje*. VV.AA. Madrid, 1991, p. 72.

<sup>39</sup> Vid. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 21ª Edición.

*autonomía formal de convenio arbitral, [que] impide que la nulidad del contrato determine la automática falta de validez de la cláusula de arbitraje inserta en el mismo; este principio está tomado del derecho norteamericano, en el que la “severability doctrine” tiene precisamente como finalidad empírica evitar que una de las partes pueda impedir el arbitraje a medio de la simple alegación de nulidad del contrato, así como permitir que, declarada la nulidad contractual, pueda someterse a arbitraje la liquidación de la relación comercial”<sup>40</sup> (énfasis agregado).*

Adviértase que las indicaciones que realiza el ponente BEJAR GARCÍA, en torno a la *autonomía* del convenio arbitral, al tiempo que poseen una indudable *eficacia procesal*, evidencian que el convenio arbitral posee una indudable finalidad *integradora* en la medida en que, a través de esa finalidad, se persigue *salvaguardar* la autonomía de las partes proclive a *favorecer* la actividad de los árbitros *en orden a que se pronuncien sobre su propia competencia [kompetenz-kompetenz]*, como también la de los propios integrantes de la jurisdicción estática.

Desde esa perspectiva, el convenio arbitral no es un *negocio accesorio*. *Posee individualidad y autonomía propia, diferente del ámbito contractual al cual accede; lo que justifica, por lo demás, que no se encuentre esa autonomía afectada por las causas de invalidez contractual y que, a mayor abundamiento, se integren en su esfera de operatividad incluso las*

*controversias que surjan tras la cesación del ámbito contractual.*

De lo indicado se evidencia que al convenio arbitral *no se extiendan* las causas que invalidan el contrato en el que se contiene aunque las controversias que surjan, después de su término, se hallan sujetas a su ámbito de operatividad cuando se trate de hechos afectados por el convenio arbitral.

Termino ya. He pasado revista a varias maneras de entender el origen del arbitraje. Y creo que todas ellas me han sido útiles para disertar sobre tan capital tema.

#### 4. ¿CONVENIO ARBITRAL VERSUS ACTE DE MISSION?

Para evitar equívocos no está de más una aclaración: en el *arbitraje internacional* el origen del arbitraje se ubica, *también*, en el convenio arbitral.

Y, antes de entrar en la sustancia temática que ahora me entretiene, bueno será advertir que, en el arbitraje internacional, la existencia del convenio arbitral no es una realidad conceptual *distinta* a la que el CG denomina “acuerdo o compromiso arbitral” (artículo I. 2. a) CG) o lo que, en el CNY, se denomina “cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso” (artículo II. 2. CNY). Muy al contrario, la realidad conceptual denominada “*convenio arbitral*” integra la denominada “*cláusula compromisoria*” en el *arbitraje comercial internacional*.

<sup>40</sup> BEJAR GARCÍA, F. J. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 1996. En: *RVDPA*, 3, 1997, § 130, pp. 613 y 614.

Para un cabal entendimiento de lo indicado renglones antes permítame el paciente lector que, fruto de mi particular chovinismo, acuda, de nuevo, a la doctrina jurisprudencial española del ponente MORALES MORALES cuando indica que “...no puede dejar de advertirse que en los autos obra la confirmación de venta remitida por la empresa de corretaje “*Callamand & Cie*”, que medió en la operación, a la entidad actora “*E.T.S. Zanatta*” y a la que alude la sentencia arbitral, en cuyos términos se dispone la sujeción del negocio convenido a las condiciones generales del Contrato de París Nº 22, el cual, a su vez, contiene en su cláusula XIX la sumisión a arbitraje de las controversias surgidas del contrato, de manera que se constata la existencia del acuerdo [convenio] arbitral que se describe en los arts. 11.2 del Convenio de Nueva York (énfasis agregado) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958, y en el art. 1.2 a) del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional”<sup>41</sup>.

Con todo no nos dejemos ofuscar con el presunto resplandor de la opción por el arbitraje internacional. Habrá que mirar con algún detenimiento –aunque sin necesidad de aparato– esa curiosa convención del artículo 9.6. LA –y del artículo 13.7. de la ley peruana de arbitraje– que ha resuelto, en opinión de la ponente BOET SERRA, “que los *tribunales españoles* –y, en su caso, los

peruanos– *son competentes para enjuiciar la validez de una cláusula arbitral* (énfasis agregado) (...) en particular, con arreglo al reconocimiento expreso de competencia para considerar la invalidez del convenio arbitral del artículo II.3 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1988 (...) que reza como sigue: ‘3.-El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable’<sup>42</sup>; pues resulta que las inercias prejuiciosas, por la que a menudo nos dejamos llevar, pregonan la poca atención que a veces prestamos a lo que tenemos ante los ojos. Así que tomaré como polo de referencia (adrede, por el partido que pienso sacar) *el control de los tribunales españoles* –y, también, de los peruanos– *para enjuiciar la validez del convenio arbitral de conformidad con el derecho español* –y peruano–.

Ahora bien, trazar la raya del mentado *control* exige un razonamiento jurídico (normativo, en concreto; elementalísimo pero normativo). Y esa exigencia no me ha sido vana ni contraproducente. Al menos he conseguido aclarar algo: no hay razonamientos que *per se* (es decir: por su naturaleza técnica) sean inmunes al control

<sup>41</sup> MORALES MORALES, F. Auto del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1996. En: *RVDPA*, 3, 1999, § 1, p. 558

<sup>42</sup> BOET SERRA, E. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2008. En: *RVDPA*, 1, 2009, § 416. Se puede consultar en la web: [www.cortevascadearbitraje.com](http://www.cortevascadearbitraje.com), en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

jurídico; no lo serían, al parecer, si no hay normas jurídicas que disciplinan su uso (prescribiéndolo o prohibiéndolo). Y eso es lo que sucede justamente en la actividad de los tribunales (españoles) para enjuiciar la *validez* del convenio arbitral. Echaré mano, entonces, de la ponente Boet Serra aduciendo que esa actividad surge “en particular en méritos de la norma flexible a favor de la validez de la cláusula arbitral que dispone su validez si es conforme a una de las tres normativas que enumera con carácter alternativo el artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) –y del artículo 13.7 de la Ley peruana de arbitraje–: ‘Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por la normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español’ (y peruano) (énfasis agregado), que también es de aplicación a los arbitrajes internacionales aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España”<sup>43</sup> (art. 1.2 LA) o de Perú (artículo 1.2 de la ley peruana de arbitraje).

Así las cosas, el control de si se han observado o no determinados presupuestos jurídicos requiere a veces de elementos *intralegales* (nominados en el texto de ley, quiero decir) que fungen de condiciones *sine quibus non* para garantizar el cumplimiento de las prescripciones legales: en concreto, *el control de los*

*tribunales españoles –y peruanos– para enjuiciar la validez del convenio arbitral de conformidad con el derecho español –y peruano– cuando el arbitraje sea internacional.*

Sentadas las anteriores premisas, no está de más indicar que, en el arbitraje comercial internacional, es posible el *convenio arbitral pluridocumental* fruto de la *ruptura* de la unidad de acto. Y, no solo es posible, cuanto mejor aún el convenio arbitral pluridocumental surge con el arbitraje comercial internacional. El artículo I, 2.a) CG señala que *se entenderá* por “acuerdo o compromiso arbitral”, tanto una cláusula compromisoria incluida en un contrato, *como también un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenido en el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en fin, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.* Por su parte, el artículo II 2. CNY alude a convenio arbitral “firmado(s) por la parte o contenido(s) en un canje de cartas o telegramas” aún cuando CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA<sup>44</sup> (1989, *Arbitraje comercial internacional*, pp. 35 y ss.) –perdone, de nuevo, el paciente lector que “tire” de la denominada doctrina española– no sean ciertamente unos entusiastas en postular la ruptura de la unidad de acto cuando enseñan a sus pupilos que, la realidad

<sup>43</sup> BOET SERRA, E. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2008. En: *RVDPA*, 1, 2009, § 416. Se puede consultar en la web: [www.cortevascadearbitraje.com](http://www.cortevascadearbitraje.com), en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

<sup>44</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Arbitraje Comercial Internacional*, pp. 35 y ss.

práctica de un convenio pluridocumental en el arbitraje comercial internacional, puede ser calificada como un “caso especialmente difícil”.

Creo no equivocarme cuando asevero, a pesar del criterio de CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, que la realidad práctica de un convenio arbitral pluridocumental en el arbitraje comercial internacional no puede ser calificada como un “caso especialmente difícil”. Las dificultades en el arbitraje comercial internacional surgen en la práctica de las denominadas “cláusulas semiescritas”; esto es, el uso unilateral por una de las partes del arbitraje seguido por el silencio de la otra.

Aquí es dónde se halla el problema. En la elaboración del CNY se rechazó una propuesta holandesa que permitía introducirla en el artículo II. 2. CNY. No obstante, se podrían indicar, como argumentos a favor de la *aceptación tácita del convenio arbitral*, que, la redacción del artículo II. 2. CNY *unida al propósito de favorecer la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, puede ser un argumento que facilite la admisión de la aceptación tácita, y que, incluso, existe “cierta” tendencia jurisprudencial que se caracteriza por favorecer la agilidad de las transacciones, sobre todo, en los supuestos de comerciantes que mantienen relaciones comerciales habituales y a través de ellas se aceptan, aunque sólo sea parcialmente, obligaciones que se hallaban en el convenio arbitral.*

No obstante, la doctrina constante y reiterada del TS español –vuelvo a pedir el perdón del paciente lector por el uso que realizo de la doctrina jurisprudencial española– *no admite* el convenio arbitral tácito. *Lo considera inexistente.* Para el TS español el convenio arbitral *ha de constar por escrito también en los supuestos en los que se rompe la unidad de acto.* Es la doctrina del ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ al decir que “*el acuerdo se ha formalizado por escrito cuando se halla en documento suscrito por las partes o hay constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (apartado 2) y el artículo II del Convenio de Nueva York de 10 junio de 1985 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, exige también el acuerdo por escrito, que será el firmado por las partes o contenido en canje de cartas o telegramas (...) la exigencia de acuerdo escrito priva de valor el silencio que mantenga una de las partes sobre este extremo*” (énfasis agregado). La Sentencia de 30 abril 1990 negó la eficacia de una cláusula de sumisión a los Tribunales de Bogotá no suscrita por las partes, destacando que sobre los límites de jurisdicción no cabe aplicar un criterio extensivo, lo que reitera la de 18 junio 1990 e insiste la de 10 julio 1990 que manifiesta: sabido es que los casos de incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional, sin resultar duda alguna tampoco respecto de la procedencia y firma por todas las partes de tan singular y excepcional cláusula, de exclusión<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998. En: *RVDPA*, 1, 2000, § 7, p. 140. Se puede consultar en el web: [www.cortevascadedarbitraje.com](http://www.cortevascadedarbitraje.com), en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal.*

Veamos. El artículo II.1. CNY prevé la operatividad de los convenios arbitrales *escritos* especificando en el apartado segundo que “*the term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement signed by the parties or contained an exchange of letters or telegrams*”. Literalmente, el CNY requiere la presencia de un “*agreement*” e igualmente que revista la forma *escrita* ya como subespecie de una cláusula de un contrato escrito ya como subespecie de un acuerdo materialmente separado del contrato en el que se encuentra inserto siempre que resulte de un intercambio (“*exchange*”) de voluntades incorporadas en documentos (“*letters or telegrams*”). Si se observa bien, la norma del CNY *no desea* disciplinar la existencia jurídica y la validez del convenio arbitral ni tampoco regular su operatividad probatoria. El único fin atribuible al CNY es, por el contrario, el de prescribir una *forma* que permita presumir que el convenio arbitral *es el resultado del acuerdo existente entre las partes*.

Interesa, por tanto, la *forma* del convenio arbitral que, inescusablemente, ha de hallarse *documentada*. No es determinante que la forma lo sea *ad substantiam* ni *ad solemnitatem* aunque no es posible ignorar la tendencia, aunque minoritaria, de la jurisprudencia de algunos países, en orden a admitir con liberalidad la prueba del *acuerdo* del convenio arbitral redactado por escrito. Así, GÓMEZ JENE dice que el artículo II CNY es una norma *inspirada* en el principio de seguridad

jurídica que restringe la validez formal del convenio arbitral<sup>46</sup>.

Hilando con lo que antecede no es baladí tampoco recordar que, en cuanto a los *efectos* de convenio arbitral, es particularmente importante el artículo VI.1.CG que implica la posible *invocación* del convenio arbitral como *declinatoria*. Esa invocación supone, según el artículo VI.1. CG que “*toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal, basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo*” (énfasis agregado).

Pero, fijémonos un poco. Con la invocación del convenio arbitral como *declinatoria* se reafirma la competencia de los árbitros y se acoge el principio “*de competencia de la competencia*” o “*Kompetenz-Kompetenz*” dirigido a *evitar* que las controversias sometidas a su “*competencia*” –la del árbitro, se entiende– puedan ser sustanciadas a través de la *competencia* que pueda atribuirse a la jurisdicción estática *en base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la nulidad, caducidad*

<sup>46</sup> GÓMEZ JENE, Miguel. “*El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje*”. En: *La Ley*. Número 5952 de 2004.

*e inexistencia del convenio arbitral.* El principio *Kompetenz-Kompetenz*, pues, *deroga* el ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estática.

Para que se entienda mejor. La *eficacia* del convenio arbitral, *como declinatoria* de la potestad jurisdiccional estatal, implica *necesariamente* la expresión de la voluntad, de al menos una de las partes, en tal sentido, marginando de este modo su aplicación automática, por lo que la invocación inmediata de esa *declinación* se alza como elemento *necesario* a fin de otorgar o no eficacia al convenio arbitral. Y es la *acreditación del convenio arbitral* la que otorga base jurídico-procesal a la declinatoria. En esa acreditación no existen fisuras y todas las hipótesis que puedan operar en la práctica quedan condicionadas a la *efectiva* suscripción de convenio arbitral. No se permite que jueces y tribunales estáticos se separen de esa acreditación y que puedan atender a motivos *distintos* para desviarse de la misma.

Este régimen legal *contrasta* en cambio, con el que se establece con carácter general para el arbitraje comercial internacional en el que la fórmula contenida en el artículo VI.3.CG según la cual el “tribunal judicial de uno de los estados contratantes (...) deberá deferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el Tribunal estatal –indica el precepto– no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma” permite que la acreditación del convenio arbitral resulte operativa *perentoriamente* ante el tribunal estatal

*salvo que existan* “motivos suficientemente graves” *para que, finalmente, el convenio arbitral opere como declinatoria de previo pronunciamiento.*

Todas las anteriores puntualizaciones me sirven para la finalidad que, ahora, deseo alcanzar ¿Cuál es esa? No es otra que la relativa a si en el convenio arbitral converge la denominada “Acte de misión”.

Para tal fin no está de más acudir a un concreto entorno. Es el del CG. En el arbitraje comercial internacional, el CG establece que el “*acuerdo o compromiso arbitral*” [“convenio arbitral”] ha de contener la *libre voluntad de las partes de organizar el arbitraje*. Reitero. El artículo I. 2. b) CG señala que se entiende por arbitraje “el arreglo de controversias entre partes *no sólo mediante árbitros nombrados para cada caso determinando (arbitraje ad hoc), sino también por instituciones arbitrales permanentes*”, *permitiendo* que en el “acuerdo o compromiso arbitral” [“convenio arbitral”] *pueden organizar* las partes el arbitraje “según su libre criterio” sometiéndose “para su resolución bien a una *institución arbitral*” [en cuyo caso “el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al reglamento de la institución designada”] o bien “a un procedimiento arbitral *ad hoc* [en cuyo caso las partes tendrán, entre otras, las facultades que les reconoce el artículo IV 1.b) CG].

Lo indicado renglones antes me lleva de la mano para afirmar que, en el arbitraje comercial internacional, *la práctica habitual* va a consistir en la *institucionalización del arbitraje* con arreglo al *principio de autonomía*

de la voluntad de las partes indicado en el convenio arbitral en el momento de organizarlo. No nos engañemos. La institucionalización del arbitraje comercial internacional es práctica común. Por el contrario, la excepción va a ser el arbitraje *ad hoc*. Y con arreglo al CG es posible que las partes libremente acudan a una institución arbitral permanente, en cuyo caso el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al reglamento de la institución (artículo IV. 1.a), CG).

Y aquí es a dónde yo quería llegar. En la institucionalización del arbitraje comercial internacional los reglamentos de arbitraje de las respectivas instituciones arbitrales suelen ofertar soluciones propias por cuanto no es cometido del CG regular lo que serían contenidos reglamentarios.

Y algunos de esos contenidos han tenido ya sanción en la jurisprudencia del TS español lo que evidencia los importantes cometidos que, en el ámbito del comercio internacional, asume la ordenación reglamentaria del arbitraje institucional. Así, ha sucedido con la denominada “Acte de mission” que se regula el artículo 18 RACCI. Hasta el punto de que la denominada “Acte de mission” constituye uno de los rasgos más característicos del arbitraje de la CCI; según BLESSING (1997, *La procedure d'arbitrage*, p. 26) al decir que “L'acte de mission est certainement l'une des caractéristiques principales de l'arbitrage de la CCI. Il tire son origine de l'ancien droit français qui voulait qu'une clause d'arbitrage prévue dans un contrat ne

donne lieu qu'à une obligation de faire non susceptible d'exécution forcée qui, par conséquent, exigeait des deux parties un compromis lorsque survenait un litige”<sup>47</sup>.

Fijemonos un poco de nuevo. Según el artículo 18 RACCI el tribunal arbitral [el artículo 2 de la RACCI alude a árbitros] tras el envío de la documentación por el Secretario de la Corte (artículo 1.5. de la RACCI) procede, en presencia de la documentación recibida o de las partes, en el estado en que se halle, a precisar su misión. En la misión concretada se contendrán las menciones a los nombres, denominaciones completas y cualidades de las partes; las direcciones de las partes donde podrán válidamente ser notificadas a lo largo de la tramitación de arbitraje; una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de las decisiones solicitadas y, en la medida de lo posible, una indicación de todo el montante reclamado como principal o mediante reconvencción; una lista de puntos litigiosos a resolver, a menos que el tribunal arbitral no lo considere oportuno; los nombres, apellidos, calidad y dirección de los árbitros; el lugar del arbitraje, y las precisiones relativas a las reglas aplicables al procedimiento y si se presenta el caso, la mención de los poderes para resolver en amigable composición o para decidir *ex aequo et bono*.

Avancemos un poco más. El “acta de misión” debe ser suscrita por la parte y por el tribunal arbitral. Y, en los dos meses del envío en los que se le habrá entregado la documentación, el tribunal arbitral comunica a la Corte [es la Corte

<sup>47</sup> BLESSING, M. “La procedure d'arbitrage selon le nouveau règlement de la CCI. Analyse des changements”. En: BCIA. Vol. 8/Nº 2, diciembre 1997, p. 26.



Internacional de Arbitraje de la CCI] el “acta de misión” rubricada por las partes y por ella misma. La Corte puede, según petición motivada del tribunal arbitral, e incluso de oficio, si lo considera necesario, prolongar el plazo de dos meses. Si una de las partes *rechaza* participar en la elaboración del acta o no desea rubricarla, se somete a la Corte para su aprobación y una vez que el “acta de misión” ha sido rubricada o aprobada por la Corte el procedimiento arbitral sigue su curso. Para ello, y con posterioridad a la redacción del “acta de misión” o tan rápidamente que sea posible después de la misma, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, establece en un documento separado el calendario provisional que considera adecuado aplicar al procedimiento y lo comunica a la Corte y a las partes. Toda modificación ulterior de ese calendario será comunicado a la Corte y a las partes.

¿Para qué nos sirven las parrafadas anteriores? Bien fácil. Con el “acta de misión” se pretende precisar la *misión* del Tribunal arbitral [árbitros].

Y, entonces, se nos viene encima una conclusión estimada y estimable: sin duda el “acta de misión” contribuye a alcanzar una *metodología ordenada* en la sustanciación del arbitraje en la medida que permite *definir* los puntos litigiosos posibilitando *la organización y ordenación* de los argumentos y pretensiones de las partes de una forma que facilite el análisis

lógico de los mismos por parte del tribunal [los árbitros].

Y la jurisprudencia española, consciente de la importancia del arbitraje comercial internacional que oferta la CCI, ha acogido *favorablemente* el cometido y significado técnico del *Acte de mission* de la CCI. El ponente MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE se expresa, en tal sentido, del modo que sigue: “(...) habiéndose sometido las partes a las normas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (...) *es evidente que el acta de misión (...) cumple un cometido específicamente exacto al de la escritura de compromiso (...) lo que le confiere una validez exacta y rotunda*, pues no ha de olvidarse lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1961 y de Nueva York de 1958 (...) en punto a la autonomía de la voluntad y la remisión convenida al órgano comercial internacional de París en su actuación mediadora en orden al arbitraje o conciliación (...)”<sup>48</sup>.

La conclusión no se hace esperar: según el ponente MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE el “acta de misión” de la CCI *cumple un cometido similar al que asume el convenio arbitral*. Y, entonces, sólo resta indicarle al paciente lector, que ha aguantado hasta este punto en la lectura de lo que precede, que saque sus propias consecuencias y las aplique –si su curiosidad intelectual se lo permite– a su propio entorno ¡si quiere y lo desea!

<sup>48</sup> MALPICA GONZÁLES-ELIPE. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1994. En: *RVDPA*, 3, 1994, pp. 613 y ss.



## CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN (\*)

La cuestión que se quiere plantear en este trabajo es la manera de articular la eficacia relativa del convenio arbitral (*rex inter alios acta*), con la exigencia impuesta en el comercio internacional respecto a las transacciones en las que intervienen una multiplicidad de partes. Es conocido que el arbitraje instituye una jurisdicción que, por la eficacia relativa de los contratos, circunscribe sus efectos solamente a las partes que suscribieron el convenio. ¿De qué forma opera la relatividad *inter partes* cuando concurre una pluralidad de sujetos en un contrato?

Es cada vez más habitual en el ámbito del comercio internacional que varios operadores (personas jurídicas, sociedades, organismos estatales, etc), se unan en un *joint venture* o consorcio empresarial, a efectos de afrontar una obra o un servicio de grandes proporciones, incluyéndose en el contrato base el convenio arbitral.

Se trata de examinar en qué medida los operadores que no han suscrito, en principio, el convenio arbitral pueden

ser llamados y, en su caso, participar en el procedimiento arbitral. Una perspectiva rígida nos daría ya de entrada una contestación: el efecto relativo de los convenios imposibilita que puedan participar en el arbitraje terceros que no lo suscribieron. Sin embargo, la realidad práctica del comercio internacional en el que intervienen grupos de empresas y Estados junto con personas jurídico-públicas integradas en la organización estatal, exige dar una solución práctica a este problema, si bien como expondremos no existe una sola solución, ni esta es sencilla.

En efecto, en el comercio internacional es usual que en un mismo arbitraje participen diversas partes contratantes o bien que existan varios contratos celebrados entre distintas partes que afecten a las cuestiones controvertidas. Esto nos lleva a distinguir entre relaciones multipartitas de tipo vertical y relaciones multipartitas de tipo horizontal.

En las relaciones multipartitas de tipo vertical, los efectos del consentimiento

---

(\*) Profesor titular de Derecho Constitucional. Letrado del Consejo de Estado (España).

otorgado por la parte principal, o que interviene en primer lugar, extiende sus efectos hacia otras partes vinculadas a la primera, bien por formar parte de un grupo de sociedades, bien por tratarse de una organización o ente integrado dentro de una misma organización estatal.

Así pues, dentro de las relaciones multipartitas de tipo vertical, podemos aislar sin esfuerzo interpretativo dos situaciones diferenciadas. Por un lado los efectos del convenio arbitral en los grupos de sociedades; y por otro, los efectos del convenio arbitral en los Estados y en los entes y organizaciones dependientes del mismo.

En cuanto a los efectos del convenio en los grupos de sociedades, es un tema clásico que revierte en el ámbito del arbitraje internacional y que apunta en cierta medida a soluciones originales respecto de la tradicional doctrina del levantamiento del velo societario.

La cuestión que se plantea es la de conocer si un convenio arbitral firmado por una sociedad en el seno de un grupo es extensible a otras que forman parte del mismo grupo y que no pueden ser consideradas formalmente *a priori* como partes.

Tanto la jurisprudencia arbitral, como la de los tribunales judiciales, han venido a reconocer la posibilidad de extensión de los efectos del convenio suscrito por una sociedad a otra cuando se verifica la intención real de las partes y la implicación de intereses en el seno de un grupo que permite estimar a los árbitros la presencia de una vinculación real entre ellas, con independencia de la firma efectiva del convenio arbitral.

El convenio arbitral se entiende, por otra parte, cedido respecto de un grupo de sociedades si las sociedades presentes en el grupo han participado en la operación.

En la reciente jurisprudencia francesa, esta cuestión ha sido objeto de importantes decisiones de la Corte de Apelación de París. Algunas de estas decisiones han extendido el efecto del consentimiento a otras partes no directamente implicadas formalmente: declarando que una cláusula compromisoria firmada por una sociedad filial vinculaba a la sociedad madre (*Cour d'Appel de Pau, Sponsor ap*, 26 de noviembre de 1986). También el *arrêt Orri* de 11 de enero de 1990 por el que la *Cour d'Appel* de París admitió la extensión de una convención arbitral firmada por una sociedad a la persona que la controlaba, poniendo de relieve la existencia de un “grupo que constituía un conjunto de sociedades vinculadas en una unidad económica sometida a un poder único”.

En el asunto *Kis France* contra *Société Générale* de la Corte de Apelación de París, de 31 de octubre de 1981, el tribunal arbitral primero y la Corte después pusieron de manifiesto la doctrina de la vinculación de un grupo de sociedades a través de un convenio marco firmado con el co-contratante por una sociedad madre declarando que actuaba en nombre y por cuenta de sus filiales.

Por otra parte, en el plano de las relaciones comerciales mantenidas por los Estados con partes privadas se ha planteado, asimismo, la cuestión de interpretar el alcance del consentimiento emitido, para saber, en definitiva, si el Estado, como persona jurídico pública resulta vinculado por las entidades,

empresas públicas, entes desconcentrados o descentralizados que participan en la operación económica y en el convenio arbitral. La cuestión se complica aún más cuando aparecen consorcios interestatales para la ejecución de un único proyecto y el contrato principal y el convenio arbitral se firman a través de un ente que reagrupa al conjunto de Estados implicados.

Con lo expuesto, fácilmente puede comprenderse que una concepción estrecha del ámbito del convenio arbitral, relativizando sus efectos a las partes estrictamente vinculadas, choca con la realidad de las relaciones comerciales en un mundo globalizado en el que concurren contratos complejos con pluralidad de partes, pero todas ellas involucradas en un proyecto común. Por consiguiente si el arbitraje se ha convertido en el paradigma para la solución de los conflictos en el ámbito internacional, el problema del convenio multipartito emerge con singular fuerza en esas relaciones internacionales negociales, debe encontrar respuestas adecuadas que sirvan a los intereses en presencia.

Debe atenderse con especial cuidado a las garantías de derecho de defensa (audiencia debida y contradicción para todos los involucrados), oponibilidad del convenio, nombramiento de árbitros, acumulación de procedimientos y efectos generalizadores de la cosa juzgada de la sentencia arbitral, para que no se resienta la tutela efectiva de todas las partes involucradas en el arbitraje, en evitación sobre todo a una posible acción de anulación.

En ese sentido, en relación a la ejecución de la sentencia, la aplicación de la

Convención de Nueva York puede presentar dificultades en orden al reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral procedente de una acumulación o “*consolidación*” forzada conforme a la ley aplicable, en aquellos ordenamientos que lo permiten (hoy por hoy, USA, Holanda y Hong-Kong), por considerar que existe vulneración del convenio arbitral o de los derechos de defensa; en otro aspecto, una insuficiente cobertura convencional del arbitraje multipartito puede ocasionar procesos distintos y por ende sentencias distintas y aún contradictorias entre sí. Las dificultades son evidentes, y para superarlas una animosa doctrina se ha lanzado en los últimos tiempos a la prolija tarea de dar soluciones en las que abunda la creatividad y un pragmatismo no exento de incoherencia en muchos casos.

Examinaremos sucesivamente la problemática a que dan lugar la pluralidad de partes y las aportaciones que se hacen por la doctrina y la jurisprudencia.

La solución al problema del arbitraje multipartito supone en esencia un encadenamiento no forzoso de una pluralidad de partes dentro de un arbitraje único. Se trata de llevar a todas las partes intervinientes en una operación contractual múltiple a un mismo proceso y a una misma sentencia arbitral. Vistas así las cosas, el problema es únicamente de organización, de forma que quede garantizada la postura de cada una de las partes y el ejercicio de los derechos dentro del procedimiento arbitral.

Ahora bien, cabe introducir de momento dos tipos de complicaciones. Por un lado, las relaciones entre las diferentes partes pueden no estar situadas

en un mismo lado, ni en un mismo plano; por otro, y aquí radica la dimensión más dificultosa del problema, no todos los llamados, en su más amplio sentido, a participar e intervenir en el proceso pueden legítimamente ser considerados como parte en sentido estricto.

Toda la ambición latente de los arbitrajes multipartitos consiste en lograr transformar en parte a personas que no lo son, que quizá aspiran a serlo, pero que quizá se resisten a ello, o bien que las partes mismas o algunas de ellas quieren dejar fuera; que por consiguiente son terceros con respecto al convenio arbitral, pero que no lo son, o lo son menos, o lo son más o menos respecto del contrato principal sobre el que se ha venido a implantar la relación arbitral bilateral de origen.

Ha de concebirse, pues, el arbitraje multipartito como un arbitraje potencialmente multipartito en el sentido de hacer participar en él a las diferentes partes y a los terceros que pueden considerarse como potencialmente parte. Por ello, es necesario proceder ahora a una presentación de los diferentes litigios y las diferentes relaciones entre partes y terceros que pueden dar lugar a arbitrajes multipartitos.

Llegados a este punto, puede sintetizarse el fenómeno de los convenios con pluralidad de partes, en tres supuestos diferentes. En primer lugar, que un mismo convenio aparezca suscrito por varias partes. Suele darse en los negocios que implican un consorcio o *join venture*, que es lo que ocurrió en el caso *Dutco*, supuesto en el que, esa última entidad había celebrado un contrato con un consorcio

alemán formado por varias empresas y cuando se suscitó la controversia, promovió un arbitraje contra ellas con arreglo al Reglamento CCI. Las sociedades alemanas alegaron que tenían derecho a designar un árbitro cada una de ellas, pero era el caso de que el Reglamento CCI no contempla la constitución de tribunales arbitrales integrados por más de tres árbitros; por tal razón, la CCI instó a las sociedades alemanas a que nombrasen un árbitro de forma conjunta, a lo que accedieron, si bien reservándose el derecho a recurrir la resolución de la CCI, con fundamento a que se les privaba al derecho a designar un árbitro cada una.

La cuestión fue resuelta finalmente por la *Court de Cassation* francesa, que dio la razón a las sociedades alemanas atendiendo a que el principio de igualdad en la designación de árbitros constituye materia de orden público indisponible. El impacto de esta sentencia tuvo como efecto el que la nueva versión del Reglamento CCI de 1998, modificase los artículos 8º y 10º del citado Reglamento.

En segundo lugar, se plantea la hipótesis de que concurren diversos contratos entre partes distintas, lo que no deja de ser infrecuente en el ámbito del comercio internacional. Piénsese, por ejemplo, en un proyecto internacional de construcción de infraestructuras en el que no solamente participa un contratista principal, que a su vez puede ser un grupo empresarial, sino también una larga cadena de sus contratistas, prestadores de servicios y proveedores; siendo así que se tenga pactado que las controversias que surjan entre el contratista principal

y la propiedad, sea esta o no estatal, será resuelta mediante arbitraje.

Los efectos de un convenio arbitral en estos contratos múltiples en los que intervienen diversas partes, fue analizado en el caso *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd vs Eastern Bechtel Corp*, conocido como caso *Adgas*, en el que esta última como propietaria de una planta productora de gas natural líquido en el golfo árabe, promovió un arbitraje en el Reino Unido contra los contratistas principales, en el que se denunciaba los defectos detectados en uno de los tanques construidos para almacenar gas. El contratista principal intentó salvar su responsabilidad imputando los defectos de construcción al subcontratista nipón. El arbitraje se sustanció en Londres, pero el contratista principal no se atrevió a promover dentro del mismo proceso y ante el mismo árbitro la acción de responsabilidad contra el contratista japonés y abrió otra vía arbitral distinta contra este último, también en Londres.

El asunto acabó ante el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, quien dictó una resolución ordenando la acumulación de ambos arbitrajes con el fin de ahorrar costes económicos y temporales y en evitación de que se dictaran laudos contradictorios que perturbaran la seguridad jurídica del comercio internacional.

En tercer lugar, cada vez se va abriendo paso en el comercio internacional los denominados “*arbitrajes en cadena*”, que tienen lugar en los mercados *commodities*, esto es, cuando un producto se transfiere a través de una cadena de intermediarios hasta llegar a un adquirente final. La cuestión que aquí se plantea

es si el convenio arbitral alcanza o no, a todos y cada uno de los sujetos de la cadena respecto a la calidad del producto objeto de transferencia. La doctrina científica entiende que en el mercado de *commodities* es básico un único arbitraje que ampare la solución de los conflictos entre el vendedor y el último adquirente, considerando que el laudo que recaiga tenga efectos vinculantes respecto de todas las partes. También en este caso se argumentan razones de seguridad jurídica y fiabilidad comercial en el dominio de los negocios internacionales.

Ante tal cúmulo de dificultades, las Instituciones de arbitraje internacional, han procedido a introducir modificaciones para dar cabida, sin merma de garantías a los arbitrajes multipartitos. A la cabeza de esta tendencia hay que situar a la *American Association Arbitration*, en cuyo reglamento se contiene la posibilidad de realizar la acumulación o *consolidation* de procedimientos, lo que ha tenido efectos muy favorecedores en materia de seguros respecto de un mismo siniestro cuando se dan situaciones de retrocesión de riesgos entre varias compañías. También la *London Court of International Arbitration*, prevé las adhesiones a un proceso arbitral en marcha, o la acumulación de procedimientos cuando concurren una pluralidad de partes o una pluralidad de contratos y partes. Por su parte la CCI, atenta como siempre a las necesidades del mercado internacional, ha editado una guía sobre la forma de organizar el arbitraje multipartito, formulando recomendaciones a las partes. Sería deseable que la Ley Modelo, en una nueva versión, incluyese disposiciones respecto a la acumulación de distintos arbitrajes, para que, con un

carácter universal y pedagógico fuese tomado como pauta a seguir en los arbitrajes internos e internacionales.

Finalmente, no podemos dejar de realizar algunas consideraciones sobre la relación entre los convenios multipartitos y la declinatoria de jurisdicción. A este respecto el Artículo II.3 de la Convención de Nueva York determina que la eficacia procesal del convenio queda garantizada por la obligación de declinar la competencia de los Tribunales de los Estados contratantes en favor de la jurisdicción arbitral, evitándose con ello la fragmentación múltiple de arbitrajes y el semillero de problemas procesales que estos

podrían originar. Especial incidencia tiene, en el caso de los arbitrajes multipartitos, las situaciones de *litis pendencia*. Es decir, cuando un procedimiento pende ante un Tribunal judicial en relación a la misma causa que ha sido sometida a arbitraje. Pues bien, muy a pesar de algunas legislaciones internas que patrocinan la absorción de los procedimientos arbitrales a favor de la jurisdicción del Estado, la práctica internacional apoyándose en la potestad atribuida por el citado artículo II.3 CNY, considera que debe declinar la competencia del juez de estado en favor del árbitro, salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz e inaplicable.



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

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO (\*)

**SUMARIO:** 1. Breves notas sobre la naturaleza jurídica del Convenio Arbitral. 2. Régimen jurídico del Convenio Arbitral. 2.1. Convenio de Nueva York. 2.1.1. Ámbito de aplicación. 2.1.2. Validez formal. 2.1.3. Validez en cuanto al fondo. 2.2. Convenio de Ginebra. 2.3. Ley Española de Arbitraje. 3. Un supuesto de ineficacia temporal y relativa del Convenio Arbitral: El concurso de acreedores. 3.1. Marco jurídico. 3.2. Convenios arbitrales vigentes. 3.3. Arbitrajes en tramitación.

## 1. BREVES NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL

El arbitraje se viene revelando desde tiempos pasados como un mecanismo rápido y eficaz para resolver las controversias que surgen, especialmente cuando estas adquieren un cariz internacional. En este sentido, el arbitraje ha estado y está indisolublemente unido al desarrollo del comercio internacional. No obstante, y aun cuando la mayor parte de los convenios internacionales están directamente inspirados en el arbitraje comercial, tampoco puede olvidarse que el arbitraje internacional es igualmente una herramienta eficaz para la resolución

de controversias derivadas de otro tipo de contratos como, por ejemplo, los contratos de consumo.

En cualquier caso, la clave del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad y como tal precisa de un acuerdo de las partes o, como es sabido, de un convenio arbitral. El convenio arbitral es un acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias presentes o futuras, ya adopte este acuerdo la forma de cláusula integrante de un contrato, de artículo de los estatutos de una sociedad, o de pacto separado e independiente. Ya forme el convenio arbitral parte de un contrato, ya constituya un acuerdo independiente y

---

(\*) Director Corporativo de los Servicios Jurídicos de Grupo Isolux Corsán S.A. Miembro del Club Español del Arbitraje.

separado de este, el convenio arbitral como tal se inspira por el denominado “*principio de separabilidad*”. Este principio significa que el ordenamiento considera el convenio arbitral como un acuerdo autónomo, separable e independiente de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas.

Consecuencia directa de este carácter separable del convenio arbitral, es el hecho de que el convenio queda sometido a un régimen jurídico distinto al del contrato al que va unido o ligado. Por ello, el tribunal arbitral puede decidir sobre la nulidad del contrato principal sin necesidad de cuestionar su propia competencia. En definitiva, es perfectamente factible encontrarnos con una cláusula arbitral válida en un contrato que es nulo.

Por otro lado, como acuerdo separable, le son de aplicación las reglas sobre contratos puesto que, al tener su origen en la voluntad de partes, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual, tales como vicios del consentimiento, capacidad de las partes, o problemas en la formación del mismo. No obstante, el objeto de este acuerdo es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales (efecto derogatorio) e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir

(efecto atributivo)<sup>1</sup>. Esta doble naturaleza, procesal y material, justifica la diversidad de normas procesales y materiales que concurren en su regulación.

Aclarado este punto, el objeto del presente trabajo consiste en determinar las condiciones que debe reunir el convenio arbitral para ser eficaz y producir los dos efectos típicos, esto es, el efecto negativo consistente en excluir la competencia de los tribunales judiciales para conocer el asunto. Y, el efecto positivo, que permite a los árbitros fundar en él la competencia para pronunciarse sobre el asunto.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ARBITRAL

El arbitraje en España está regulado con alcance general por la Ley de Arbitraje de 2003. No obstante, en el ámbito internacional la regulación de los acuerdos arbitrales viene determinada principalmente por reglas de origen convencional que, cuando son aplicables, desplazan a las normas de origen meramente interno<sup>2</sup>.

Entre los textos internacionales ratificados por España en materia de arbitraje, los dos convenios más significativos en el ámbito civil y mercantil son el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales

<sup>1</sup> Sobre estos efectos, entre otros, ver: ARIAS, D. “Art. 11”. En: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 108; MANTILLA, F. *Ley de Arbitraje*. Madrid, 2005, p. 89; FERNÁNDEZ ARMESTO, J. “El arbitraje internacional”. En: (Director: MARTÍN/HIERRO). *Comentario de la ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 757-758; VERDERA SERVER, R. “Art.11”. En: (S. BARONA). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Aranzadi, 2004, p. 454.

<sup>2</sup> Sobre la relación del arbitraje internacional con los ordenamientos jurídicos nacionales, ver: LEW, J.D.M. “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”. En: *Arbitration International*, 2006, pp. 179 y ss.

Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, (en lo sucesivo, “CNY 1958”) y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 (en lo sucesivo, “CG 1961”). Este último es un convenio expresamente diseñado como complemento del CNY 1958 en las relaciones entre los Estados contratantes.

## 2.1. Convenio de Nueva York

### 2.1.1. Ámbito de aplicación

El régimen jurídico básico de los acuerdos de arbitraje está regulado por el CNY 1958. Pese al tenor literal de su título, el CNY 1958 no limita su alcance al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y, en su artículo II, se ocupa también de los acuerdos de arbitraje y de los dos efectos sobre la competencia de los tribunales judiciales y arbitrales que le son inherentes. Además, nuestro país no hizo uso de la “*reserva comercial*”, que permite limitar su aplicación a relaciones consideradas comerciales por su Derecho interno.

En relación con el ámbito de aplicación personal, en nuestro país el CNY 1958 tiene carácter *erga omnes* y es de aplicación universal. Así, se aplica incluso frente a Estados no contratantes.

Por ello, el artículo II del CNY 1958 constituye la base sobre la que se asienta el sistema español sobre los acuerdos de arbitraje.

Esto, no obstante, es preciso matizar que el artículo II del CNY 1958 no se aplica en todos los arbitrajes, sino sólo

en aquellos de carácter internacionales. Aunque el CNY no proporciona una regla clara que permita calificar a un concreto arbitraje como internacional, en el sistema español la internacionalidad se presupone en aquellos arbitrajes que reúnen las condiciones del artículo 3 de la Ley de Arbitraje. En este sentido, “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”. Se entiende que una relación afecta a los intereses del comercio internacional cuando implica una transferencia internacional de bienes o servicios.

### 2.1.2. Validez formal

Para una correcta comprensión del régimen del CNY 1958 es preciso subrayar que el mismo se inspira en el de aplicación de la “*regla más favorable*”, regulado en el artículo VII.1 del CNY 1958 y según el cual el Convenio admite la aplicación de la ley del Estado en que se pretende hacer valer el acuerdo arbitral, en la medida en que sea más favorable a la validez de dicho acuerdo que el propio Artículo II del CNY.

Partiendo de esta base, el CNY 1958 sólo reconoce el acuerdo arbitral por escrito. Con esta exigencia de forma escrita se asegura la existencia del consentimiento de las partes, puesto que –por un lado– evita que pasen desapercibidas cláusulas insertadas en el contrato por una sola de las partes. Y, por otro, se facilita su prueba. Con ello no debe entenderse que en el CNY 1958 el requisito de forma tiene un mero alcance probatorio, sino que es una condición de eficacia del convenio arbitral. Así, en principio, un acuerdo oral no es reconocido por el CNY 1958 como un convenio arbitral que obligue a las partes a someterse a arbitraje y a los tribunales a deferir el asunto a los árbitros o a reconocer el laudo pronunciado en el extranjero sobre su base, y ello aunque pueda ser probado.

Dados los efectos del convenio arbitral sobre la competencia de tribunales judiciales y arbitrales (atributivos y derogatorios, respectivamente), esta cautela proporciona la seguridad jurídica necesaria en la materia<sup>3</sup>.

En cualquier caso, los mismos requisitos que se exigen para el convenio arbitral se exigen para el acuerdo por el que ese convenio se modifique. Sin embargo, la forma escrita sólo se exige para el acuerdo de sumisión en sentido estricto, no para acuerdos complementarios sobre

el régimen del procedimiento arbitral<sup>4</sup>. Esto implica que las condiciones de forma se circunscriben a aquellos elementos que son imprescindibles para poner en marcha el arbitraje.

Por el contrario, el CNY 1958 no exige que el convenio arbitral sea objeto de una negociación y conclusión individualizada. Por ello, cuando el convenio arbitral no es negociado de forma independiente, la forma escrita debe ser predicable del contrato que contiene la cláusula arbitral.

Si el convenio arbitral se negocia individualmente, no suelen existir problemas con la aplicación del Artículo II CNY. Éstos se suelen plantear cuando el convenio arbitral aparece como una cláusula de un contrato. En este caso es preciso distinguir en función de si el contrato principal en el que se integra el convenio arbitral se ha negociado de forma individual o con condiciones generales:

- a) En el caso de *cláusulas arbitrales contenidas en contratos negociados individualmente*, el artículo II CNY no exige que las declaraciones de las partes sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual, pero sí que ambas consten por escrito<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> De hecho cuando en 1985 se redacta la Ley Modelo UNCITRAL, su artículo 7.2 parte exactamente del mismo principio de forma escrita del acuerdo arbitral, principio que se traslada a todas las leyes nacionales que han incorporado o se han inspirado en esta Ley Modelo.

<sup>4</sup> Esta distinción está contemplada en el en el apartado a) y d) del Artículo V del Convenio de Nueva York de 1958.

<sup>5</sup> En este punto la casuística es inmensa. Véase a modo de ejemplo las sentencias del TS de 28 de enero de 1998 (RAJ 118), de 9 de febrero de 2003 (RJ 850) o de 9 de mayo de 2003 (RJ 3893).

b) En el caso de *cláusulas arbitrales incluidas en condiciones generales de la contratación*, las reglas que se han desarrollado judicialmente se construyen a partir del criterio de la doble garantía<sup>6</sup>: Garantía de que el adherente haya sido advertido de la inclusión de condiciones generales. Así, es necesario una remisión expresa a las condiciones generales en el contrato firmado por ambas partes o en los documentos que éstas se intercambien, sin que sea preciso la remisión específica a la cláusula arbitral. Y la garantía de que el adherente haya tenido la posibilidad razonablemente objetiva de conocer las condiciones generales en el momento de celebración del contrato.

### 2.1.3. Validez en cuanto al fondo

Los aspectos del régimen jurídico del convenio arbitral que no quedan comprendidos en la norma uniforme contenida en el artículo II CNY 1958 quedan sujetos a la ley nacional que resulta aplicable según las normas de conflicto previstas por el artículo V.1.a CNY 1958. Aunque este precepto se refiere a la fase de reconocimiento del laudo, sus normas de

conflicto son aplicables también cuando se alega el acuerdo arbitral como fundamento de la exclusión de la competencia de los tribunales, esto es, en un momento procesal anterior<sup>7</sup>.

Conforme al artículo V.1.a CNY, el acuerdo arbitral se rige por la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar donde se ha dictado el laudo. Proyectando este precepto a la fase previa al pronunciamiento del laudo, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable debe estarse a la ley del Estado donde vaya a tener lugar el arbitraje (sede del tribunal arbitral)<sup>8</sup>. Si ese lugar no es determinable, la solución convencional se torna impracticable y debe acudir a las normas de Derecho internacional privado del foro.

La ley así designada rige todos los aspectos de la formación del convenio arbitral no cubiertos por la norma convencional. A título ilustrativo, esta norma sería la que regulara los efectos de la retirada de la oferta o la aceptación tardía de la misma, así como los vicios del consentimiento no ligados a cuestiones formales. Pese a la aparente amplitud del alcance de esta norma, el requisito de forma escrita del artículo II CNY reduce enormemente los supuestos en que puedan plantearse problemas en el ámbito del consentimiento o de la formación del convenio arbitral sujetos al artículo V.1.a CNY.

<sup>6</sup> ATS de 17 de febrero de 1998 (RAJ, 760).

<sup>7</sup> Aunque el Artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 se refiere al reconocimiento del laudo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que la norma de conflicto uniforme que contiene sobre la ley aplicable al acuerdo arbitral vale también para el reconocimiento del acuerdo arbitral.

<sup>8</sup> PETROCHILOS, G. *Procedural Law in International Arbitration*. En: Oxford University Press. Oxford, 2004, pp. 74-75.

## 2.2. Convenio de Ginebra

A diferencia del alcance *erga omnes* del CNY 1958, el CG 1961 solo opera *inter partes*, es decir, sólo opera en relación con los Estados de residencia habitual, domicilio o sede social de las partes<sup>9</sup>.

No obstante, en relación con el convenio arbitral el CG 1961 establece una norma parecida a la del CNY 1958, aunque relaja las exigencias de forma al admitir acuerdos arbitrales no celebrados por escrito en las relaciones entre Estados contratantes cuyas leyes no exijan la forma escrita<sup>10</sup>.

Para los demás aspectos rigen las normas designadas por su Artículo VI: “Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo; c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país

en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conecedor del asunto”.

## 2.3. Ley Española de Arbitraje

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>11</sup> (en lo sucesivo, “LA”) es directamente aplicable fuera del ámbito del CNY 1958 y del CG 1961; es decir, en los arbitrajes domésticos. En materia de arbitraje internacional, la LA es aplicable por la vía de la remisión que las normas convencionales hacen a los Derechos nacionales para regir diversas cuestiones y por vía del principio de aplicación de la “*norma más favorable*” que permite alegar una regla interna más ventajosa para la validez del convenio arbitral que la convencional.

En su Exposición de Motivos se dice que la nueva ley, en relación con el convenio arbitral, “[...] trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos”. Por lo tanto, no parece que la LA pretenda una alteración radical del régimen anterior, sino más bien una adaptación o evolución a las circunstancias presentes. En esta evolución el legislador español se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL. La mera comparación entre el tenor literal del artículo 9º LA y el artículo 7º de la Ley Modelo es suficiente para afirmar que la Ley española sigue

<sup>9</sup> Artículo 1.a) CG.

<sup>10</sup> Artículo 1.2.a) *in fine*) CG.

<sup>11</sup> *Boletín Oficial del Estado*. N° 309, de 26-12-2003, pp. 46097-4610.

fielmente los dictados de la Ley Modelo UNCITRAL en este punto<sup>12</sup>.

La Ley de Arbitraje española regula el convenio arbitral en su artículo 9<sup>13</sup>. Un primer dato importante es la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito, exigencia que al igual que sucedía con el CNY 1958 es una condición de eficacia del acuerdo y no una mera regla probatoria. A partir de esta similitud de la regla básica de la LA con el CNY 1958, la Ley de Arbitraje sólo introduce tres modificaciones en comparación con el régimen del artículo II CNY 1958. Estas tres modificaciones son semejantes a las que propone la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 7(2) y en realidad sólo ratifican soluciones ya apuntadas o aceptadas por la jurisprudencia. Así, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje:

- a) Amplía la noción de escrito a medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Así, el artículo 9 LA establece que “*El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*”. Pero añade un segundo inciso que permite equiparar a la documentación tradicional en soporte papel otros tipos de

soportes electrónicos, magnéticos, ópticos o de otro tipo, y adapta la norma a la evolución tecnológica. En este sentido, el artículo 9º afirma que “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”.

- b) Proporciona cobertura legal a los mecanismos de incorporación por referencia de acuerdos arbitrales. En numerosas ocasiones el convenio o cláusula arbitral se contiene en un documento separado al que las partes se refieren o remiten en sus escritos. El artículo 9.4 disipa cualquier duda sobre esta fórmula de incorporar al acuerdo de las partes el convenio arbitral al afirma que “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”. La referencia basta al documento que contiene la cláusula, no es necesario que se haga a la cláusula de arbitraje en concreto. En cambio, la referencia debe hacerse por cualquiera de las formas establecidas en el

<sup>12</sup> Sobre la Ley Modelo UNCITRAL, HOLTZMANN, N. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989.

<sup>13</sup> Sobre este artículo, MONTÉS PENADÉS. En: Cuatrecasas/Garrigues. *La Nueva Ley de Arbitraje*, 2004, pp. 49 y ss.; DIEZ-PICAZO. En: González Soria (coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 99 y ss.; VERDELA SERVER, E. En: BARONA. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Aranzadi, 2005, pp. 83 y ss.; CREMADES. En: MARTÍN/HIERRO. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 273 y ss.

artículo 9.3 LA, esto es, en un escrito firmado por las partes o en un intercambio de cartas u otro medios de telecomunicación.

- c) Equipara al acuerdo de sumisión a arbitraje un intercambio de escritos de demanda y contestación, cuando la existencia del acuerdo arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra<sup>14</sup>.

Pero sin lugar a dudas, la mayor novedad de la LA respecto de la Ley Modelo UNCITRAL es su artículo 9.6, norma de carácter conflictual que establece una regla *in favor validitatis* de gran alcance en materia de arbitraje internacional puesto que afirma que “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”<sup>15</sup>.

Por lo que se refiere al convenio arbitral, el artículo 9.6 LA rige tanto la validez sobre el fondo como la forma del convenio puesto que el objetivo que la norma pretende asegurar en el arbitraje internacional es la validez del convenio arbitral en todos sus aspectos.

En relación con la validez de fondo, el artículo 9.6 LA pretende blindar el convenio arbitral frente a eventuales

riesgos o amenazas de nulidad del mismo puesto que ésta sólo se podrá declarar si así resulta de la aplicación cumulativa de las normas aplicables al fondo de la controversia, al convenio arbitral y del Derecho español.

En cuanto a la validez formal, es preciso subrayar que en el arbitraje internacional las normas españolas (entre ellas este Artículo 9.6) sólo son de aplicación en la medida en que resulte más favorable al reconocimiento del convenio arbitral que el artículo II CNY 1958. Vale, por tanto, sólo para liberalizar sus requisitos. El artículo 9.6 contiene una triple referencia a la ley del fondo, a la ley del convenio arbitral y a la ley española. Por lo tanto, en principio se requiere que el convenio arbitral cumpla con la forma escrita requerida por el derecho español. Pero si conforme a la ley aplicable al fondo no es necesaria la forma escrita del acuerdo arbitral, entonces tampoco se exigirá una forma escrita en España.

### 3. UN SUPUESTO DE INEFICACIA TEMPORAL Y RELATIVA DEL CONVENIO ARBITRAL: EL CONCURSO DE ACREEDORES<sup>16</sup>

#### 3.1. Marco jurídico

El artículo 52º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>17</sup> (en lo sucesivo, “LC”)

<sup>14</sup> Artículo 9.4 LA.

<sup>15</sup> Sobre la interpretación del artículo 9.6, véase: VIRGÓS, M. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 14, 2006, pp. 26-28.

<sup>16</sup> Para un estudio más profundo sobre la materia, véase: HEREDIA CERVANTES, I. *Arbitraje y concurso internacional*. Civitas, 2009.

<sup>17</sup> *Boletín Oficial del Estado*. Nº 164, de 10-07-2003, pp. 26905-26965.



establece que “Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior”.

Este precepto no distingue entre arbitrajes en los que el concursado sea demandado u ocupe una postura procesal pasiva, de aquellos en los que ocupe una postura procesal activa o actúe como demandante. Esta equiparación no produce efecto negativo alguno, máxime si tenemos en cuenta que en materia arbitral las partes contendientes suelen ocupar simultáneamente ambas posturas procesales, a modo de la reconversión del proceso civil (activamente, reclamando algo; y pasivamente, siendo objeto de reclamación por la parte contraria).

### 3.2. Convenios arbitrales vigentes

De la redacción del artículo 52 LC se desprende que la Ley establece una prohibición general de comenzar nuevos procedimientos arbitrales. Una vez declarado el concurso, los convenios arbitrales en que sea parte el concursado quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso. Esto es, los convenios arbitrales sólo perderán eficacia durante el concurso si la materia objeto

del arbitraje fuera competencia del juez concursal<sup>18</sup>.

Como ya hemos indicado, el acuerdo arbitral tiene un doble efecto, el positivo y el negativo. Por el primero, el convenio obliga a las partes a someter a arbitraje la solución controvertida, así como a acatar la decisión arbitral. Por el segundo, se impide a los tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje en el convenio invocando la declinatoria de jurisdicción.

La pérdida de eficacia del convenio respecto del concursado opera en esa doble vertiente. Así, por un lado cesa la obligación de las partes de someter la controversia al arbitraje y queda expedita la vía a la jurisdicción ordinaria para el reconocimiento del derecho de crédito en el seno del proceso concursal<sup>19</sup>. De lo contrario se colocaría al acreedor del concursado en situación de indefensión al tener cerrado el acceso a las dos jurisdicciones, la judicial y la arbitral, para la recuperación de aquel derecho de crédito en condiciones de igualdad con los demás acreedores. Por tanto, el árbitro o la institución arbitral ante los que se haya planteado la controversia en la que sea parte el concursado deben abstenerse de conocer desde el mismo momento en que sean conocedores de la existencia del expediente concursal. En consecuencia, cualquiera de las partes puede alegar la excepción de ineficacia del convenio arbitral y, por lo tanto, la imposibilidad de entrar en el fondo de la controversia.

En cualquier caso, y como no podía ser de otro modo, esa ineficacia del

<sup>18</sup> Artículo 8º LC.

<sup>19</sup> Artículos. 85º, 96º y 19º LC.

convenio arbitral es temporal y relativa. Temporal, porque se inicia en la fecha de la declaración judicial del concurso de acreedores (aunque el auto todavía no se haya notificado ni esa declaración haya sido objeto de publicidad<sup>20</sup>) y finaliza en la fecha del auto de conclusión del procedimiento por las diversas causas tasadas en la ley<sup>21</sup>. Es decir, no se trata de una ineficacia “*ex lege*” que tenga carácter definitivo, sino temporal: desde el inicio del concurso hasta la conclusión del mismo.

Y, además, esa ineficacia es relativa ya que no afecta a las demás personas vinculadas por el convenio arbitral: el convenio continúa vigente y con plena eficacia respecto de las demás personas que no sean el concursado y que forman parte del convenio arbitral. Evidentemente, la sanción de ineficacia sólo regirá cuando el convenio arbitral se encuentre sujeto a la ley española, debiendo en otro caso estarse a la ley reguladora del convenio, conforme dispone el art. 3 LA al regular las normas de derecho internacional privado aplicables a dicha institución jurídica.

### 3.3. Arbitrajes en tramitación

Los procedimientos arbitrales en tramitación en el momento de la declaración concursal continúan hasta la firmeza del laudo, como establece el precepto arriba transcrito, al igual que los juicios declarativos que estuvieren pendientes a

la fecha de aquella declaración continúan por todos sus trámites hasta la firmeza de la sentencia civil<sup>22</sup>.

Hay que hacer una precisión respecto a ambas jurisdicciones ya que los efectos de la declaración del concurso no son coincidentes en ambas jurisdicciones. En el caso de la jurisdicción civil, el juez concursal puede optar por la acumulación de procedimientos judiciales individuales al juicio universal del concurso cuando estime que la resolución judicial de los mismos pueda tener trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores; Por el contrario, en el caso de los procedimientos arbitrales en curso esta posibilidad de acumulación no existe. La regla de la continuación de los procedimientos arbitrales opera desde el inicio del arbitraje y, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, se considerará la del inicio del arbitraje.

Una vez firme el laudo, los pronunciamientos de la resolución arbitral son equiparables a la sentencia judicial y vinculan al juez del concurso, quien dará a tales resoluciones el tratamiento concursal que corresponda, sin perjuicio de la acción que pudiera asistir a la administración del concurso para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Artículo 1º LC.

<sup>21</sup> Artículo 176º LC.

<sup>22</sup> Artículo 51.1 LC.

<sup>23</sup> Artículo 5º LC.

Ya hemos visto, por lo tanto, cómo la declaración de concurso no impide la continuación del procedimiento arbitral pendiente y en el que el concursado es parte, sin que la declaración de concurso comporte un cambio en el órgano competente ni en el procedimiento. Pero, además, esa declaración de concurso produce efectos sobre la situación del deudor concursal en el procedimiento arbitral en trámite en el momento de declararse el concurso. En efecto, la Ley concursal se remite expresamente a lo dispuesto en los procesos judiciales declarativos que también se encuentren en curso. Así, si se hubiera decretado la suspensión del deudor concursado en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición, el concursado quedará excluido de los procedimientos arbitrales pendientes y la posición de éste en el proceso arbitral será sustituida por la administración concursal<sup>24</sup>. La posición ocupada en este caso por los administradores no es de una capacidad de actuación procesal plena en el proceso arbitral, ya que para desistir, allanarse o transigir resulta preceptiva

la autorización del juez del concurso<sup>25</sup>. En el supuesto de que la administración concursal sustituya al concursado suspendido de facultades, podrá solicitar al árbitro o árbitros que se le conceda el plazo de cinco días para instruirse en las actuaciones previstas en el artículo 51º LC, si bien dicha previsión puede resultar de difícil o incluso imposible articulación práctica en los supuestos en los que exista un calendario de actuaciones ya estipulado, ya que en ningún caso podrá prorrogarse el plazo previsto para que el árbitro o árbitros dicten el correspondiente laudo, bajo pena de incurrir en nulidad absoluta por dictarse fuera de plazo<sup>26</sup>.

Finalmente, para el caso de haberse decretado la intervención del concursado, éste no resultará excluido de los procedimientos arbitrales pendientes, sino que su capacidad quedará limitada para realizar actos procesales dispositivos cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, capacidad que deberá ser integrada mediante autorización de la administración concursal<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Artículo 51º LC.

<sup>25</sup> Artículo 188º LC.

<sup>26</sup> Artículo 45º LA.

<sup>27</sup> Artículo 52º LC.



# EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003

MANUEL OLIVENCIA (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Importancia del tema.* 3. *Naturaleza del convenio.* 3.1. *Calificación jurídica del convenio arbitral. Su régimen.* 3.2. *Elementos esenciales.* 3.2.1. *Consentimiento.* 3.2.2. *Objeto.* 3.2.3. *Causa.* 3.3. *Eficacia del convenio arbitral.* 3.4. *Ineficacia del convenio arbitral.* 4. *Forma.* 4.1. *Constancia escrita.* 4.2. *Articulación.* 5. *Contenido.* 5.1. *Contenido esencial.* 5.2. *Contenido facultativo.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), está inspirada en la Ley Modelo (LM) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985 (LM), pero adapta a un sistema *monista*, de una misma regulación jurídica para el arbitraje nacional y el internacional, comercial o no comercial.

Sólo algunas normas específicas contiene la Ley española para el arbitraje internacional, que, en buena técnica jurídica, define en su artículo 3 por la concurrencia de alguna de las circunstancias especiales inspiradas en la LM, a las que se añade, tomada del Derecho francés, la

objetiva de que la relación jurídica –origen de la controversia– afecte a intereses del comercio internacional.

La calificación de internacional no se hace, como en la LM, en función del lugar del *establecimiento*, sino del *domicilio* de las partes, para comprender así a empresarios y no empresarios, como corresponde a un sistema *monista*. Pero, determinado el carácter internacional del arbitraje, una de las normas especiales que contiene para éste la LA es, precisamente, la relativa a la validez del convenio arbitral (artículo 9.6 LA), como más adelante veremos.

## 2. IMPORTANCIA DEL TEMA

Partamos de la *importancia* del tema del convenio en el sistema arbitral.

(\*) Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España). Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Sevilla (España).

El número de arbitrajes depende de la frecuencia con que se pacten; la calidad de los arbitrajes está en gran parte condicionada por la calidad del convenio.

Puede afirmarse, sin hipérbole, que el convenio arbitral es pieza *fundamental* en el arbitraje, porque está en su base, en su origen. Del convenio puede que no nazca un arbitraje, porque no surjan cuestiones litigiosas o éstas se resuelvan de distinta manera, por transacción, renuncia... o cualquiera de los medios que actualmente se conocen con las siglas ADR, en el sentido de *Amicable Dispute Resolution*, las modalidades de intervención de tercero que ayuda a las partes a alcanzar una solución distinta de la que pondría fin a un procedimiento litigioso, judicial o arbitral: la conciliación, la mediación y los buenos oficios, fundamentalmente. La solución “amigable”, que tiene en nuestra tradición jurídica el antecedente clásico del “*amigable componedor*”, tiende a evitar el planteamiento de un litigio, esto es, a poner fin a las diferencias surgidas entre las partes sin necesidad de entablar un procedimiento, judicial o arbitral, que concluya con una resolución, sentencia o laudo.

Pero si no cabe concluir que de todo convenio arbitral nazca un arbitraje, sí puede afirmarse que en el origen de todo arbitraje está un convenio arbitral, salvo en el caso del “arbitraje testamentario”, figura que introdujo en nuestro Derecho el artículo 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado, de 22.12.1953, como excepción a la regla del establecimiento contractual [“(...) 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”]. La figura fue recogida por el artículo 7 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, también por la vía de la excepción al convenio arbitral (“*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”; en cursiva, las novedades introducidas respecto de la Ley de 1953). La nueva LA ha estimado conveniente seguir conservando esta figura en nuestro ordenamiento, separándose en este punto de la LM de la CNUDMI/UNCITRAL, que no la contempla, pero manteniendo su carácter excepcional, porque aunque no se exprese literalmente, la regla general del convenio resulta del propio enunciado del Título II (“*Del convenio arbitral y sus efectos*”) y de la formulación gramatical con que se introduce la norma del artículo 10 sobre el arbitraje testamentario: “*También* será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria (...)”. El adverbio de modo significa algo añadido.

Pero salvo esa excepción, singular y poco usada en la práctica, puede afirmarse que en el origen de todo arbitraje hay un convenio. De ahí, la eficacia “genética” o “germinal” del convenio, respecto del arbitraje; de ahí también, la trascendencia del convenio, cuya inexistencia o ineficacia impiden a los árbitros entrar en el fondo de la controversia (artículo 22.1, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia) y determinan la anulación del laudo (artículos 22.3 y 44.1.a).

El convenio arbitral es el presupuesto del arbitraje, un acuerdo entre partes que están o prevén que puedan estar en desacuerdo, y que, sin embargo, están conformes en la manera de resolver sus encontradas pretensiones en cuanto a la tutela jurídica. A ese acuerdo, expresión de la voluntad de las partes de instituir el arbitraje y someterse a la decisión del árbitro o árbitros, pueden seguir otros, no simultáneos, sino separados en el tiempo; pero el núcleo esencial radica en el convenio.

El momento del convenio arbitral es el preciso para ponderar las ventajas del arbitraje y elegir esta vía de solución de conflictos. Son *motivos* que basan la voluntad de las partes: la economía de costes (directos e indirectos) y de tiempo; la confidencialidad; la posibilidad de elegir árbitros adecuados a la naturaleza de la controversia; y todo ello, sin que suponga renunciar a la tutela efectiva de los derechos que reconoce el artículo 24 de la Constitución española de 1978 (CE) y mediante un procedimiento flexible, pero con las garantías de alegar y probar, de “audiencia, contradicción e igualdad” y de la posibilidad de un control jurisdiccional que las verifique una vez dictado el laudo.

Son motivos que no trascienden al texto del convenio, pero que determinan la voluntad de las partes y subyacen a la causa del convenio, como elemento esencial y caracterizador del tipo: la sumisión a arbitraje de todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica (artículo 9.1).

El convenio es el reflejo de la libre opción por la vía de decidir un conflicto,

la puerta de entrada al arbitraje y, en todo caso, el fruto de la autonomía de la voluntad de las partes amparada por el Derecho.

### 3. NATURALEZA DEL CONVENIO

#### 3.1. Calificación jurídica del convenio arbitral. Su régimen

Un acuerdo de voluntades que vincula a las partes y las compromete a someter la solución de los litigios entre ellas a la decisión de uno o más árbitros es un contrato.

Así lo consideraba expresamente el Código Civil español, de 1889 (C.C.), que regulaba el “contrato de compromiso”, incluyéndolo naturalmente en su Libro IV entre los demás contratos. Aunque los artículos 1.820 y 1.821 que el Código le dedicaba están hoy derogados por la legislación especial (primero la Ley 22.12.1953, después la LA 36/1988 y ahora la LA 60/2003), nadie duda de que el actual convenio arbitral mantiene su naturaleza de contrato.

Como consecuencia de esta calificación, resulta que, en todos los aspectos en los que no exista una disposición específica que se refiera al convenio arbitral, se le aplicarán las normas y principios generales para todos los contratos.

#### 3.2. Elementos esenciales

El artículo 1.261 C.C. exige, para que haya contrato, que se den los tres elementos que denomina *consentimiento*, *objeto* y *causa*.

### 3.2.1. Consentimiento

Éste ha de ser prestado por personas que tengan *capacidad* para contratar o por sus representantes con las suficientes facultades. Como en todos los contratos, el consentimiento podrá ser prestado por persona distinta de la que va a resultar parte, para lo cual ésta ha de estar representada por quien tenga las facultades necesarias. Las tienen, por ministerio de la ley, por ejemplo, los padres y tutores para representar a menores e incapacitados, con autorización judicial en su caso (representantes legales). Las tienen también los órganos de administración de las sociedades mercantiles (representación necesaria). En cambio, los representantes voluntarios, como el apoderado, necesitan un poder especial para comprometer, según el artículo 1.713 C.C. Además, es preciso que las partes en el convenio tengan la libre disposición de la materia a que se refiere el arbitraje (artículo 2.2 LA), lo que envuelve una cuestión de *legitimación* o de *titularidad*, además de la de capacidad.

En el consentimiento que se preste, se tendrá en cuenta la presencia de eventuales vicios: si la voluntad está viciada por error, violencia, intimidación o dolo, el contrato será anulable por la parte que sufrió el vicio (artículos 1.265 a 1.270, 1.300 y ss. C.C.).

El consentimiento consiste en la voluntad concorde de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de una determinada relación jurídica. Obsérvese que la LA suprime el adjetivo “inequívoca” que en el artículo 5.1 de la Ley 36/1988 calificaba la voluntad expresada en el convenio.

“Inequívoco” es lo que no deja duda; pero el elemento esencial en todo contrato es el consentimiento, la coincidencia de voluntades, y su existencia o inexistencia es cuestión de interpretación y de prueba (artículos 1.281 y ss. C.C.). La exigencia de que sea “inequívoca”, aunque la duda pueda despejarse, es absurda e insólita en el Derecho de los contratos.

### 3.2.2. Objeto

El objeto del convenio arbitral es el arbitraje que se trata de establecer respecto de controversias que surjan de una determinada relación jurídica. Según el C.C. ha de ser posible, lícito y determinado.

El objeto no será *lícito* si excede de los límites que marca el artículo 2.1 LA; en resumen, si la cuestión litigiosa no es arbitrable, por no ser materia de libre disposición conforme a Derecho.

La *determinación* se refiere aquí a la relación jurídica de donde surgen o puedan surgir las controversias, no a éstas, que habrán de serlo en el procedimiento arbitral (artículo 29° LA). Lo que la LA exige es que el convenio arbitral se refiera a “una *determinada* relación jurídica, contractual o no contractual”, como origen de las controversias surgidas o que puedan surgir (artículo 9.1 LA).

### 3.2.3. Causa

La causa del convenio arbitral, la función objetiva que cumple, es someter la controversia a una decisión de árbitros, que suple y sustituye a una resolución jurisdiccional. De ahí, el contenido mínimo que la Ley exige: “(...) deberá expresar la



voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (artículo 9.1 LA).

Por eso, quedan fuera de la figura del convenio arbitral todos los acuerdos dirigidos a conseguir otros resultados en la solución de conflictos: mediación, conciliación, juicios periciales, dictámenes vinculantes... y todo lo que no sea presentar al árbitro pretensiones encontradas sobre la tutela jurídica para que decida con arreglo a Derecho o, en su caso, a equidad (artículo 34.1), según el tipo de arbitraje de que se trate.

### 3.3. Eficacia del convenio arbitral

La LA contiene una norma favorable a la eficacia del convenio, aunque limitada al arbitraje internacional (artículo 9.6, en relación con el artículo 3º). La norma incluye la validez del convenio y la arbitrabilidad de la controversia; centrándonos en la primera de estas materias, la validez del convenio puede resultar de cualquiera de los tres parámetros enunciados en la norma: normas elegidas por las partes para regir el convenio; normas aplicables al fondo de la controversia (artículo 34.2), o Derecho español.

Se trata de una regla de conservación del negocio y de favor al arbitraje a través de la ampliación de la validez del convenio.

Como todos los contratos, el convenio eficaz obliga a aquello que las partes han consentido; con un límite: que

no sea contrario a la ley (imperativa), a la moral ni al orden público (1.255 C.C.), y con el añadido de que, además, obliga a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (1.258 C.C.).

Quiere esto decir que conforme al artículo 11.1 LA, el convenio arbitral “obliga a las partes a cumplir lo estipulado”, por lo que quedan vinculadas a prestar su leal colaboración en todo el complejo desarrollo del contrato y del procedimiento que le seguirá, y a estar y pasar por lo que el árbitro decida dentro de su competencia. Es ésta una mención que la Ley de 1988 exigía que expresase el convenio, pero que la actual ha suprimido, siguiendo la corriente jurisprudencial anterior, por considerarla implícita en el convenio.

Además, el convenio arbitral tiene una eficacia específica en el ámbito procesal:

- a) Impide a los tribunales entrar a conocer de las “controversias sometidas a arbitraje” (artículo 11.1 LA, redactado conforme a la Disp. Final 8ª.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, LEC); ha de entenderse referido el precepto a las controversias previstas en el convenio mientras las partes no estén conformes, ambas, en que los tribunales conozcan. Si una de las partes en el convenio demanda ante un tribunal y la otra no opone declinatoria de falta de jurisdicción, por corresponder el conocimiento del asunto a árbitro, el tribunal conocerá.

La LA no ha recogido la norma que la Disposición final octava LEC introdujo en el artículo 11.2 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, en vigor al promulgarse aquélla, en cuya virtud la renuncia de las partes al arbitraje pactado deja expedita la vía judicial, y se entiende que renuncian cuando, interpuesta la demanda en vía judicial, la parte demandada realice, después de personada en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria. La omisión permite mantener que el convenio arbitral no se entiende renunciado en este caso y puede recobrar eficacia en caso de desistimiento, caducidad o sentencia absolutoria de la instancia en la vía judicial. Sí ha recogido del artículo 8.2 LM la norma que autoriza a iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales, pese a la declinatoria interpuesta ante el tribunal, con lo que, como expresa la E. de M. de la LA, se impide que la incoación de un proceso judicial pueda utilizarse con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje.

- b) No impide, sin embargo, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas, sea antes o durante la tramitación del arbitraje (artículo 11.3 LA).
- c) Faculta a cualquiera de las partes a solicitar del tribunal competente la designación de los árbitros o la adopción de las medidas necesarias para ello (artículo 15.2

y 3, LA), en defecto de acuerdo entre aquéllas, o de no resultar posible a través del procedimiento acordado. El Tribunal sólo podrá rechazar la petición de no resultar documentada la existencia de convenio arbitral (artículo 15.5 LA).

Hay que señalar que las normas contenidas en los artículos 9 (*Forma y contenido del convenio arbitral*, excepto la de su apartado 2, sobre validez del contenido en contrato de adhesión) y 11 (*Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo en un tribunal*) son aplicables aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España (artículo 1.2 LA).

### 3.4. Ineficacia del convenio arbitral

La aplicación de las normas generales de los contratos hace que el convenio arbitral esté sujeto al régimen de ineficacia de éstos.

Así, el convenio será nulo absolutamente (o inexistente) si le falta alguno de sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa).

El convenio será nulo, por contrario a la ley, si infringe las disposiciones de una norma imperativa o prohibitiva (p.ej., la materia no es de libre disposición, artículo 2.1).

Y el convenio será anulable cuando en la emisión del consentimiento haya existido falta de capacidad o vicio de la voluntad.

La LA no contiene una regulación separada de la ineficacia del convenio.

Sí incluye alguna norma especial; por ejemplo, el artículo 22.2 LA obliga a formular las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral “a más tardar en el momento de presentar la contestación”, salvo demora justificada a criterio de los árbitros.

La expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo definitivo “no afectará a la eficacia del convenio arbitral” (artículo 37.2, párrafo segundo, LA), en contra de lo que disponía el artículo 30.2 de la Ley precedente.

La inexistencia y la invalidez del convenio no pueden ser apreciados de oficio por el tribunal como motivos de anulación del laudo (artículo 41.1 a, en relación con el 2, LA); pero sí que la materia no sea de libre disposición (artículo 41.1 e, en relación con el 2º, LA), por lo que, constando en el convenio la relación jurídica no arbitrable, lo hace nulo.

En esta materia de ineficacia, dispone también la LA que la nulidad del contrato del que forma parte el convenio arbitral no entrañará por sí sola la nulidad de convenio arbitral (artículo 22.1 LA<sup>1</sup>) y que si el convenio arbitral se ha insertado en un contrato de adhesión, su validez y su interpretación vendrán dadas por la legislación aplicable (artículo 9.2 LA<sup>2</sup>).

#### 4. FORMA

En cuanto a la *forma* del convenio arbitral, la nueva Ley aborda tanto la exigencia de forma escrita como su

articulación (“podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente”). Aunque esta norma precede en el artículo 9º, porque se contiene en el apartado 1, como inciso, antes de enunciar el contenido esencial del convenio [“(…) deberá expresar la voluntad (...)”], mientras que la exigencia de forma escrita aparece en el apartado 3, parece lógico comenzar por este último.

##### 4.1. Constancia escrita

La forma escrita la recoge la nueva Ley de la anterior regulación (artículo 6º de la Ley 36/1988), pero introduce novedades: en primer lugar, la terminología es más próxima a la de la LM [“(…) deberá *constar* por escrito (...)”, en vez de “(…) deberá *formalizarse* por escrito (...)”]; en segundo lugar, se añaden a la previsión de que esté consignado en *un documento* (se suprime el adjetivo “único”) o en un intercambio de cartas, las expresiones “*telex, telegramas*” entre los medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (artículo 9.3 LA); en tercer lugar, se añade una norma por la que “se considerará cumplido este requisito (de la forma escrita) cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”; en cuarto lugar, se añade en el apartado 4 el convenio *por referencia* a otro documento al que las partes se hayan remitido en cualquiera de las formas admitidas para su constancia (artículo 7.2 LM); finalmente, se añade en el apartado 5 que “se considerará que hay convenio arbitral

<sup>1</sup> Cfr. artículo 8 de la LA de 1988.

<sup>2</sup> Cfr. artículo 5.2 de la LA de 1988.

cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra” (artículo 7.2 LM), esto es, se admite el convenio *tácito*.

Se trata de una regulación menos formalista (“antiformalista”, dice la E. de M. de la LA, III) y más favorable a la existencia del arbitraje, si se compara con la de la Ley anterior.

En cuanto a la forma de constancia, la nueva Ley amplía el repertorio de los que considera *escritos* y extiende la admisión del requisito a otros soportes (“electrónico, óptico o de otro tipo”; artículo 9.3, párrafo segundo, LA), con la exigencia de que esa forma de constancia (“no necesariamente escrita”, dice la E. de M., III) sea accesible para ulterior consulta. En esta materia, la Ley española se ha adelantado a la revisión de la LM de UNCITRAL y ha seguido la línea que marcó en nuestro Derecho la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, modificada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (v. Título IV, artículos 23º y ss.).

La regulación de la forma en las modalidades de innovación tecnológica y la admisión del convenio “tácito” o sumisión al arbitraje en el procedimiento ya iniciado (demanda y contestación) son las aportaciones más importantes de la nueva Ley.

Impuesta la forma escrita, la cuestión es la de si se trata de una forma “*ad solemnitatem*” o sólo “*ad probationem*”. Parece claro que el convenio existe

cualquiera sea la forma en que se haya celebrado (artículo 1.278 C.C.; artículo 51 C. de c.), y que, conforme al artículo 1.279 C.C., al exigir la ley forma escrita para su eficacia, “las partes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma”, si existen los requisitos necesarios para su validez. La expresión literal del artículo 9.3 LA, que ha sustituido la de su precedente de 1988, “deberá formalizarse”, por la de “deberá constar”, unida a una interpretación sistemática con los demás apartados del mismo artículo, inclina a concluir que se trata de forma “*ad probationem*”. El convenio oral será válido, pero no eficaz, a no ser que las partes se sometan tácitamente a las actuaciones arbitrales, que en este caso constituyen la constancia documental de la voluntad de someterse a arbitraje (artículo 9. LA).

## 4.2. Articulación

En cuanto a la forma de articulación del convenio, que podrá adoptar de la de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, coincide, en esencia, con la Ley anterior<sup>3</sup>; pero su formulación contiene novedades importantes: se omiten la calificación de “principal” referido al contrato y la referencia a la “independencia *del mismo*”.

Los calificativos “principal” para el contrato y “accesorio” para el convenio (artículos 6.1 y 8º de la Ley de 1988) no eran correctos, porque parecían establecer una relación de dependencia que está desvirtuada por la propia Ley.

<sup>3</sup> Cfr. artículo 9.1 LA y 6.1 de la Ley de 1988.

De otra parte, admitir que el convenio podía concertarse en contrato “principal o por acuerdo independiente *del mismo*” (artículo 6.1 Ley de 1988) establecía una relación indebida entre convenio y contrato, aunque fuese para independizarlo de éste. El convenio, cuando se refiere a relaciones no contractuales, no se incluye en un contrato ni es independiente del *mismo*; expresión ésta incorrecta e improcedente que ha sido suprimida con acierto.

La LA deja claro que el convenio puede adoptar la forma de cláusula en un contrato o constituir un acuerdo independiente (artículo 9.1), pero también se considera incorporado al acuerdo cuando, en cualquiera de las formas admitidas como escritas (artículo 9.3), las partes se remitan al documento en que conste (convenio por *remisión*; artículo 9.4 LA). La norma está inspirada en el último inciso del artículo 7 LM, y supone la existencia de un documento de remisión y de otro al que éste se remite y que contiene el texto del convenio arbitral.

Finalmente, el convenio *tácito* lo recoge el artículo 9.5 LA del artículo 7 LM, para considerar que existe convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación sea afirmado por una parte y no negado por la otra.

## 5. CONTENIDO

### 5.1. Contenido esencial

El contenido esencial del convenio es el que impone el artículo 9.1 LA:

“El convenio arbitral...deberá expresar la voluntad de las partes de someter

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

Para cumplimentar las exigencias legales, el convenio habrá de *determinar* con la posible claridad y precisión la relación jurídica de la que ha surgido o pueda surgir la controversia cuya decisión quieren las partes someter a arbitraje.

Una cosa es la determinación de la relación jurídica origen de la controversia y otra la de las “cuestiones litigiosas”; éstas pueden no existir al tiempo de celebrar el convenio y definirse con un carácter muy general y abstracto.

Aunque la controversia haya surgido ya, la determinación exacta de las cuestiones sometidas a decisión arbitral no corresponde al convenio, sino a las partes en el momento de establecer sus pretensiones ante el árbitro. El artículo 29º LA establece que en la demanda deberán constar “la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula” el demandante, y permite modificar o ampliar la demanda o la contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, en tanto que los árbitros no lo consideren improcedente por razón de la demora.

Es el procedimiento arbitral el que debe asegurar que la *litis* quede correctamente constituida en el arbitraje, con precisión del *thema decidendi*. En el convenio bastará decir que es voluntad de las partes someter a arbitraje las controversias que dimanen de una determinada relación jurídica, o, caso de existir ya la controversia, que, “habiendo

surgido cuestiones litigiosas, se someten a decisión arbitral”.

Cuando el convenio arbitral exprese la sumisión a arbitraje y, a la vez, a los tribunales de un determinado lugar o territorio, ha de entenderse esta última en el sentido de que se trata de la competencia para la formalización judicial del arbitraje, si tal interpretación es compatible con las otras declaraciones de las partes. Como regla práctica, esa duplicidad de sumisión debe evitarse o aclararse en el propio texto del convenio.

## 5.2. Contenido facultativo

A diferencia de lo que disponía el artículo 9.1 de la Ley de 1988 (“El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento. Si las partes no hubieren pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral”), la LA no se refiere al contenido facultativo del convenio arbitral; pero es obvio que, tanto en éste como en otros acuerdos complementarios, las partes pueden establecer pactos en todas aquellas materias que la LA deja a la autonomía de la voluntad de las partes, como:

- Número de árbitros (artículo 12° LA).
- Arbitraje administrado (artículo 14° LA).
- Arbitraje de derecho o de equidad (artículos 15.1 y 34.1 LA).
- Procedimiento para la designación de árbitros (artículo 15.2 LA).
- Determinación del procedimiento (artículo 25.1 LA).
- Lugar del arbitraje (artículo 26.1 LA).
- Inicio del arbitraje (artículo 27° LA).
- Idioma o idiomas del arbitraje (artículo 28.1 LA).
- Plazos de demanda y contestación, y modificación o ampliación de éstas (artículo 29° LA).
- Celebración de audiencias (artículo 30.1 LA).
- Efectos de la falta de comparecencia o de presentación de demanda y contestación (artículo 31° LA).
- Nombramiento de peritos, aportación de dictámenes e interrogatorio en audiencia (artículo 32° LA).
- Elección de las normas aplicables al fondo de la controversia (artículo 34.2 LA).
- Facultades del Presidente, ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (artículo 35.2 LA).
- Laudos parciales o laudo único (artículo 37.1).
- Plazo para dictar el laudo y su prórroga (artículo 37.2 LA).
- Motivación del laudo (artículo 37.4 LA).
- Pacto sobre costas (artículo 37.6 LA).
- Notificación del laudo, plazo y forma (artículo 37.7 LA).
- Plazo de conservación de documentos (artículo 38.3 LA).

- Plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo (artículo 39.1 LA).

Se trata de temas sobre los que las partes están facultadas para acordar y que, por consiguiente, pueden hacerlo en el

convenio, como pueden establecer en éste cuantos pactos, cláusulas y condiciones tengan por conveniente, conforme al principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites (ley, moral y orden público) que establece el artículo 1.255 C.C.





# LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

PILAR PERALES VISCASILLAS<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El Derecho español: El arbitraje en los contratos de transporte. 3. El TLC DR-CAFTA: El arbitraje en los contratos de distribución. 3.1. El DR-CAFTA. 3.2. El arbitraje en el DR-CAFTA. 4. Valoración de la presunción legal de sometimiento al arbitraje.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocido que la voluntariedad del arbitraje es la base de la institución. Así, la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo considera que el arbitraje es consensual. Se observa, sin embargo, una falta de coincidencia en torno a los requisitos precisos para entender prestado el consentimiento al arbitraje, o para ser más correcto en relación con la forma del convenio arbitral y si ésta ha de ser considerada *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Si bien forma y consentimiento son cuestiones separadas,

cuando la forma escrita se presenta como condición de validez del convenio arbitral las posibles formas tácitas de exteriorización del consentimiento –mediante actos de ejecución o por silencio o inacción– devienen inoperantes en este caso. En este sentido, se ha de resaltar que si bien puede decirse que el criterio del escrito es el prevalente en las legislaciones sobre arbitraje por el efecto expansivo del Convenio de Nueva York y del artículo 7º Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL, en sus siglas en inglés) de 1985 en su versión original<sup>1</sup>, en

(\*) Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad de La Rioja. Este trabajo está realizado en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-02244/JURI).

<sup>1</sup> El artículo 7º LMA en su versión original indica que: “1) El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

adelante LMA, se discrepa en torno a su conceptualización o definición, acerca de su justificación, así como acerca de su eficacia –si es un requisito *ad probationem* o *ad validitatem*–.

Trataremos en este trabajo dos ejemplos concretos en los cuales el legislador para dos ámbitos contractuales y territoriales diferentes ha establecido una presunción legal de sometimiento a arbitraje. Se trata de un lado del derecho español en materia de arbitraje en los contratos de transporte terrestre de mercancías (infra II) y de otro en relación con los contratos de distribución internacional en el área de los Estados centroamericanos parte del Tratado de Libre Comercio (TLC) DR-CAFTA (infra III). Tras ello valoraremos esta opción legislativa (infra IV).

## 2. EL DERECHO ESPAÑOL: EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE

Una de las notas más destacadas de la Ley Española de Arbitraje, Ley 60/2003,

de 23 de diciembre (LA) reside en la inspiración que recibe de la LMA<sup>2</sup>.

La Ley española es un moderno texto sobre arbitraje nacional e internacional. Se unifican, efectivamente, los dos regímenes optándose así por el llamado sistema monista, y se concibe, además, la Ley como una normativa general, aplicable, en consecuencia, a todos los arbitrajes que no tengan regulación especial, pero también de forma supletoria a los arbitrajes que ya tengan algún tipo de marco especial regulatorio (artículo 1.3 LA, y Disposición adicional única-arbitrajes de consumo LA).

Dentro de estos arbitrajes especiales destaca el arbitraje sectorial previsto en la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT). El arbitraje ahí considerado ha sido objeto de dos sentencias del Tribunal Constitucional español en el que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del arbitraje obligatorio y de la presunción de sometimiento a arbitraje con un resultado divergente.

Contundentemente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en contra del arbitraje obligatorio o forzoso declarando

<sup>2</sup> Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I (Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio 1985). La Ley Modelo se acompaña de una Nota explicativa preparada por la Secretaría de la CNUDMI. El documento, así como los países que se han inspirado en dicha Ley Modelo, puede consultarse en: <http://www.uncitral.org>. Asimismo, en dicha dirección puede encontrarse el sistema de recopilación de jurisprudencia que elabora la CNUDMI bajo el acrónimo de CLOUT (*Case Law on Uncitral Texts*), donde puede verse la jurisprudencia nacional y laudos arbitrales sobre la Ley Modelo.

Han sido varios los autores que han destacado la necesidad de inspirarse total o parcialmente en la Ley Modelo. Véase, por ejemplo: STAMPA CASAS, Gonzalo. "Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de Arbitraje". En: *Revista La Ley*. N° 5785, 21 mayo 2003, pp. 1-10. Incluso, se ha estimado que el modelo de la Ley de UNCITRAL podría servir para la armonización del arbitraje en la Unión Europea: GONZALO QUIROGA, Marta. "Armonización legislativa del arbitraje privado en la Unión Europea". En: *La armonización legislativa de la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 143-152.

la nulidad del artículo 38.2 LOTT en su versión original mediante STC 174/1995, 23 de noviembre<sup>3</sup>, por estimar que dicho precepto era contrario a los artículos. 24.1 y 117.3 de la Constitución. El artículo 38.2 de la LOTT establecía en su primera redacción que:

“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”.

La fórmula fue tachada de inconstitucional en cuanto a su formulación negativa, ya que requería del acuerdo expreso de las partes para su sometimiento a la jurisdicción ordinaria. En concreto el FJ 3 indica que el artículo 38.2 venía a “establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace ex lege y puede invocarse, llegado el caso, como excepción, tal y como prevén expresamente el artículo 11º de la Ley de arbitraje, su disposición adicional tercera 1, y el artículo 533º de la [Ley de enjuiciamiento civil], al que,

precisamente, la Ley de arbitraje añadió como nueva excepción la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (apartado 8)” (FJ 2). Con ello, se planteaba si resultaba “conforme con la Constitución, concretamente con sus artículos 24.1 y 117.3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia” (FJ 3).

Para resolver la cuestión se partía de la premisa de que “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24º CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, ‘por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial’. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa

<sup>3</sup> Sobre esta sentencia que ha sido muy comentada pueden verse, entre otros: TEJEDOR MONTSERRAT, Mateo. *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 33-49; DE LA CUESTA SAENZ, José María. “Contractualidad del arbitraje (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)”. En: *Derecho Privado y Constitución*, 1996, Nº 9, pp. 315-322; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. “La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo. 1 de la Ley de Transportes Terrestres: en torno a la STC 174/1995”. En: *Actualidad Civil*. Nº 28, semana del 7 al 13 de julio, pp. 620 y ss. Lo indicado ha de entenderse sin perjuicio de alguna norma de nuestro ordenamiento que decreta en determinadas circunstancias el establecimiento de un arbitraje obligatorio para salvaguardar los intereses generales: RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; sobre este particular: STS 10 noviembre 2003 (sala 3ª). En: *Revista La Ley*, 24 diciembre 2003. Nº 5920, pp. 5-7, considerando legal la decisión del gobierno de someter a arbitraje obligatorio la huelga de pilotos de Iberia durante el verano de 2001.

no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, ‘imponiendo para su ejercicio –como declaramos en la STC 185/1987– obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito’ (FJ 3). Y añadíamos –seguidamente– que “del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas ‘a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’”. (Ibídem).

Sobre esta base concluía el TC que el sistema establecido en el primer párrafo del artículo 38.2 LOTT entonces enjuiciado resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, pues:

“Nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia

es de escasa cuantía (500.000 pesetas). La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución” (FJ 3).

La voluntariedad del arbitraje entendida en un sentido muy estricto conforme al cual se requeriría que las partes acuerden expresamente el sometimiento al arbitraje ya en el contrato, ya tras el nacimiento de la disputa, podría truncar el sistema de arbitraje diseñado por el legislador en materia de transporte terrestre. Sin embargo, el acuerdo de voluntades necesario para llegar a perfeccionar el convenio arbitral no requiere en todo caso de un acuerdo

expreso, ya que fórmulas tácitas de sometimiento al arbitraje son posibles, como se indicará, a continuación. Por ello, conviene retomar la cuestión en relación con la LOTT puesto que a resultas de la STC indicada, la LOTT tuvo que reformarse para acomodarse a la doctrina constitucional<sup>4</sup>, de tal forma que en la actualidad el sometimiento al arbitraje se produce cuando:

“Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 6.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”.

Este precepto fue asimismo objeto de impugnación ante el TC. La STC 352/2006, de 14 de diciembre de 2006<sup>5</sup>, declaró constitucional el precepto, sentando las bases para la formulación del sistema

arbitral constitucionalmente sancionado. El TC considera en su FJ 3º que:

“Sobre esta base, ha de señalarse, como subraya el Abogado del Estado, que el “legislador de la Ley 13/1996, al reformar el artículo 38.1 LOTT, no hace más que seguir esta indicación que le da la Sentencia” 174/1995. A la vista de la ratio decidendi de ésta, el texto del precepto aquí cuestionado se expresa en unos términos dirigidos precisamente a alejarse de la redacción anterior, atendiendo a los criterios de la STC 174/1995:

- a) La norma entonces declarada inconstitucional “al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra” y este “tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión

<sup>4</sup> El artículo 38.2 LOTT fue objeto de una modificación introducida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (artículo 162º). Posteriormente, por Ley 29/2003, de 8 de octubre, de Mejora de las condiciones de Competencia y Seguridad en el Mercado de Transporte por Carretera se aumenta la cuantía a 6.000 euros (artículo 1).

<sup>5</sup> Vid. Los comentarios de la doctrina tanto a favor como en contra de la STC 352/2006: DE LA CUESTA RUTE, José María. “De nuevo sobre la contractualidad del arbitraje”. En: *Derecho Privado y Constitución*, Enero-Diciembre 2007, pp. 63-74 crítico con la STC; ESCALER BASCOMPTE, Ramón. “¿Hacia una des judicialización obligatoria en sectores del ordenamiento plenamente disponibles?, ¿Supone la STC 352/2006 14 de diciembre, un reconocimiento implícito de la posibilidad en cuanto al arbitraje?”. En: *Justicia*, 2007, pp. 61 y ss, muy favorable a la STC mencionada aunque lamentando que no haya sido más audaz; y RUBIO ESCOBAR, Pedro M. / RODRÍGUEZ RODERO, Pedro. “La discutida exigencia del presupuesto de la “inequívoca voluntad” de sumisión en materia de arbitraje de transportes: Posible infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción, de la presunción legal de sumisión a arbitraje de transportes”. En: *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, 2009, nº6, pp. 59-83, contrarios a la doctrina del TC, ya que, en su opinión, viene a diluir el requisito de la constancia inequívoca del consentimiento al arbitraje como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

frente a ella” quebrantaba “la esencia misma de la tutela judicial”, vulnerando así las exigencias del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE.

- b) En cambio, la redacción del precepto aquí cuestionado permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte”.

En el FJ 4 el TC entra necesariamente en el análisis de si el efecto que el legislador atribuye al silencio de las partes –aplicabilidad del arbitraje– está constitucionalmente justificado. En este sentido, el TC considera que:

“Hemos declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, ‘por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial’. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, ‘imponiendo para su ejercicio –como declaramos en la STC 185/1987– obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada

por el servicio a un fin constitucionalmente lícito” (STC 174/1995, FJ 3).

Y a este respecto, hemos de señalar, siguiendo la doctrina de la STC 174/1995 que:

- a) El precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la “plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía” (FJ 3).
- b) Igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar que: “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía” (FJ 3).

Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias

de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada” que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos.

No se aprecia, pues, la vulneración del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE que se atribuye al precepto cuestionado.

La señalada doctrina de nuestro Alto Tribunal resulta coherente con la naturaleza jurídica del arbitraje en el derecho español. En la doctrina española, hoy en día predomina, en lo que atañe a la naturaleza jurídica del arbitraje, la llamada tesis mixta, que supone acoger las dos

grandes corrientes: las contractualistas (el arbitraje es un contrato) y las procesalistas (es una excepción procesal), de tal forma que se entiende de conformidad con dicha tesis mixta que el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales<sup>6</sup>. Siendo como es el arbitraje una institución compleja, se integra por varios elementos, el primero de ellos, el convenio arbitral, es puramente contractual: es el pacto o convenio de arbitraje el elemento que crea o da vida al arbitraje, entendido como una institución de resolución de conflictos privada<sup>7</sup>. Que el arbitraje tiene su origen en un contrato se confirmaba, además, bajo la LA (1988) en diversos preceptos, como el artículo 1º relativo a la definición misma del arbitraje –aunque dicho sea de paso el precepto confundía el arbitraje con la figura del convenio arbitral–<sup>8</sup>, o el artículo 5º relativo al convenio arbitral.

Si bien, como decimos, hoy en día la tendencia es la de considerar que el arbitraje participa de esa naturaleza mixta<sup>9</sup>, entendemos que la línea evolutiva

<sup>6</sup> Entre otros: GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956, pp. 11-28, con una explicación sencilla y clara; y REGLERO CAMPOS, Fernando. *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1998)*. Madrid: Montecorvo, 1991, pp. 66-67, siguiendo a GUASP (p. 77), lo expone también con meridiana claridad al separar los diversos elementos que componen la institución de arbitral: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual, el denominado contrato de dación y recepción de arbitraje (receptum arbitri) y el procedimiento arbitral de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal.

Para una posición contractualista: ROCA MARTINEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 37 y ss, pp. 80 y ss; y DE ANGEL Y YAGÜEZ, Ricardo. “Artículo 21”. En: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Madrid: Tecnos, 1991, pp. 357-358.

<sup>7</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, Luis. “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje”. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pp. 1159-1160.

<sup>8</sup> REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, p. 65.

<sup>9</sup> No obstante, los autores procesalistas, la mayor parte de ellos se inclinan por entender que predomina el aspecto jurisdiccional sobre el contractual.

de la institución arbitral, demuestra un acercamiento progresivo hacia las tesis contractuales, lo que hace que en estos momentos, sobre todo bajo la vigente LA. Así, con la nueva Ley la autonomía de la voluntad alcanza sus cotas más altas y, por tanto, sólo parcialmente se pueden asimilar la función jurisdiccional y la arbitral, y, sobre todo, otorgar un mayor campo de actuación a la autonomía de la voluntad en consonancia con las tendencias internacionales<sup>10</sup>.

La LA –junto con reformas singulares en diversas Leyes de nuestro país– culmina esa tendencia hacia la contractualidad del arbitraje –tanto en el aspecto procesal, como en relación al convenio arbitral y a la arbitrabilidad– en una evolución a la zaga de los avances internacionales en esta materia, en el sentido no sólo que parece configurar una institución más contractual que jurisdiccional<sup>11</sup> –por lo que también se alejan los sujetos del juez y del árbitro–,

sino que, además, tiende hacia el posible desarrollo del arbitraje que no sea sólo una alternativa a la tutela jurisdiccional civil, sino, también, una alternativa a la tutela jurisdiccional administrativa e, incluso, a la tutela voluntaria, a la vez que se erige el arbitraje como una figura capaz de englobar a otras instituciones próximas (arbitrio de terceros).

El arbitraje responde a fundamentos constitucionales basados sobre todo en el principio de libertad y autonomía de la voluntad<sup>12</sup>, entroncando su basamento constitucional en los artículos 1.1 –que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, y la justicia–, 9.2 –promoción y remoción de obstáculos en relación con la libertad y la igualdad del individuo–, 33.1 –reconocimiento al derecho de la propiedad privada–, 38 –reconocimiento de la libertad de empresa–, y 53 CE<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Vid. CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David C.J. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. En: *Revista La Ley*, 2002, D-123, diario 5538, 7 mayo 2002, p. 1631, subrayando asimismo el cambiante papel de los tribunales nacionales en relación con el arbitraje internacional: se ha pasado del *control* al *autocontrol*, y a *facilitar* el ejercicio efectivo de poderes por los tribunales arbitrales. Asimismo, destacan que dicha evolución ha llevado también a la expansión del campo del sometimiento a arbitraje, esto es, de la arbitrabilidad.

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos (III) LA claramente afirma la naturaleza contractual del convenio: “*El Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo que no esté específicamente previsto en esta Ley*”.

<sup>12</sup> Así, sobre la base del primero, MERINO MERCHAN, José Fernando. El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español. Madrid: Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, p. 21, con referencia a los artículos 1.1 y 17.1 CE. En relación con el segundo principio y respecto del Proyecto de Ley de Arbitraje de octubre 2003: LORCA NAVARRETE, Antonio María. “Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de ley de arbitraje”. En: *Revista La Ley*. N° 5904, 1 diciembre 2003, p. 1: “Consiguientemente la justificación constitucional del arbitraje en el proyecto de ley de arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1 de la Constitución. No se justifica en el artículo 24 de la Constitución”.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, pp. 75-81. Id. p. 90, que incluso habla de que los ciudadanos tienen derecho a recibir la “tutela” arbitral.



### 3. EL TLC DR-CAFTA: EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

#### 3.1. EL DR-CAFTA

El DR-CAFTA (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, en sus siglas en inglés, o Tratado de Libre Comercio entre La República Dominicana, Centroamérica –Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua-, y EE.UU, en castellano)<sup>14</sup> es un Tratado que busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes. Las normas básicas del DR-CAFTA giran en torno a los productos y servicios objeto del comercio entre los Estados firmantes en un total de 22 capítulos. Se regulan aspectos, en su mayor parte de derecho comercial internacional público, relativos a los aranceles, aduanas, reglas de origen de los productos, seguridad e higiene, medio ambiente y legislación laboral. No olvida el Tratado regular aspectos mercantiles como los derechos de propiedad industrial e intelectual o los mecanismos para dirimir controversias. Como se ha señalado

oportunamente, el DR-CAFTA es un TLC que va más allá del NAFTA (TLCAN) al regular los derechos aduaneros y administrativos de una manera global<sup>15</sup>.

Es una realidad que los aspectos aduaneros, base de los TLC, aunque cada vez resultan más extensos al haber incorporado, entre otras, la promoción y protección de las inversiones, pueden verse mejor cumplidos si existe una buena legislación que regule los intercambios comerciales internacionales, y un método de solución de controversias ágil, seguro y eficiente. Los TLC potencian el arbitraje como medio adecuado para la resolución de disputas, y lo hacen en un triple plano: las relaciones entre los Estados y la interpretación del Tratado, las relaciones entre el Estado y el inversor en materia de protección recíproca de inversiones y las relaciones entre particulares<sup>16</sup>.

#### 3.2. El arbitraje en el DR-CAFTA

Además de lo anterior, los Estados asumen determinados compromisos sustantivos<sup>17</sup> y arbitrales en los anexos al

<sup>14</sup> Disponible en: [http://www.seic.gov.do/comercioexterior/DR\\_Cafta/DR\\_CAFTA\\_Espanol.aspx](http://www.seic.gov.do/comercioexterior/DR_Cafta/DR_CAFTA_Espanol.aspx).

El DR-CAFTA ha entrado en vigor en fechas diferentes según los países: El Salvador (1 marzo 2006), Honduras y Nicaragua (1 abril 2006), Guatemala (1 julio 2006), República Dominicana (1 marzo 2007) y Costa Rica (1 enero 2009).

<sup>15</sup> GANTZ, David A. "International Legal Development: The Complex Problem of Customs Law and Administrative Reform in Central America". Symposium: CAFTA and Commercial Law Reform in the Americas. *Southwestern Journal of Law and Trade in The Americas* 12 (2005-2006), p. 220.

<sup>16</sup> Mayores detalles acerca de la relación entre los textos de la UNCITRAL y los TLC en América con especial hincapié en el arbitraje: PERALES VISCASILLAS, Pilar. "Derecho Uniforme del Comercio Internacional y Tratados de Libre Comercio en América". En: Homenaje al profesor Fernández-Novoa (2010) (en prensa).

<sup>17</sup> En relación con las medidas de tipo sustantivo que afectan a dichos contratos, los Estados se comprometen a modificar su legislación interna o a crear una nueva legislación con el objetivo de crear un régimen uniforme entre los países parte del DR-CAFTA. Las obligaciones varían de intensidad según los países en función de si han de adaptar en mayor o menor medida su legislación interna en materia de contratos de distribución, agencia y franquicia.

capítulo II sobre el comercio transfronterizo de servicios en relación con los contratos de distribución, representación y franquicia y su sometimiento a arbitraje. Para entender a qué categorías de acuerdos se refiere el DR-CAFTA, es preciso acudir a la legislación nacional<sup>18</sup>.

Los compromisos asumidos en materia de resolución de disputas relacionadas con los contratos de distribución vienen a implicar que los Estados parte del DR-CAFTA modificarán su legislación para establecer en relación con el arbitraje ya una presunción de sometimiento legal a este medio de resolución de disputas ante el silencio en el contrato acerca del método de solución de controversias y siempre que no exista objeción de cualquiera de las partes al sometimiento al arbitraje; ya una eliminación de la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales, dando entrada al arbitraje en este campo; en ambos casos, los Estados se comprometen en mayor o

menor medida a fomentar el acuerdo de las partes en torno a este método de resolución de disputas.

A diferencia de lo que sucede en Europa y en EE.UU donde la posibilidad de resolver disputas relacionadas con el contrato de distribución está fuertemente mediatizada por la protección de la presunta “parte débil” de la relación<sup>19</sup>, el arbitraje se erige en el método preferente para la solución de controversias; se fomenta la institución arbitral como medio neutral, incluso natural, de solución de controversias.

El arbitraje como método especialmente adecuado para la resolución de controversias comerciales o de inversiones con un componente de internacionalidad se presenta como la mejor alternativa para potenciar los procesos de integración económica regional no sólo por las ventajas asociadas al arbitraje, que son bien

<sup>18</sup> En Costa Rica hay que acudir a la Ley N° 6209 para hallar el significado de lo que sea un contrato de representación, distribución o franquicia. En la República Dominicana por contrato cubierto significa un contrato de concesión, según lo define la Ley No. 173, del cual forme parte un proveedor de mercancías y servicios de los Estados Unidos o cualquier empresa controlada por dicho proveedor. La Ley N° 173, titulada “Ley sobre Protección a los Agentes Importadores de Mercancías y Productos”, de fecha 6 de abril de 1966 y sus modificaciones. Para El Salvador un contrato de distribución tiene el mismo significado como lo establecen los Artículos 394 al 399-B del Código de Comercio. Guatemala: contratos de agencia, distribución o representación tiene el mismo significado que bajo el Decreto 78-71 que regula los contratos de agencia, distribución, o representación. Parece, sin embargo, que este Decreto está derogado y se aplican las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala. Y, por último, para Honduras: contrato de representación, distribución o agencia, tiene el mismo significado que bajo el Decreto Ley Número 549.

<sup>19</sup> Vid. Los recientes trabajos de: KLEINHEISTERKAMP, Jan. “The Impact of Internationally Mandatory Law on the Enforceability of Arbitration Agreements”. *LSE LAW. Society and Economy Working Papers* 22/2209, pp. 1 y ss, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1496923>; KRÖLL, Stefan. “The ‘Arbitrability’ of disputes arising from Commercial Representation”. En: MISTELIS, Loukas A. y BREKOUKAKIS, Stavros L. *Arbitrability. International & Comparative Perspectives*. Wolters Kluwers, 2009. Especialmente, sobre el derecho belga los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva: *L’Arbitrage et La Distribution Commerciale*. Actes du colloque du CEPANI du 17 November 2005. Bruylant: Bruxelles, 2005; y MINJAUW, Harold. “Relation entre la Loi Belge de 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive et l’arbitrage. Développements récents”. *IBLJ*. N° 1, 2007, pp. 1 y ss.

conocidas, sino también ante la necesaria reforma de los procedimientos judiciales que pueden adolecer de neutralidad y rapidez y cuya reforma puede llevar un largo período de tiempo sin hablar de la necesidad de cambiar mentalidades y actitudes puramente domésticas<sup>20</sup>. La desconfianza en los sistemas judiciales nacionales –lentos, poco especializados y con una magistratura anclada en sus principios nacionales y poca o nula formación internacional– constituyen un obstáculo muy poderoso a la inversión extranjera. En definitiva, el DR-CAFTA se apoya en el arbitraje como método de resolución de disputas preferente, obligando a los Estados a la adopción de medidas necesarias para modernizar sus regulaciones en materia de arbitraje, así como a adoptar los Convenios internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Una buena legislación no es, sin embargo, suficiente pues se ha de conseguir arraigar una cultura jurídica

arbitral<sup>21</sup>, pero es el paso imprescindible para dotar de confianza al empresario y al inversor extranjero.

Los compromisos en materia de arbitraje han supuesto un auténtico giro de 180° en la forma de entender esta cuestión en la mayor parte de los países del DR-CAFTA. No todos, sin embargo, han sido tan audaces como el legislador costarricense que ha optado por la presunción legal del sometimiento al arbitraje en el sector de los contratos de distribución probablemente por temor a no superar el umbral de constitucionalidad, aunque sí que se ha conseguido derribar uno de los obstáculos a la arbitrabilidad de las controversias en el seno de los contratos de distribución bien establecido desde los años sesenta del siglo pasado en las normas específicamente diseñadas para la protección de los agentes y distribuidores: la competencia exclusiva y excluyente de los jueces nacionales<sup>22</sup>. El arbitraje

<sup>20</sup> La adopción de métodos alternativos de resolución de disputas mediante arbitraje se considera vital en el terreno de los TLC: MUÑOZ, J.A. "Dealing with Shadow Economy: Comments and Reflections". Symposium: CAFTA and Commercial Law Reform in the Americas. *Southwestern Journal of Law and Trade in The Americas* 12 (2005-2006), p. 378, y GARCÍA BOLIVAR, Omar, "Dispute Resolution Process and Enforcing the Rule of Law: Is Arbitration a Viable Alternative to Solving Disputes in Central America". Symposium: CAFTA and Commercial Law Reform in the Americas. *Southwestern Journal of Law and Trade in The Americas* 12 (2005-2006), pp. 381 y ss, considerando los sistemas judiciales del área DR-CAFTA como débiles, poco sofisticados, anticuados, corruptos, escasos en recursos y poco confiables.

<sup>21</sup> TALPIS, J. "Comments on Dispute Resolution Process and Enforcing the Rule of Law". Symposium: CAFTA and Commercial Law Reform in the Americas. *Southwestern Journal of Law and Trade in The Americas* 12 (2005-2006), pp. 409 y ss.

<sup>22</sup> Por ejemplo, la Ley de Representantes Distribuidores y Agentes de Empresas Naciones y Extranjeras (Decreto-Ley nº549) de Honduras establecía en su artículo 21 que: "Sin perjuicio de que las partes puedan recurrir a procedimientos conciliatorios, las controversias que se susciten entre el concedente y el concesionario serán resueltas por los tribunales nacionales competentes del domicilio del último. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita". Honduras asumió en el DR-CAFTA el siguiente compromiso: "(a) si el monto y la forma de cualquier pago de indemnización no está establecido en el contrato de representación, distribución, o agencia y una parte desea dar por terminado el contrato; (i) las partes pueden convenir resolver cualquier disputa sobre tal pago en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Honduras, o si las partes acuerdan lo contrario, llevarlo a otro centro de arbitraje; y (ii) en dicho procedimiento aplicarán los principios generales de la ley de contratos".

no sólo se ha situado en pie de igualdad con los tribunales nacionales, sino que además se ha logrado el compromiso de los poderes públicos dirigido a fomentar su utilización<sup>23</sup>. A efectos de este trabajo, nos referiremos únicamente al ejemplo de Costa Rica.

El compromiso que asumió Costa Rica en materia de arbitraje bajo el TLC DR-CAFTA consistía en que:

“La ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un

contrato de representación, distribución o fabricación, dará origen a una presunción de que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa a través de arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de la intención de someter a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje”.

Dicho sometimiento a arbitraje se acompaña de compromisos de mejores esfuerzos dirigidos a: “alentar y facilitar

---

El artículo 21 del Decreto-Ley N° 549 fue modificado por el artículo 98 de la Ley de Conciliación y Arbitraje (Decreto N° 161-2000) para eliminar la competencia exclusiva de los jueces nacionales. El precepto aboga en primer lugar por la conciliación obligatoria, aunque si no hay acuerdo, o si este fuere parcial, la controversia se someterá al procedimiento arbitral o judicial. No queda claro cómo se desemboca en una u otra vía –esto es, si el demandante puede optar por el arbitraje, debiendo el demandado someterse obligatoriamente al mismo, o si es necesario el acuerdo de las partes para acudir al arbitraje– especialmente por el tenor del segundo inciso de la norma que declara que el juez competente de la controversia en el caso que se opte por la vía judicial será el del domicilio del concesionario (la cursiva es nuestra). La norma expresamente indica que: “Las controversias que se susciten entre el concedente y concesionario serán resueltas en primer lugar por conciliación; de no haber acuerdo, o si este fuere parcial, la controversia se someterá al procedimiento arbitral o judicial”.

<sup>23</sup> Los compromisos asumidos son:

República Dominicana: “permitirá que las disputas que surjan del contrato cubierto sean resueltas a través de un arbitraje vinculante; y permitirá que las partes del contrato cubierto establezcan en el contrato los mecanismos y foros que estarán disponibles en caso de disputas. Asimismo, se dispondrá que durante o después del proceso de conciliación que establece el artículo 7 de la Ley N° 173, las partes de un contrato pueden acordar resolver la disputa a través de un arbitraje vinculante; y el Gobierno y las autoridades de conciliación tomarán todas las medidas apropiadas para estimular la resolución de las disputas que surjan bajo contratos cubiertos por medio de arbitraje vinculante”.

El Salvador: “Las Partes en un contrato de distribución, se les deberá permitir establecer los mecanismos y foros que estarán disponibles en caso de controversia. El Salvador promoverá que las partes en contratos de distribución realizados después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado incluyan disposiciones que establezcan el arbitraje obligatorio de controversias y métodos específicos para determinar toda indemnización”.

Guatemala: “La ausencia de una disposición específica para la solución de diferencias en un contrato de agencia, distribución o representación deberá, en la medida de lo posible de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala, dar lugar a la presunción de que las partes pretendían arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante (...) Los Estados Unidos y Guatemala alentarán a las partes de contratos de agencia, distribución o representación a arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante. En particular, si el monto y forma de cualquier indemnización no se establece en el contrato y la parte desea terminar el contrato, las partes podrán acordar recurrir a un arbitraje para establecer el monto, si es que existe, de la indemnización”.

En relación con los compromisos asumidos por Honduras, véase nota anterior.

el uso de arbitraje para la solución de disputas en los contratos de representación, distribución o fabricación. Con este fin, Costa Rica tratará de facilitar la operación de centros de arbitraje y otros medios efectivos de resolución alternativa de reclamos que surjan en relación con la Ley No. 6209 o del nuevo régimen legal promulgado de conformidad con el párrafo 2, y promoverá el desarrollo de reglas para este arbitraje que provean, en la mayor medida posible, por una resolución pronta, de bajo costo y justa para esos reclamos”.

Costa Rica ha cumplido con dicho compromiso modificando a estos efectos el artículo 7° de la Ley N° 6209 de Protección al Representante de Casas Extranjeras, donde bien puede decirse que se establecía la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales costarricenses ya que a tenor de dicho precepto: “La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor y fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables”<sup>24</sup>. Pues bien, la modificación que opera en el artículo 7 consiste en mantener la irrenunciabilidad de los derechos, pero estableciendo el arbitraje como método preferente para la solución de controversias<sup>25</sup>:

“La ausencia de una disposición expresa en un contrato de representación,

distribución o fabricación para la solución de disputas, presumirá que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa por medio de arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de la intención de someter una disputa a arbitraje no se aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje”.

#### 4. VALORACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

La libertad contractual de las partes de someter su disputa o controversia a arbitraje es el pilar fundamental de la institución arbitral<sup>26</sup>. Sin convenio no hay arbitraje. Existiendo el convenio, se derivan los efectos propios del mismo: la eficacia positiva –obliga a las partes a someter la disputa al arbitraje– y la negativa –excluye a la jurisdicción del conocimiento de las cuestiones sometidas a arbitraje– que están recogidas en el artículo 11.1 LA: “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> No obstante, la Resolución de la Sala Constitucional N° 10.352 de 22 noviembre 2000 había declarado la inconstitucionalidad parcial del precepto, si bien posteriormente se aclaró por el voto N° 2655 de 4 abril 2001 en el sentido de que la inconstitucionalidad lo es en cuanto prohíba el sometimiento arbitraje.

<sup>25</sup> Lo que desmiente la ecuación norma imperativa igual a prohibición de sometimiento a arbitraje de la disputa.

<sup>26</sup> No sólo, por cierto, en relación al convenio sino también en lo que respecta al desarrollo procedimental del arbitraje como indica el artículo 25.1 LA.

<sup>27</sup> Acerca de los efectos positivos y negativos del convenio, véase, por ejemplo, REGLERO CAMPOS. *El arbitraje*, pp. 207 y ss.

Son tres los requisitos mínimos necesarios para poder hablar de la existencia de un acuerdo de arbitraje: 1) la voluntad de las partes de someterse a arbitraje; 2) la fijación en el convenio de todas o algunas de las controversias que existan o puedan existir entre las partes; 3) la determinación en el convenio de la relación jurídica, contractual o no contractual, controvertida. El derecho español sobre arbitraje cumple así con los requisitos del consentimiento de la teoría general de los contratos (artículo 1261º CC). No hay que olvidar que el convenio de arbitraje es el contrato de arbitraje entre las partes. En consecuencia, se aplican las reglas generales de teoría general de los contratos, más las reglas específicas establecidas en la Ley de Arbitraje.

En cuanto al contenido potestativo o facultativo del convenio, éste puede ser muy variado, como al efecto apuntaba el derogado artículo 9º LA (1988) al indicar que dicho contenido podía extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento, lo que huelga decir incluía numerosísimas cuestiones que se regulaban en los artículos 21º y ss. LA (1988). La actual Ley establece una regla general acorde con la práctica generalizada en el arbitraje institucional, a saber que el convenio arbitral se entiende integrado por las reglas del Reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido (artículo 4.b). En su defecto, la Ley de Arbitraje suplirá la falta de acuerdo entre los contratantes del convenio (artículos. 12º y ss. LA).

En principio, y como regla general, puede decirse que en el ordenamiento jurídico español no se admiten los arbitrajes forzosos u obligatorios, ni el establecimiento de condicionantes o requisitos para su acceso<sup>28</sup>. El consentimiento de las partes se torna en el elemento fundamental de la institución. El convenio arbitral, como nos dice el artículo 9.1 Ley española 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje (LA): “deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje (...)”.

Afortunadamente, ha desaparecido el controvertido requisito del derogado artículo 5.1 LA (1988) de que las partes expresasen en el convenio la obligación de cumplimiento del laudo. Efectivamente, un cierto rigor en la configuración del convenio arbitral se apreciaba en este precepto cuando exigía además de lo anterior que el convenio arbitral expresase la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Ello podría haberse constituido en un grave obstáculo al arbitraje si se consideraba que la aceptación del convenio sólo podía realizarse mediante declaraciones de voluntad expresas, eliminando la posible aceptación del contrato en el que se contenía la cláusula de arbitraje mediante silencio o por actos de ejecución, o impidiendo la validez del convenio en los casos en que un tercero pasaba a ocupar la posición de uno de los contratantes, o de los convenios que se contenía en cláusulas estatutarias al faltar el consentimiento inequívoco de los socios que pasan a formar parte de una sociedad cuyos estatutos ya contienen

<sup>28</sup> Por todos: GASPAS LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 66.

la mencionada cláusula<sup>29</sup>. El primero de los requisitos daba al traste con los convenios de arbitraje en los que no se expresase la obligación de las partes de cumplir el laudo, no faltando ejemplos en la jurisprudencia que así lo entendieron en una visión literal de la norma. Debe resaltarse que finalmente y bajo la vigencia de la LA (1988) ambos requisitos habían sido de facto eliminados gracias a la labor doctrinal y jurisprudencial<sup>30</sup>, que

entendieron subsumido el segundo requisito en el primero.

El vigente artículo 9.1 LA ha suprimido dichas referencias<sup>31</sup>, lo que supone reafirmar la identificación del convenio arbitral con el resto de los contratos, no exigiendo mayores requisitos al convenio en comparación con el resto de los contratos (cfr. artículo 1261º CC). La referencia a un consentimiento inequívoco parecía situar al convenio arbitral en peor

<sup>29</sup> Así, se opina por un sector minoritario en relación con el arbitraje societario: véase, por ejemplo, la argumentación de GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús. “La llamada cláusula arbitral”. En: *Mon Juridic*, marzo-abril 1995, Nº121, p. 36. En contra, por ejemplo, CAMPO VILLEGAS, Elías. “Arbitraje y registro”. *Libro Homenaje a Jesús López Medel*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. Tomo II, 1999, pp. 1614-1620.

<sup>30</sup> En la doctrina: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje (Acotaciones sobre la configuración del contrato)”. En: *Revista La Ley*, Nº 2, 1990, pp. 1036-1037; GASPÁR LERA. *El ámbito*, pp. 77-78, que intenta buscar algún sentido a la frase final del artículo 5.1 LA 1988 y concluye que el objeto es diferenciar el arbitraje de la mediación, puesto que en la mediación la decisión del mediador no puede obligar a las partes a menos que ellas lo consientan; MARTÍNEZ GARCÍA. *El arbitraje en el marco*, pp. 134-136; y CAMPO VILLEGAS, Elías. “Convenio arbitral y rigidez formalista”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 1, 2000, pp. 67-90, con amplia exposición doctrinal y jurisprudencial. En contra algún sector doctrinal que se inclina por la interpretación literal. En consecuencia, entiende que ha de expresarse la voluntad de obligarse en el convenio arbitral (BLAS ORBAN, José Miguel. “Particularidades del convenio arbitral en el comercio marítimo”. En: *Tapia*, Nº 55, diciembre 1990, p. 28).

Afortunadamente, ya no se recoge dicho criterio en la vigente LA por lo que extraña que algunas cláusulas no se hayan modificado para eliminarlo, véase el apartado 5º de la cláusula modelo tipo de arbitraje societario elaborada por acuerdo de las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores y que recibió la aprobación de la DGRN mediante Resolución 1 octubre 2001: “5. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte”.

<sup>31</sup> Con todo algunos comentaristas de la vigente Ley todavía señala que ha de constar la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. “Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”. En: *Revista La Ley*, Nº 5978, 18 marzo 2004, p. 2; también en: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Nº 1, 2004, pp. 5-15; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 110-111; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos. “El arbitraje de transporte”. En: A. Martín Muñoz/S. Hierro Anibarro, *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 280-281; y RUBIO ESCOBAR/RODRÍGUEZ RODERO, pp. 76-81, considerando que “la voluntad inequívoca se configura como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el sentido de salvaguardar que la renuncia al acceso a la jurisdicción que conlleva responda a la libre y legítima voluntad del litigante”. En contra, la mayoría de la doctrina que considera acertada la desaparición: por todos: DIEZ-PICAZO, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: (Coordinador: Julio GONZÁLEZ SORIA). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Aranzadi, 2004, p. 102.

situación que al resto de los contratos, donde la voluntad de perfeccionar el contrato se infiere tácitamente<sup>32</sup>, sin que sea necesario que dicha voluntad aparezca expresamente en el mismo.

La presunción legal de sometimiento al arbitraje considerada en los dos ámbitos anteriormente referenciados (supra II y III) nos parece coherente con el avance que ha experimentado el arbitraje, sobre todo en el ámbito internacional, y la concepción acerca de la prestación del consentimiento al arbitraje en las últimas décadas<sup>33</sup>. Se evidencia, en primer lugar, como el arbitraje cada vez menos se concibe como un acuerdo formal y estricto a favor de posiciones netamente contractualistas, y, en segundo término, cómo el arbitraje se

va conformando como un método usual cuya aplicación puede devenir, sin llegar a ser obligatorio, de la interpretación de la voluntad presunta de las partes.

Conviene precisar que los fundamentos son diferentes. En el caso del DR-CAFTA, ya sea tanto considerando la presunción legal de sometimiento al arbitraje como en la nueva conformación del arbitraje tras los compromisos asumidos por los diversos Estados, el arbitraje tiende a articularse más con un objetivo proteccionista del principal extranjero: es el miedo a un juez nacional proteccionista de la parte débil domiciliada en Centroamérica, en combinación con la naturaleza imperativa de las normas<sup>34</sup>, unido a los temores por la

<sup>32</sup> En la doctrina se consideró que la renuncia a la tutela jurisdiccional había de realizarse únicamente de forma expresa. Así se vedó la forma tácita [GETE-ALONSO Y CALERA, Carmen. "La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje (Acotaciones sobre la configuración del contrato)". En: *Revista La Ley*, N° 2, 1990, p. 1037], particularmente si el convenio formaba parte de un contrato de adhesión (REGLERO CAMPOS. *El arbitraje*, p. 83). Igualmente, al amparo del artículo II.2 del Convenio de Nueva York, se entendió que la aceptación tácita del convenio no era posible: MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. Madrid: Civitas. 2ª edición, 1991, p. 81, aunque sí en el Convenio de Ginebra (artículo 1.2.a), y en la (1988) (id., p. 83). El autor repasa los medios posibles de perfeccionamiento del convenio arbitral mediante declaraciones tácitas de voluntad y por silencio (id., pp. 76 y ss). Por su parte, entienden que no es posible la declaración tácita de voluntad: LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *Derecho de arbitraje español*. Madrid: Dykinson. N° 180, 1994, p. 98.

Por la posible forma tácita se pronunciaba, entre otros, CREMADES, Bernardo. "El convenio arbitral". En: *Revista La Ley*. N° 5754, 4 de abril de 2003, p. 3 (también en: *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, 2003, pp. 43-70).

En general, sobre la oferta y la aceptación: PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

<sup>33</sup> Por el contrario: CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 110-111, estimando que no es acertada la técnica legislativa consistente en derivar el arbitraje de la voluntad implícita.

<sup>34</sup> No sólo ya que se declare la irrenunciabilidad de los derechos (por ejemplo: artículo 7 Ley 6209 de 9 marzo 1978 de Protección al Representante de Casas Extranjeras (Costa Rica): "los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta Ley, serán irrenunciables"), sino que incluso se configura la normativa como de orden público. Así, el artículo 8 de la Ley N° 173 sobre Protección a los agentes importadores de mercaderías y productos, 6 abril 1966 (República Dominicana) señala que: "las disposiciones de la presente Ley son de orden público y no pueden por consiguiente, ser derogadas, ni modificadas por conveniencias particulares".



ineficacia en el funcionamiento de los tribunales nacionales en dichos países, lo que hace temer injusticias en el trato de los empresarios extranjeros. Al mismo tiempo, uno de los objetivos del DR-CAFTA es que los Estados promuevan y faciliten el arbitraje entre particulares en la zona de libre comercio. En el fondo del problema está la indemnización por terminación del contrato de distribución que presenta una problemática específica en el arbitraje internacional.

En el derecho español para los contratos de transporte, el TC basa su doctrina en la necesidad de descargar a los tribunales de justicia, incluso parece querer “disculpar” la audacia del legislador y el respaldo que da el TC al vigente texto de la LOTT sobre la base de que se trata de un caso más bien excepcional: en un ámbito muy concreto y tratándose de controversias de escasa cuantía. Si bien la doctrina del TC es importantísima, se echa en falta que

no haya dado un paso más<sup>35</sup>: la presunción de que en los contratos mercantiles el arbitraje es el método natural y usual de resolución de controversias, de ahí también la presunción del sometimiento al arbitraje en caso de silencio en el contrato mercantil. El consentimiento al arbitraje vendría de este modo a establecerse con una técnica muy similar a la que se produce mediante la incorporación de los usos de comercio a los contratos internacionales como lo demuestra precisamente el artículo 9.2 Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>36</sup>. De ahí que puede llegar a indicarse que la presunción tácita de sometimiento a arbitraje vendría implícitamente a reconocer el valor del arbitraje como un uso del comercio, y de ahí su incorporación tácita al contrato con independencia del conocimiento efectivo de los operadores (cfr. Artículo 9.2 CNUCCIM). En este sentido, se mantendría la contractualidad del arbitraje<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Vid. También: ESCALER, p. 68 y pp. 174-175, aunque con fundamentos diferentes y de forma más tímida en comparación nuestra. Para el autor el colapso judicial justificaría que el TC hubiera dado un paso más declarando la constitucionalidad de los arbitrajes obligatorios para ciertos sectores. Desde nuestro punto de vista, la justificación podría residir en la consideración del arbitraje como un uso de comercio invirtiendo la consideración actual y sus relaciones con la justicia estatal. Ello ha de verse como explicamos en el texto en relación con el avance que ha experimentado el arbitraje, especialmente en el ámbito comercial internacional en las últimas décadas.

<sup>36</sup> PERALES VISCASILLAS, Pilar. “Artículo 9”. En: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS. *UN Convention on the International Sales of Goods (CISG) –Commentary–*, BECH, 2010.

<sup>37</sup> Una de las críticas que ha manejado la doctrina en contra de la STC 352/2006 reside en que la extensión de la doctrina del TC a otros ámbitos trastocaría la naturaleza misma del arbitraje que ya no sería contractual sino legal. DE LA CUESTA. De nuevo, pp. 69-70 y p. 72. Como se verá optamos por una justificación de la doctrina del TC en sede contractual. Pero, incluso aunque no fuera así, tampoco veríamos mayores problemas en considerar la plena validez de los arbitrajes forzados en el derecho mercantil, aunque ello implicara variar la naturaleza del arbitraje. No debe olvidarse que hasta en una de las épocas más liberales de nuestra historia, el CCo de 1829 admitía el arbitraje forzoso para las disputas intra-societarias. Así, el artículo 323 CCo señalaba que: “Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad”. Vid. PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 y Derecho de Sociedades*. Aranzadi, 2005, pp. 1 y ss.

Sea como fuere, tanto en el caso español como en el DR-CAFTA, destaca la moderna consideración del arbitraje el retorno del arbitraje y los convenios arbitrales a su lugar natural, esto es, a las normas generales sobre formación de los contratos, sin hacer de él especie aparte merecedor de una regulación particular o específica. El convenio arbitral se entiende modernamente que se perfeccionará siguiendo las mismas reglas que se aplican a cualquier contrato: mediante aceptación expresa, por actos de ejecución o, incluso, mediante el silencio o la inacción. Al mismo tiempo, la presunción del legislador que estamos contemplando podría suponer un giro hacia la implícita consideración de que los contratos mercantiles resultan completados tácitamente con convenios de arbitraje.

Existen variedad de ejemplos que demuestran la erosión de las formalidades precisas para la prestación del consentimiento en los convenios de arbitraje. En primer lugar, podemos considerar la relajación que se ha producido en el requisito de forma escrita en los textos internacionales: nuevo artículo 7º LMA tanto en su Opción I como II, así como Recomendación en la interpretación del artículo II del CNY elaborada por la CNUDMI. Baste con señalar ahora como

botón de muestra que especialmente bajo la Opción II del nuevo artículo 7 LMA<sup>38</sup> el convenio arbitral es un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Se ha dado un giro radical en la forma de entender el convenio arbitral al punto de que se trata exclusivamente de un problema de formación del contrato y de prueba. Por ello, se habrá de estar a la consideración del juez o del tribunal arbitral y a los requisitos de prueba que se apliquen para determinar la existencia del convenio. Se amparan ahora, bajo este precepto, las más variadas formas de entender celebrado un convenio arbitral, algunas de ellas no permitidas bajo la redacción original del artículo 7º LMA: ofertas por escrito aceptadas por silencio o por actos de ejecución, conocimientos de embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente<sup>39</sup> o un conocimiento en el que figure una cláusula de arbitraje que no ha sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior, los contratos de salvamento, las cartas de confirmación aceptadas por silencio o por actos de ejecución, etc. Varias de estas situaciones involucran, además, cuestiones de incorporación por referencia que aparecen ahora en la nueva disposición modelo en el párrafo 6 del artículo 7º LMA<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> La nueva formulación indica que: "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no».

<sup>39</sup> STS 16 mayo 2008 (RA 3080).

<sup>40</sup> La incorporación por referencia en el arbitraje comercial internacional se ha desarrollado, sobre todo, en materia de conocimientos de embarque al que se incorpora el convenio arbitral cuando está contenido en las pólizas de fletamento. Vid. RODRIGUEZ GAYAN, Eloy Miguel. "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque". En: *Revista de La Corte Española de Arbitraje*, 1996, pp. 9 y ss. En general, sobre la incorporación por referencia: BOUCOBZA, Xavier. "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international". En: *Revue de L'arbitrage*, N° 3, 1998, pp. 495-516.

También, lo demuestran las anteriores ideas que han ido ganando fuerza jurisprudencial y práctica en los últimos años. Piénsese en la admisión de los convenios arbitrales perfeccionados por silencio o inacción, la práctica en los arbitrajes de inversiones donde la oferta pública realizada por el Estado que recibe la inversión se acepta cuando el inversionista presenta la demanda de arbitraje<sup>41</sup>, el arbitraje al hilo de las operaciones de concentración, donde existe una oferta irrevocable de arbitraje *erga omnes*<sup>42</sup>, la unánime consideración en el derecho comparado y español en torno a la vinculación de los socios a las cláusulas de arbitraje contenidas en los estatutos de las sociedades<sup>43</sup>.

En estas situaciones, la prueba del convenio arbitral se torna en el elemento

clave para determinar la existencia del mismo, separándose del criterio más radical de interpretación del escrito bajo el artículo II.2 CNY, donde este se identificaría con la forma *ad solemnitatem*, y aumentando considerablemente las posibilidades en la práctica comercial internacional de entender pactado un convenio arbitral. A la relajación en la forma y en la prestación del consentimiento, se une ahora la consideración legal analizada al hilo de los específicos contratos de transporte y distribución en la que podemos entender formulada la siguiente consideración: el arbitraje es el medio usual de resolución de disputas en el ámbito de los contratos mercantiles y, por ello, la presunción *iuris tantum* de que el silencio de las partes en el contrato mercantil implica su sometimiento al arbitraje.

<sup>41</sup> Así: CREMADES, Bernardo. "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties". En: *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel. Carl Heymanns (2001), pp. 149 y ss. Sobre las diferentes formas de prestación del consentimiento en esta área, véase: FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp. 122 y ss. Es también el caso de los artículos 6, 7 y 9 del RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: oferta pública de sometimiento a arbitraje por parte del empresario. O del sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades: RD 1417/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2006).

<sup>42</sup> Vid. PERALES VISCASILLAS, Pilar. "Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia". En: *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral*. N° 6/05, pp. 4-43 y SAP Madrid, de 29 de julio de 2005, N° 585/2005 (sección 14) (RA 1547).

<sup>43</sup> PERALES VISCASILLAS, Pilar. "Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes". *Arbitrability. International and Comparative Perspectives*. (Edited by Loukas MISTELIS and Stavros L. BREKOULAKIS). Wolters Kluwer: Law and Business, 2009, pp. 273-292.



# SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES

FERNANDO POMBO (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La ley aplicable a la determinación de la arbitrabilidad.* 3. *La arbitrabilidad en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje y el supuesto internacional.* 3.1. *El ejemplo de la Ley de Agencia.* 3.2. *Sobre la noción de disponibilidad.* 4. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los arbitrajes internacionales y en el análisis de la validez de los compromisos que dan lugar al desarrollo de los mismos no puede perderse de vista una circunstancia que no está presente en los arbitrajes internos y es la de la necesidad de determinar cuál es el sistema jurídico de referencia. Como ponen de relieve VIRGÓS y GARCIMARTÍN, si bien es verdad que el arbitraje internacional es esencialmente autónomo, en el sentido de que se basa en la autonomía privada y los árbitros no tienen una *lex fori* como los tribunales de justicia, no lo es menos que “el arbitraje internacional no existe aislado de esos ordenamientos y toma contacto con ellos, o puede tomarlo, en distintos momentos. Este contacto se torna evidente cuando

las partes no aceptan voluntariamente el arbitraje (...). Así, la cuestión de validez de un convenio arbitral puede plantearse (i) ante el propio tribunal arbitral cuya competencia se discute; (ii) ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye, reclamando la invalidez de la cláusula; (iii) ante los tribunales de la sede del arbitraje, como fundamento de una demanda de anulación del laudo; (iv) ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como motivo de denegación. En la medida en que foro derogado, sede y foro de ejecución sean jurisdicciones distintas, distinto será el sistema de referencia con el que los árbitros y los diferentes tribunales valorarán ese convenio arbitral”<sup>1</sup>.

Esta colaboración va a analizar la cuestión que plantea (arbitrabilidad

---

(\*) Socio fundador y presidente de Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, España. Profesor del Instituto Internacional de Estudios Legales de Salzburgo. Miembro del *Management Committee* y del Consejo de la *International Bar Association*.

<sup>1</sup> VIRGÓS y GARCIMARTÍN. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 310.

de controversias) desde la perspectiva del Derecho español integrado por la Ley de Arbitraje<sup>2</sup> y por los convenios internacionales ratificados por España en la materia (y, entre ellos, esencialmente el Convenio de Nueva York de 1958<sup>3</sup>).

## 2. LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD

La arbitrabilidad de la controversia es, junto con el orden público, un límite extrínseco al propio convenio arbitral, cuyo contenido hay que buscar, en consecuencia, no necesariamente en la ley que rige el convenio, sino en el ordenamiento de referencia en función del momento en el que haya que valorar tal arbitrabilidad<sup>4</sup>.

En consecuencia, si lo que se plantea ante un tribunal español es una declinatoria por arbitraje, la invalidez de la cláusula arbitral, la nulidad del laudo o el reconocimiento del laudo extranjero, aquél debe resolver en aplicación de su

propio ordenamiento, de la ley española, en la que se incluyen no sólo sus normas sustantivas, sino también las de Derecho internacional privado, que remiten a uno u otro ordenamiento sustantivo.

Para entender adecuadamente la cuestión hay que tener en cuenta que el ordenamiento español distingue entre tres tipos de situaciones: a) los arbitrajes puramente internos; b) los arbitrajes extranjeros, a los que se refiere el artículo 46º de la Ley de Arbitraje y que son los que dan lugar a un laudo pronunciado fuera del territorio español<sup>5</sup>; c) y los arbitrajes internacionales que define el artículo 3º de la Ley. Es decir, para la Ley de Arbitraje española junto a los arbitrajes puramente internos y los extranjeros existe una tercera categoría, la de los arbitrajes internacionales, que son aquellos que, aún desarrollándose en España, reúnen algunos de los requisitos para su calificación como internacionales previstos en el artículo 3º de la Ley de Arbitraje<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

<sup>3</sup> Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977). España es parte también en otros convenios internacionales en materia de arbitraje, como el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975) y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994). Estos dos convenios no se van tomar en consideración en este trabajo, en el que el punto de partida van a ser la Ley de Arbitraje y el Convenio de Nueva York, por contener el núcleo esencial de la regulación de la materia que aquí interesa.

<sup>4</sup> Como señalan J.F. POUURET y S. BESSON *“objective arbitrability determines which disputes can be submitted to arbitration. It is a condition of the validity of the arbitration agreement and thus of the jurisdiction of the arbitration tribunal. However, it is subject to a different judicial regime than that applicable to the material validity of the arbitration agreement”*. En: *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, Ltd., 2007, p. 282.

<sup>5</sup> Ese precepto no se refiere en realidad a arbitrajes extranjeros, sino a laudos extranjeros, señalando en su primer apartado que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”, pero no es aventurado señalar que el arbitraje que da lugar a un laudo extranjero también lo es.

<sup>6</sup> Según este artículo 1º. “El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que, en el momento de la celebración del convenio

Por otra parte, el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje establece que “cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español” y el artículo 2º del mismo cuerpo legal que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”<sup>7</sup>.

Además, según el artículo II del Convenio de Nueva York “cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Junto a ello, el artículo V.1.a del mismo Convenio prevé que se puede denegar el reconocimiento de un laudo arbitral, a instancia de parte, si el acuerdo “no es válido en virtud de la Ley a las 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” y el V.2.a que también se puede denegar el reconocimiento, esta vez de oficio, si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba “que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”.

Centrando la cuestión resulta que si el arbitraje es puramente interno es el artículo 2º de la Ley de Arbitraje el que determina la noción de arbitrabilidad, pero si es internacional el juego del artículo II del Convenio de Nueva York y el 9.6 de la Ley de Arbitraje permiten valorar ésta no sólo por referencia al Derecho español, sino tomando en consideración hasta tres leyes eventualmente distintas: la elegida por las partes, la aplicable al fondo del asunto o el Derecho español.

Sorprende la amplitud con la que esta norma aborda la cuestión, ya que si el fundamento de los límites a la arbitrabilidad se encuentra en razones imperativas de interés general no parece que una regla que deje, aunque sea por vía indirecta, su delimitación a las partes responda a ese criterio. La primera aproximación a esta regla llevaría a criticarla por su permisividad, ya que si la definición de un arbitraje como

---

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 dimane 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 dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional (...).”

<sup>7</sup> Añade el segundo párrafo de este artículo que “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

internacional permite considerar como tales a arbitrajes celebrados en España, simplemente porque, por ejemplo, en el momento de la celebración del convenio las partes tengan sus domicilios en Estados distintos, aunque uno de ellos sea España, la regla del 9.6 implica que en España se pueden desarrollar arbitrajes sobre materias no arbitrables de acuerdo con el ordenamiento español, siempre que sí lo sean para el ordenamiento elegido por las partes o el aplicable al fondo de la controversia. Pese a lo sorprendente de esta conclusión no parece que se pueda llegar a otra distinta, dada la claridad del tenor literal de la Ley.

Para VIRGÓS y GARCIMARTÍN esa conclusión se explica por la voluntad de convertir a España en una sede neutral del arbitraje internacional. Según estos autores “si la sede es neutral, no tiene porqué imponer a las partes sus límites a la arbitrabilidad cuando la ley del fondo o la ley del estado donde el laudo está llamado a producir efectos permiten el arbitraje en esa materia”<sup>8</sup>. No obstante, esos mismos autores apuntan que si bien lo anterior es perfectamente aceptable cuando España es un Estado desinteresado en el arbitraje, va demasiado lejos cuando España es un Estado interesado en la materia objeto de arbitraje porque el litigio sí está vinculado sustantivamente con España, y que, en consecuencia, hay que establecer ciertos límites que proponen determinar de dos maneras: (i) entender que es condición de aplicación del 9.6 de la LA que el Estado español no sea un Estado interesado, lo que

implica que cuando se trate de derogar la competencia e los tribunales españoles o ejecutar un laudo en España, el concepto de arbitrabilidad a aplicar sería el del artículo 2º de la LA y no el derivado del 9.6 de la misma ley o (ii) entender que en arbitraje internacional se aplica siempre el 9.6 con el límite del orden público, lo que garantizaría que “siempre que exista un interés fuerte y una vinculación suficiente con España se protegería la prohibición de someter la materia a arbitraje tanto en España como en el extranjero. En la práctica (...) esto implica dejar al orden público como única frontera del arbitraje (...)”<sup>9</sup>.

En cuanto a los arbitrajes extranjeros la arbitrabilidad tiene entrada, en las normas señaladas, en fase de reconocimiento del laudo, siendo el concepto de arbitrabilidad del Estado del reconocimiento el especialmente relevante en ese momento. Si ese Estado es España lo que se dice en las páginas siguientes respecto del arbitraje internacional es aplicable *mutatis mutandi* a los arbitrajes extranjeros.

### 3. LA ARBITRABILIDAD EN EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY DE ARBITRAJE Y EL SUPUESTO INTERNACIONAL

Como se ha señalado, para el artículo 2º de la Ley de Arbitraje española son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. El precepto se limita, pues, a señalar la coincidencia

<sup>8</sup> Esta conclusión, no podemos dejar de insistir, sólo es válida para los arbitrajes internacionales y no para los que no reúnan los requisitos del artículo 3º de la Ley de Arbitraje.

<sup>9</sup> En: *Derecho Procesal... Op. cit.*; p. 331.



entre arbitrabilidad y libre disponibilidad, no añadiendo mucho más a esta norma la Exposición de Motivos, que simplemente aclara que se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición y que es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable<sup>10</sup>. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales. Esto obliga a matizar el concepto general con las posibles limitaciones que, más bien por razones de oportunidad, puedan incluirse en leyes específicas.

Pero ambas cuestiones, el concepto general y las posibles excepciones a la misma, deben ser reconsideradas en el ámbito internacional, de modo que lo que, en principio pudiera parecer una ecuación sencilla deja de serlo porque en el ámbito internacional la propia noción de disponibilidad tiene un alcance distinto al que tiene en el puramente interno.

En consecuencia, para un arbitraje a celebrar en el territorio español que no reúna alguna de las condiciones del artículo 3º de la Ley de Arbitraje será arbitrable todo aquello sobre lo que las normas españolas permitan la libre disposición de las partes, lo que obliga analizar el Derecho sustantivo español

para determinar dónde se encuentran las limitaciones a tal arbitrabilidad, que serán más frecuentes en el ámbito familiar o sucesorio que en el patrimonial.

Pero si lo analizamos desde otra perspectiva, desde la internacional, es decir, la que define el artículo 3º de la Ley de Arbitraje, y es de aplicación la ley española, habrá que entender que el concepto de arbitrabilidad es más amplio y que, si bien sigue coincidiendo con el de disponibilidad, la mayor amplitud se debe a que la propia disponibilidad también lo es, es decir, a que lo que es internamente disponible tiene un ámbito más estrecho que lo que es internacionalmente disponible.

Por otro lado, no parece que indisponibilidad y carácter imperativo de las normas puedan ser consideradas nociones equivalentes. En cualquier caso, también analizando el concepto de “imperatividad” no todo lo que es internamente imperativo es también internacionalmente imperativo. La imperatividad que se impone en el ámbito internacional es forzosamente una imperatividad cualificada en la que sólo entran aquellas materias que pueden considerarse realmente esenciales para un ordenamiento estatal, hasta tal punto que se imponen no sólo a las situaciones totalmente vinculadas con el territorio de ese Estado, sino también a aquellas otras que presentan vínculos con Estados distintos y respecto de las que la vocación del primero de regularlas, sin ser inexistente, puede considerarse más “diluida”, lo que permite

<sup>10</sup> De este modo la Ley de Arbitraje se inscribe en la tendencia más actual a nivel mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables. La ausencia de un listado responde a la voluntad de favorecer la sumisión a arbitraje del mayor número posible de materias (MANTILLA-SERRANO, F. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, p. 46).

aplicar sus reglas con mayor laxitud, en atención a las propias características de la situación<sup>11</sup>. Pero, incluso con esa asunción, no puede llegarse a la conclusión de que cualquier materia imperativa es, a su vez, indisponible y, arbitrable.

### 3.1. El ejemplo de la Ley de Agencia

Un ejemplo servirá para ilustrar esta situación: el artículo 3 de la Ley del Contrato de Agencia (LCAG)<sup>12</sup> establece que “en defecto de Ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”.

Por su parte, la Disposición Adicional de la Ley prevé que “La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario”.

A la vista del tenor literal de estos artículos es posible plantearse una serie de cuestiones relativas a su alcance: (i) cuando el artículo 3 habla del carácter imperativo de los preceptos de la ley, ¿se trata de una imperatividad aplicable sólo a supuestos internos o se está imponiendo su aplicación incluso en supuestos internacionales, prescindiendo entonces de las normas de conflicto en vigor en España contenidas en el Reglamento Roma I<sup>13</sup> (y, a los contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009, las del Convenio de Roma<sup>14</sup>); (ii) desde el punto de vista procesal, la Disposición Adicional Segunda ¿es un complemento de lo anterior e impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad también en el ámbito de la competencia judicial internacional, pese a las disposiciones en materia de competencia judicial internacional en vigor en España, contenidas en el Reglamento 44/2001<sup>15</sup>, del Convenio de Lugano y de la LOPJ<sup>16</sup>? y (iii) la aplicación combinada de ambos preceptos de la LCAG ¿conduce a la

<sup>11</sup> Como señala MANTILLA-SERRANO, F. “en materia de arbitraje internacional, sólo las normas cuya imperatividad responda a la protección del orden público internacional (por contraposición al orden público meramente interno) deben ser reconocidas como imperativas” (*Op. cit.*; p. 47).

<sup>12</sup> Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (*BOE* núm. 129, de 29 de mayo de 1992, modificado por Ley 22/2003, Concursal).

<sup>13</sup> Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DOUE* L177, de 4 de julio de 2008).

<sup>14</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (*BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993, corrección de errores *BOE* núm. 189, de 9 de agosto de 1993).

<sup>15</sup> Reglamento 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* núm. L 012, de 16 de enero de 2001, correcciones de errores en *DOCE* L 307, de 24 de noviembre de 2001, L 176, de 5 de julio de 2002 y modificaciones en *DOCE* L 225 de 22 de agosto de 2002 y *DOUE* L 236, de 23 de septiembre de 2003).

<sup>16</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (*BOE* núm. 157, de 2 de julio, corrección de errores *BOE* núm. 264, de 4 de noviembre de 1985).

imposibilidad de someter las controversias a arbitraje interno o extranjero?

La cuestión es, en primer lugar, si el carácter imperativo de las normas de la LCAG se proyecta sólo sobre los contratos a los que, en virtud de las normas de conflicto, es de aplicación la ley española o si alcanza también a aquellos que presentan alguna vinculación con España, de forma que en relación con éstos no pueda operar la aplicación de una ley extranjera designada por las partes o aplicable en virtud de la regla objetiva prevista por el Convenio de Roma.

Para exponer adecuadamente la situación hay que tener en cuenta que la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2000<sup>17</sup> establece que los artículos 17º y 18º de la Directiva sobre el contrato de agencia<sup>18</sup> (que se refieren a las indemnizaciones a las que tiene derecho el agente tras la terminación del contrato), de la que trae causa la ley española, y las reglas nacionales de transposición, que son las únicas directamente aplicables a las relaciones entre particulares, son normas internacionalmente imperativas y deben aplicarse cuando el agente comercial ejerce su actividad en la Comunidad, aunque el empresario esté establecido en un país tercero y el contrato se rija por la ley de ese país. El TJUE considera que el carácter imperativo de esas normas deriva de su finalidad de tutela de la posición de

los agentes comerciales y de la protección de la libertad de establecimiento y la competencia no falseada en el mercado interior y que todo ello justifica que dichas normas no puedan ser eludidas mediante el simple juego de una cláusula de elección de ley aplicable.

De esa sentencia resulta la imperatividad internacional, o al menos intracomunitaria, de las reglas relativas a las indemnizaciones a percibir por el agente, pero no del resto de las disposiciones reguladoras del contrato de agencia, por lo que nada impide que el contrato se someta a una ley extranjera, comunitaria o no, sin perjuicio de la aplicación imperativa de los artículos de la ley española que realizan la transposición de la Directiva<sup>19</sup>.

En consecuencia, la imperatividad de la Ley de Agencia a que se refiere el artículo 3º de la LCAG se limita al plano interno, salvo por lo que se refiere a la materia relativa a las indemnizaciones mencionadas. Fuera de estos supuestos, la LCAG no se aplicará cuando la ley aplicable no sea la española, conforme a cualesquiera de los criterios de determinación de la ley aplicable (incluida la ley elegida por las partes) contenidos en el Reglamento o en el Convenio de Roma.

Con las salvedades hechas, las normas de la LCAG no constituyen “normas de policía”, en el sentido del

<sup>17</sup> Asunto C-381/98, Ingmar.

<sup>18</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DOCE L382, de 31 de diciembre de 1986).

<sup>19</sup> Es cierto, no obstante, que la respuesta limitada del TJUE viene justificada por el alcance de la cuestión planteada, que se refería a esos preceptos de la Directiva y no al resto. En cualquier caso, serán precisamente esos los supuestos que mayor litigiosidad susciten.

artículo 9º del Reglamento Roma<sup>20</sup> I ni 7 del Convenio de Roma, ni “normas de orden público del foro”, en el sentido de los artículos 21º del Reglamento Roma I<sup>21</sup> y 16 del Convenio de Roma, por lo que no deben ser aplicadas por un juez español cuando la ley aplicable no fuere la española. La cuestión, de hecho, sólo podría plantearse respecto de los artículos 12º y 13º LCAG (operaciones comerciales respecto de las que se devenga comisión por el agente), y es evidente que no constituyen reglas de orden público español<sup>22</sup>.

Por otra parte, la afirmación de este carácter internacionalmente imperativo de alguna de las reglas de la Ley podría tener consecuencias sobre los cauces procesales para garantizar su cumplimiento, pero, sin embargo, no parece adecuado llegar a la conclusión de que supone algún límite a los generalmente admitidos.

Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional ni el Reglamento 44/2001, ni el Convenio de Lugano, ni la LOPJ, que son las reglas en vigor en España para determinar la competencia judicial internacional en este tipo de

asuntos, recogen ninguna disposición de la que resulte que la autonomía de la voluntad está limitada a la hora de designar el tribunal competente en un litigio que afecte a los contratos de agencia. Sí se establecen límites en cuanto a la posibilidad de elección en otros supuestos contractuales (consumidores, seguros y contrato individual de trabajo, de manera clara en el Reglamento y el Convenio de Lugano), pero no en el que aquí nos ocupa. Por ello, la regla de la Disposición Adicional de la LCAG debe entenderse referida sólo a la competencia territorial interna.

Es cierto que los tribunales de algún Estado miembro (Alemania, por ejemplo) han afirmado la existencia de una regla de competencia implícita que resulta de la imperatividad de las normas reguladoras del contrato de agencia a las que el TJUE ha otorgado ese carácter. En síntesis su argumento es: si afirmamos la imperatividad de ciertas disposiciones en el ámbito comunitario, tenemos que asegurarnos de que conozcan de los asuntos relacionados con los mismos tribunales comunitarios, ya que, de hacerlo los de terceros Estados podría verse frustrada

<sup>20</sup> Según este artículo “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento” [...].

<sup>21</sup> Según este artículo (y de similar tenor es el 16 del Convenio de Roma) “sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

<sup>22</sup> La “imperatividad” de las reglas relativas a la indemnización del agente no significa, empero, que las partes no puedan someterse a una ley extranjera, sino que no será aplicado por un juez español un precepto legal extranjero que no otorgue al agente los mismos derechos que se establecen en los artículos. 28º y 29º LCAG, o, más exactamente, que se establecen en las normas de la Directiva cuya transposición son los artículos 28º y 29º de la ley española. De facto, esto viene a significar que la ley extranjera aplicable será siempre eficaz en España, y aplicada por un juez español, cuando se trate de la ley de un estado miembro de la UE.

la aplicación imperativa de aquellas (y el mismo argumento sirve para el arbitraje)<sup>23</sup>. No obstante, esta construcción debe ser rechazada, porque no puede afirmarse la existencia de argumentos serios que justifiquen la apertura de este foro de necesidad (como sería la existencia de una laguna de jurisdicción que supusiera una denegación de tutela judicial)<sup>24</sup>.

Sentado lo anterior, el paso siguiente es determinar cuáles son las consecuencias de lo señalado sobre la posibilidad de resolver mediante arbitraje una controversia relativa a un contrato de agencia, cuando la situación se puede definir como internacional. Y la conclusión debería ser que si ninguna de las disposiciones de la LCAG mencionadas tiene consecuencias sobre la determinación de la competencia judicial internacional tampoco debería tenerla sobre la posibilidad de someter determinados litigios, al menos con elementos internacionales, a arbitraje.

### 3.2. Sobre la noción de disponibilidad

La tendencia tanto en España como en Derecho comparado es ampliar el número de cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje, si bien en ciertos sectores subsisten ciertas reticencias, lo cual se explica por el hecho

de que la inclusión de una determinada materia en el ámbito de la arbitrabilidad implica una cesión por parte del Estado de su competencia para conocer de determinadas controversias a favor de la justicia privada<sup>25</sup>.

Por otra parte, si, desde la perspectiva española, entendemos arbitrable lo que es disponible, y, en nuestro caso, internacionalmente disponible, debemos delimitar a que concepto de disponibilidad nos estamos refiriendo. Del ejemplo señalado en el artículo anterior resulta evidente que no es posible equiparar materia imperativa y materia disponible, sino que este segundo concepto presenta connotaciones y límites distintos. En el ejemplo señalado en el apartado anterior, si “libre disposición” se hace equivaler a materia no sujeta a ley imperativa, las controversias resultantes del contrato de agencia no serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje español, y, por tanto, tampoco al arbitraje internacional, ya que la ley española es imperativa (artículo 3.1 LCAG). Y no porque la relación de agencia sea un contrato eventualmente sujeto a normas imperativas (pues en todos los contratos ocurriría lo mismo, en mayor o menor medida), sino porque la agencia comercial es una “materia” sujeta a regulación típicamente imperativa.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión ver: RODRIGUEZ PINEAU, E. “Agentes comunitarios y autonomía de la voluntad: ¿es posible derogar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros?”. En: *www.reei.org*. Nº 15/2008.

<sup>24</sup> Con todo, si conoce de la controversia un tribunal extranjero y la sentencia tuviera que ser reconocida en un Estado miembro de la UE, podría denegarse dicho reconocimiento por causa de orden público (artículo 34.1 Reglamento 44/2001), si el litigio afecta a la indemnización a favor del agente y no se hubieran respetado las reglas de origen comunitario a que se ha hecho referencia.

<sup>25</sup> En este sentido: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”. En: *La nueva ley de arbitraje*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 79.

No obstante, si entendemos que la “disponibilidad” que hay que tomar en consideración no es esa, sino que es disponible aquella materia respecto de la que las partes, de situarnos en el ámbito de la competencia judicial internacional, gozarían de la posibilidad de someterla a los tribunales que considerasen oportunos, la conclusión es que sólo dejan de ser arbitrables en el ámbito internacional las materias objeto de competencia exclusiva (artículo 22º del Reglamento de Bruselas I y artículo 22.1 de la LOPJ) y aquellas otras materias en las que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (esencialmente las cuestiones ligadas al estatuto personal).

Como consecuencia de lo anterior se puede hacer un intento de delimitar el concepto de arbitrabilidad para estos supuestos internacionales en el sentido de que es indisponible aquello respecto de lo que las partes, de acuerdo con las reglas de Derecho internacional privado no pueden someter a acuerdos de elección de foro.

Si tenemos en cuenta el sistema de determinación de competencia de tribunales en la Unión Europea y en el Derecho autónomo español sólo hay un núcleo de cuestiones para las que se excluye totalmente la autonomía de la voluntad y es el integrado en las llamadas competencias exclusivas que, atribuyendo competencia para conocer de un asunto a los tribunales de un determinado Estado, excluyen por completo la posibilidad de que conozca de las mismas cualquier otro tribunal so pena de que, si lo hace, su sentencia no será reconocida.

Las materias a las que se refieren estas competencias exclusivas deben

ser objeto de interpretación restrictiva y, como es bien sabido, son únicamente los litigios que versan sobre derechos reales inmobiliarios; validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como validez de las decisiones de sus órganos; validez de inscripciones en Registros públicos, inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro y ejecución de resoluciones judiciales.

Es cierto que el fundamento de la mayor parte de estas competencias exclusivas es hoy día discutible y que incluso puede defenderse que los límites al conocimiento de tribunales extranjeros no pueden asimilarse a los que se pueden imponer a los procedimientos arbitrales extranjeros ninguno de los dos argumentos parece tener más fuerza que el aquí expuesto.

A este límite de las competencias exclusivas habría que añadir, como se ha indicado, el de los casos en los que, conforme al ordenamiento español, es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, lo cual incluye la mayor parte de los litigios en materia de Derecho de familia: divorcios, filiación, sea natural o adoptiva, las cuestiones de capacidad y protección de incapaces etc. No se excluyen, sin embargo, los litigios en materia de sucesiones.

No obstante, predicar esta solución de manera absoluta puede resultar tal vez excesivamente restrictivo, ya que si bien hay materias de las comprendidas en las competencias exclusivas respecto de las cuáles las razones que justifican su imposibilidad de someterse a juicio de árbitros pueden resultar más evidentes (tal es el caso de las controversias en relación

con la validez o el registro de una patente) hay otras en que puede ser menor, como sería el caso de la validez de las decisiones de los órganos de una sociedad, por ejemplo, en relación con las que una parte de la doctrina, al menos, propugna la posibilidad de que sean sometidas a arbitraje, con el límite de que éste debe celebrarse, necesariamente, en el Estado cuyos tribunales serían competentes en virtud de la regla de competencia exclusiva<sup>26</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

En el ordenamiento español si bien en la definición del concepto de

arbitrabilidad, como equivalente a materia de libre disposición por las partes, resulta claro para los arbitrajes internos, su delimitación en los arbitrajes que el artículo 3º de la Ley de Arbitraje define como internacionales o en el reconocimiento de los extranjeros, no puede tener los mismos contornos, sino que éstos se diluyen para hacerse más permeables. La internacionalidad de las situaciones obliga a matizar el carácter disponible de ciertas normas, lo que incide en la definición de “materia arbitrable”, que pasa a ser un concepto más amplio en los supuestos internacionales.

---

<sup>26</sup> VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. *Op. cit.*; Sobre esta cuestión ver asimismo: FERNANDEZ ROZAS, J.C. “Ámbito de actuación...”. *Op. cit.*; pp. 81 y ss; y, MANTILLA SERRANO, F. *Op. cit.*; pp. 44 y ss.





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

M<sup>a</sup> VICTORIA SÁNCHEZ POS (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción: Arbitraje y Convenio Arbitral.* 2. *El arbitraje societario y la cláusula arbitral estatutaria.* 2.1. *La cláusula arbitral no incluida en los estatutos o no inscrita.* 2.2. *La cláusula arbitral estatutaria originaria.* 2.3. *La cláusula arbitral inserta en virtud de modificación estatutaria.* 3. *Breve referencia a la eficacia subjetiva del laudo arbitral.*

## 1. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE Y CONVENIO ARBITRAL

En los últimos tiempos, el arbitraje ha venido consolidándose como un método eficaz de resolución heterocompositiva y extrajurisdiccional de conflictos en materias de libre disposición para las partes; en mayor medida, en el ámbito del comercio internacional y en el entorno

de la contratación con consumidores y usuarios<sup>1</sup>. Como es sabido, el arbitraje constituye una institución diferente y alternativa a la jurisdicción que cuenta con un rasgo esencial y característico: la voluntariedad. Ciertamente, para que pueda existir el arbitraje, las partes han de expresar su consentimiento en el convenio arbitral (artículo 9º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –en adelante LA–),

(\*) Doctora en Derecho Procesal. Universidad de Navarra (España).

<sup>1</sup> Buena prueba de ello son las regulaciones que España ha asumido; principalmente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que, como su Exposición de Motivos indica, prolonga la vocación de su predecesora de favorecer la difusión y práctica del comercio internacional y promover la unidad de criterios en su aplicación, de ahí que la norma tenga como principal criterio inspirador la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (posteriormente enmendada en diciembre de 2006). Por su parte, la relevancia que las cláusulas arbitrales guardan en el entorno de la contratación con consumidores se hace patente si se atiende a la sucesiva producción de normas con la finalidad principal de salvaguardar la seguridad de las partes –especialmente la del consumidor–. Así, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, aprobada para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004 (en el asunto C-70/2003, que declaró el incumplimiento de España de la Directiva 93/13/CEE, por errónea adaptación de los artículos 5º y 6º en materia de interpretación favorable a los consumidores); el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, más recientemente, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

produciendo éste, cuando es válidamente otorgado, dos efectos típicos recogidos en el artículo 11º LA: el efecto positivo, en virtud del cual el convenio, como contrato que es, obliga a las partes a cumplir lo estipulado y, en consecuencia, a someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir; y el efecto negativo, que supone la imposibilidad de que los Tribunales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje (siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria, sin efectos suspensivos del arbitraje).

El convenio arbitral es un verdadero contrato<sup>2</sup> al que, en consecuencia y como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, le son aplicables las normas generales sobre los mismos en todo lo no específicamente previsto por aquélla. Como contrato que es, si bien sus efectos se despliegan sobre la esfera del Derecho procesal<sup>3</sup>, el convenio arbitral únicamente puede ser eficaz respecto de las partes que lo hayan otorgado y no respecto de terceros, a salvo los herederos

de las primeras (artículo 1257º del Código Civil)<sup>4</sup>. Es lo que se conoce como principio de relatividad de los contratos, según el cual y siguiendo a Díez-Picazo<sup>5</sup>, si el contrato se considera una manifestación de la voluntad privada, no puede producir sus efectos más que en relación con las personas que han realizado dicha manifestación.

No obstante, en ocasiones, la realidad del tráfico jurídico evidencia la existencia de situaciones más complejas en las que sujetos en principio ajenos a la relación contractual entran a formar parte de la misma, bien por transmisión del crédito, bien por asunción de la deuda o por cualquier otra novación modificativa subjetiva. Surge entonces la cuestión relativa a la extensión de la eficacia del convenio arbitral otorgado entre los contratantes originarios a dichos terceros cuando los mismos no lo han ratificado, habida cuenta de que la Ley de Arbitraje exige, en el artículo 9, que el convenio arbitral exprese “la voluntad

<sup>2</sup> Cfr. GUASP, J. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch, 1956, pp. 116 y 117.

<sup>3</sup> Cfr. PRIETO-CASTRO, L. “Una nueva regulación del Arbitraje”, *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Edersa, 1964, p. 459; PANTALEÓN PRIETO, F. “Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, 1989-I, p. 131; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990, p. 408; BARONA VILAR, S. “Comentario al artículo 41º”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, (coord. BARONA VILAR, S.). Pamplona: Thomson-Civitas, 2004, p. 1371; y MERINO MERCHÁN, J. F./CHILLÓN MEDINA, J. M. *Tratado de Derecho arbitral*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2006, p. 250.

<sup>4</sup> Sobre la vinculación de los herederos al convenio arbitral celebrado por sus causahabientes, vid. AAP Córdoba, de 13 de mayo de 2002 [JUR 2002,188085] había declarado: “El heredero sólo quedará obligado cuando falte el contratante causante a quien heredó. Sin embargo, como autorizada doctrina recoge, no quedarán obligados los herederos si se trata de prestaciones personalísimas, es decir, convenidas en atención a las cualidades o habilidades propias del contratante(...) nada de ello sucede en el convenio arbitral respecto a los causahabientes de las partes contratantes que se verán vinculadas por el suscrito por éstas, ya que la designación del árbitro en el convenio arbitral se funda en sus cualidades personales y profesionales, sin que quepa que unilateralmente pueda perderse la confianza en él por puro subjetivismo, ya que ello supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte el cumplimiento de los contratos, lo que veda el artículo 1256 CC”.

<sup>5</sup> Díez-Picazo, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 419.

de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (...).” Como señala VERDERA SERVER<sup>6</sup>, el problema se plantea a la hora de determinar si el cambio subjetivo con relación al contrato principal implica *per se* un cambio subjetivo en el convenio arbitral; o si el tercero debe manifestar una voluntad adicional de sometimiento a arbitraje.

## 2. EL ARBITRAJE SOCIETARIO Y LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA

Esta problemática no es exclusiva de las relaciones contractuales entre personas físicas, sino que también se extiende, entre otros ámbitos, al de las cláusulas arbitrales incluidas en los estatutos de las sociedades mercantiles.

Puede decirse que, en la actualidad, es unánimemente reconocida la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en los estatutos de las sociedades con el fin de resolver las diferencias entre los socios, los administradores y la propia sociedad. A mayor abundamiento y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 [RJ 1998,2984], la inclusión de la sumisión a arbitraje en los Estatutos

de la sociedad tiene una antigua raigambre y una contante y extendidísima práctica, con fórmulas muy semejantes entre sí, que llegan a ser verdaderas cláusulas de estilo. Precisamente este pronunciamiento, junto con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118], tuvieron una importancia decisiva, al amparar manifestaciones significativamente favorables al arbitraje societario hoy asumidas por la doctrina más característica, la legislación y la jurisprudencia.

Admitido con carácter general el recurso al arbitraje para resolver los conflictos surgidos en el seno de la sociedad, cuestión diferente ha sido concretar las materias arbitrables atendiendo, tal y como indica la Ley de Arbitraje, a la libre disposición conforme a Derecho de las mismas (artículo 2.1)<sup>7</sup>. Especial referencia ha de hacerse, en este punto, a la impugnación de los acuerdos sociales; considerada mayoritariamente materia inarbitrable por ser su conocimiento competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios (artículo 70.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y por el carácter imperativo de su normativa<sup>8</sup>, las resoluciones anteriormente citadas, en mayor medida la STS de 18 de abril de 1998

<sup>6</sup> VERDERA SERVER, R. “Comentario al artículo 9º”. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (COORD. BARONA VILAR, S.). Pamplona: Thomson-Civitas, 2004, pp. 324 y 325.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, vid., por todos, PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario*. Pamplona: Aranzadi, 2005.

<sup>8</sup> Salvo algunos autores que, en mayor o menor medida, admitieron su arbitrabilidad. Entre ellos, cfr. VICENT CHULIÀ, F. *El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales*, Revista General de Derecho, 1998, Nº 646-647, pp. 9355-9372; CAMPO VILLEGAS, E. *El arbitraje en las Sociedades Mercantiles*, Revista Jurídica de Cataluña, 1998, Nº 2, pp. 9-45; y MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>a</sup>. “Problemas de Arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 1978, pp. 448-461.

[RJ 1998,2984], admitieron, tomando en consideración algunas reformas legislativas previas, el arbitraje como cauce procesal válido para resolver tanto la impugnación de los acuerdos sociales como de nulidad de la Junta de accionistas<sup>9</sup>, sumándose a esta corriente favorable al arbitraje la práctica mayoría de los autores.

Como decíamos, también en el ámbito del arbitraje societario se ha planteado la cuestión relativa a la extensión de la eficacia subjetiva de la cláusula arbitral. En especial, la vinculación de los nuevos y futuros socios a la cláusula arbitral estatutaria originaria y la eficacia de la cláusula arbitral incluida en los estatutos a través de su modificación a aquellos socios que no la hayan consentido expresamente.

## 2.1. La cláusula arbitral no incluida en los estatutos o no inscrita

Fuera de estos supuestos, la cláusula arbitral no incluida en los estatutos

—cláusula extraestatutaria— únicamente puede vincular a los contratantes y a sus herederos. Así lo manifiesta de forma expresa la RDGRN de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118] y así se desprende también de la Ley de Sociedades Anónimas —en lo que sigue, LSA— y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada —en adelante, LSRL—, cuyos artículos 7.1 *in fine* y 11.2, respectivamente, disponen que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad<sup>10</sup>.

La cláusula arbitral no incluida en los estatutos, en consecuencia, es eficaz únicamente respecto de aquellos socios que la otorgaron —también respecto de sus causahabientes<sup>11</sup>, de ahí que la doctrina haya puesto de manifiesto la poca idoneidad de la misma para resolver las controversias que hayan de afectar tanto al resto de socios como a la Sociedad<sup>12</sup>. Como en este sentido manifiesta GALLEGO SÁNCHEZ<sup>13</sup>, los árbitros carecerían de competencia para decidir sobre la cuestión

<sup>9</sup> “(...) no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales. La impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de “ius cogens” pero el convenio arbitral no alcanza a la 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 mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a la jurisdiccional nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”. Doctrina seguida, entre otras y en aplicación de la Ley de Arbitraje de 2003, por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 27 de abril de 2005 [AC 2005,1248].

<sup>10</sup> En el mismo sentido, cfr. MARTÍN PASTOR, J. “Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales”, *Revista del Poder Judicial*, 2000, núm. 59, p. 270.

<sup>11</sup> No, sin embargo, según OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. *El arbitraje societario en los tiempos de la globalización*, *Revista Jurídica del Notariado*, 2005, Nº 56, p. 130, respecto de los posteriores adquirentes de acciones o participaciones de quienes han suscrito el pacto.

<sup>12</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D. “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas”. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1998, núm. 11, p. 196.

<sup>13</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”. *Revista de Derecho de Sociedades*, 2009, Nº 32, pp. 62-63.

por inexistencia de convenio arbitral. Por ende, si el laudo fuera dictado, éste podría ser anulado conforme al artículo 41.1º a) de la LA.

Ahora bien, puede ocurrir todavía que, incluida la cláusula arbitral en los estatutos sociales, no haya sido la escritura de constitución de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Como es sabido, en el caso de las sociedades anónimas, no verificándose la voluntad de los socios de inscribir la sociedad o, en todo caso, en el plazo de un año desde su otorgamiento, la sociedad en formación se convierte en irregular, otorgándose a aquéllos la facultad de instar su disolución y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones (artículo 16.1 de la LSA). De no producirse la liquidación e iniciando o continuando la sociedad sus operaciones mercantiles, la misma queda sometida a las reglas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil (artículo 16.2 de la LSA), siendo una de las consecuencias más esenciales de la sociedad irregular la inoponibilidad a los terceros de buena fe de los pactos contrarios a las normas del Derecho positivo (cfr. artículo 21º Ccom). Este régimen de inoponibilidad de los pactos sociales se justifica, como es sabido, por la ausencia de la publicidad registral de los mismos, de ahí que no sea predicable, sin embargo, de las relaciones internas, cuyo régimen puede ser libremente determinado por las partes. Como ha señalado la doctrina, los pactos

entre los socios son plenamente válidos y aplicables<sup>14</sup>, por lo que puede afirmarse que la cláusula arbitral no inscrita vincula a los socios que la otorgaron y a la sociedad<sup>15</sup>. A mayor abundamiento, como señala GALLEGO SÁNCHEZ<sup>16</sup>, el pacto vincula, también, a los socios futuros en aplicación de la doctrina de la publicidad material negativa del Registro (artículo 21.4 Ccom) por cuanto, o no pueden ser los socios sucesivos considerados terceros, o podría probarse que conocían el acto sujeto a inscripción y no inscrito.

## 2.2. La cláusula arbitral estatutaria originaria

Como es sabido, los socios fundadores pueden, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, incluir en los estatutos que regirán el funcionamiento de la sociedad todos aquellos pactos y condiciones que juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad (arts. 10º de la LSA, 12.3 de la LSRL y 125 del Código de Comercio para las compañías colectivas y en comandita). Dentro de los mismos han de entenderse incluidos, como hemos venido señalando, los pactos arbitrales. Así lo manifestó la RDGRN de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118]: “(...) los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son

<sup>14</sup> Cfr., por todos, VALPUESTA GASTAMINZA, E. *La sociedad irregular*. Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 165-167.

<sup>15</sup> En el mismo sentido, OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. “El arbitraje (...)”. *Op. cit.*; p. 122.

<sup>16</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Sobre el arbitraje estatutario (...)”. *Op. cit.*; p. 64.

los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución (...) Ese negocio constitutivo puede contener un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias derivadas de los pactos de carácter estrictamente contractual, al que tan sólo quedarán sujetos los propios contratantes y frente al que el futuro socio sería ajeno. Pero puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más (...).

Ahora bien, resultando evidente que la cláusula incluida en los estatutos de la sociedad despliega sus efectos obligacionales entre los socios fundadores otorgantes de la escritura de constitución, hay que afirmar que aquella vincula, así mismo, a los nuevos adquirentes de acciones o participaciones, esto es, a los socios futuros. Sin olvidar la necesaria constancia de la voluntad de dichos socios de someterse al arbitraje que, sin embargo, no ha de ser ya “expresa” conforme a la Ley de Arbitraje de 2003, (artículo 9.1º),

tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime al defender que, inscritos los estatutos en el Registro Mercantil, el convenio arbitral vincula a los socios futuros. Y ello porque estos nuevos socios suceden a los fundadores en todas sus relaciones sociales, y por ende también en el pacto arbitral; al adquirir la acción o participación, el socio manifiesta su consentimiento de adhesión a todas y cada una de las cláusulas que integran los Estatutos. A mayor abundamiento, inscritos éstos en el Registro, la cláusula arbitral queda amparada por la eficacia positiva de la publicidad registral<sup>17</sup>.

En este sentido, la RDGRN de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118] había manifestado: “(...) el convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria (...)”<sup>18</sup>.

En la misma dirección y en aplicación de la Ley de Arbitraje de 2003, el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Cádiz de 1 de febrero de 2004 [AC 2005,163]

<sup>17</sup> Cfr., por todos, MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>ª</sup>. *Algunos problemas (...)*. Op. cit.; pp. 418 a 420; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, p. 2044; CAMPO VILLEGAS, E. “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica de Catalunya*, año 97, N° 2, 1998, pp. 323-325; POLO. “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”. Butletí N° 4. Tribunal Arbitral de Barcelona; CARAZO LIÉBANA, M. J. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 222; y PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad (...)*. Op. cit.; p. 203, para quien la fuerza vinculativa de la cláusula estatutaria no deriva de la publicidad, sino del consentimiento prestado. En contra se manifestó, sin embargo, GASPARELERA, S. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 148, para quien resultaba forzado considerar que en virtud de la aceptación general del status de socio, también se consienta inequívocamente el arbitraje.

<sup>18</sup> Seguida por las SSTs de 28 de abril de 1998 [RJ 1998,2984]; de 30 de noviembre de 2001 [RJ 2001,9855] y de 15 de septiembre de 2004 [RJ 2004,5476]. En el mismo sentido, cfr. AAP Barcelona de 26 de febrero de 2008 [JUR 2009,84469].

se opone en los siguientes términos a la alegada inexistencia del convenio arbitral inserto en los estatutos: “La adquisición de la condición de accionista o socio de una sociedad, mediante la adquisición de acciones o participaciones de la misma, supone la suscripción por el adquirente de los Estatutos que regulan el funcionamiento de la sociedad, y que vinculan a los nuevos socios mientras no se produzca la modificación de los mismos (...) Por todo lo expuesto, no obsta a la existencia de convenio arbitral el hecho de que el mismo conste como cláusula incorporada en los estatutos de una sociedad, ya que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje aunque no hayan participado en la redacción de los mismos, deriva de la propia adquisición de la condición de socio, con subrogación en la posición del anterior, quedando vinculadas, como se ha dicho, por el contenido de los estatutos sociales, lo que no significa que no se respete la autonomía de la voluntad de las mismas, que podrán modificar posteriormente los Estatutos Sociales, ya que, precisamente, la disponibilidad del contenido estatutario

para la propia sociedad, se entiende como una consecuencia de la autonomía de la persona jurídica que se ejerce, tanto en el momento fundacional, configurando su estructura y funcionamiento inicialmente, como con ocasión de modificaciones posteriores”<sup>19</sup>.

En última instancia, cabe reseñar que la cláusula arbitral inserta en los estatutos e inscrita en el Registro Mercantil no sólo vincula a los socios fundadores, a sus herederos<sup>20</sup> y a los socios futuros, sino también a los Administradores y a la propia Sociedad. En cuanto a los primeros y según la propia RDGRN de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118], aun no ostentando la condición de socios, no por ello son los Administradores terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica de la sociedad (...). Como manifiesta CAMPO VILLEGAS<sup>21</sup>, cuando el administrador acepta el cargo acata todo el estatuto social como consecuencia indeclinable. Sus actos concluyentes determinan la aceptación tácita del pacto arbitral al igual que del resto del estatuto”.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, cfr. AAP Barcelona de 26 de febrero de 2008 [JUR 2009,84469].

<sup>20</sup> Si bien para MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>a</sup>. “Algunos problemas (...)”. *Op. cit.*; pp. 417, la cláusula compromisoria sólo vincula a los herederos del socio en tanto hayan asumido la condición de socios. En contra, CAMPO VILLEGAS, E. “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, *La Notaría*, 2007, N<sup>o</sup> 47 y 48, pp. 37 y 38, para quien la cláusula estatutaria arbitral se impone a los herederos del socio, no en función de que aquéllos sean o no socios, sino por razón de que continúen ostentando un interés jurídico legítimo societario aun cuando no adquieran la cualidad de socios.

<sup>21</sup> CAMPO VILLEGAS, E. “Temas (...)”. *Op. cit.*; p. 36. En la misma dirección, cfr. MARTÍN PASTOR, J. “Arbitraje (...)”. *Op. cit.*; p. 265; CAMPO VILLEGAS, E. “El arbitraje (...)”. *Op. cit.*; p. 322; PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad (...)*. *Op. cit.*; pp. 215 y 216; CARAZO LIÉBANA, M. J. *El arbitraje...* *Op. cit.*; p. 237; PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D. “El arbitraje (...)”. *Op. cit.*; p. 194; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “Publicidad (...)”. *Op. cit.*; p. 2044. En contra, cfr. MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>a</sup>. “Algunos problemas (...)”. *Op. cit.*; p. 421, para quien la cláusula arbitral estatutaria no es eficaz respecto de los administradores no socios; y SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*, Pamplona: Thomson-Civitas, 2007, pp. 429 y 430, al sostener que en los supuestos en que el convenio arbitral no contenga referencia a los administradores, éstos no se encuentran vinculados por ellos.

La cláusula arbitral es así mismo oponible a la sociedad aunque ésta no haya sido parte en su estipulación; como ya señalaba MUÑOZ PLANAS<sup>22</sup>, el sometimiento de la sociedad a la cláusula arbitral y, en general, al contenido de la escritura social y de los estatutos, se deriva del poder que tienen los socios al constituir la sociedad de regular la vida de la misma, en el que ha de considerarse incluida la potestad de prever la resolución por arbitraje de las controversias que puedan surgir, en razón del contrato social, durante el desenvolvimiento de la vida corporativa<sup>23</sup>.

### 2.3. La cláusula arbitral inserta en virtud de modificación estatutaria

Más controvertido resulta, como adelantábamos, concretar la extensión de la eficacia subjetiva de la cláusula arbitral cuando ésta se incluye en los estatutos sociales a través de la modificación de los mismos –bien para incluir *ex novo* el pacto arbitral, bien para ampliar las controversias sometidas a los árbitros–. Siendo la Junta General de Accionistas el órgano competente para acordar dicha

modificación (artículos 144º de la LSA y 71º de la LSRL), la cuestión se centra esencialmente en dilucidar si para que aquella cláusula extienda sus efectos a todos los socios es necesario que el acuerdo sea aprobado por unanimidad o basta la regla de la mayoría, debiendo tomarse en consideración que, conforme al artículo 93º de la LSA, los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, deciden por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta, quedando sometidos a las decisiones de la misma todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión.

En torno a esta cuestión, la doctrina ha adoptado posiciones encontradas. Por un lado, el criterio de quienes han defendido que la introducción de una cláusula en los estatutos priva a los socios de una tutela jurisdiccional de sus derechos e implica nuevas obligaciones, de ahí que su otorgamiento escape del poder decisorio de la mayoría y no pueda ser eficaz si no cuenta con la unanimidad de los socios (cfr. artículo 145.1 de la LSA)<sup>24</sup>. Frente a ellos, la posición que hasta el momento se iba consolidando y que da prevalencia a la regla de la mayoría, principio informador

<sup>22</sup> MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>ª</sup>. “Algunos problemas (...)”. *Op. cit.*; pp. 414 y 415.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, cfr. CAMPO VILLEGAS, E. “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica de Catalunya*, año 97, N<sup>º</sup> 2, 1998, p. 320; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad (...)”. *Op. cit.*; p. 75; PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad...*. *Op. cit.*; p. 209; y CARAZO LIÉBANA, M. J. *El arbitraje...* *Op. cit.*; p. 220.

<sup>24</sup> Cfr. MARTÍN PASTOR, J. “Arbitraje (...)”. *Op. cit.*; pp. 267-270; MUÑOZ-PLANAS, J. M<sup>ª</sup>. “Algunos (...)”. *Op. cit.*; pp. 431 a 433; y GÓMEZ PORRÚA, J. M. “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, *Estudios Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, t. II, Madrid 2002, pp. 1959 y 1960. En esta dirección, la enmienda de adición de una DF 1<sup>ª</sup> bis, con el fin de modificar la LSA propuesta por el Grupo Socialista durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Arbitraje de 2003 recogía: “La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios”.



de la actuación de la sociedad mercantil, al entender que el convenio arbitral no implica renuncia a la tutela judicial efectiva y que su introducción constituye una mera modificación estatutaria<sup>25</sup>.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 [RJ 2007,4960] ha venido a amparar la primera de las posiciones señaladas, al defender la imposibilidad de aplicar la cláusula arbitral resultante de la modificación de los estatutos a aquellos socios que no la hayan votado –en el supuesto de hecho, dos de los socios había sido excluidos de la votación y otro había votado en contra–. El Tribunal Supremo, sin apartarse de la doctrina jurisprudencial sentada por las citadas RDGRN de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998,1118] y STS de 18 de abril de 1998 [RJ 1998,2984] sobre la validez de las cláusulas arbitrales estatutarias y su obligatoriedad para todos los socios, y siguiendo la última doctrina constitucional sobre el arbitraje societario de la STC 9/2005, de 17 de enero [RTC 2005,9]<sup>26</sup>, concluye: “(...) la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación

de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados (...) En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes(...), por lo que a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales”.

Dos son las cuestiones esenciales que interesa resaltar de esta resolución judicial. En primer lugar, la concepción desfavorable hacia el arbitraje que puede intuirse del texto de la sentencia. Ciertamente extraña que el Tribunal Supremo se refiera al arbitraje como forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional ha venido considerándolo como un “equivalente jurisdiccional” mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que

<sup>25</sup> Cfr. CAMPO VILLEGAS, E. “Temas (...)”. *Op. cit.*; pp. 40-43; PERALES VISCASILLAS, P. *Arbitrabilidad y convenio arbitral (...)*. *Op. cit.*; pp. 223 y 224; CARAZO LIÉBANA, M. J. *El arbitraje (...)*. *Op. cit.*; p. 65; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “XVI Tópicos anti-arbitrales (...)”. *Op. cit.*; p. 247; PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D. “El arbitraje (...)”. *Op. cit.*; pp. 196 y 197.

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional había manifestado: “El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE); y aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24º CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje”.

con la jurisdicción civil<sup>27</sup>, sin que quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos<sup>28</sup>. En esta dirección, la propia Exposición de Motivos de la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje disponía que el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, de ahí que se regulase el recurso de anulación del laudo, con el fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley. Efectivamente, hay que defender, en contra del criterio del Tribunal Supremo, que el arbitraje no supone renuncia o menoscabo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino, al contrario, una forma diferente de alcanzar la misma cuyo procedimiento y resolución quedan sometidos al control jurisdiccional a través, esencialmente, de la acción de anulación<sup>29</sup>.

En segundo lugar, cabe subrayar que los pronunciamientos del Tribunal están basados en la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuyo artículo 5º supeditaba la validez del convenio arbitral a la constancia de la voluntad “inequívoca” de las partes. Ciertamente, hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje de 2003 se había exigido la certificación precisa y determinante de la voluntad de las partes<sup>30</sup>, rechazándose, con carácter general, la posibilidad de admitir el consentimiento tácito de la sumisión<sup>31</sup>. La Ley de Arbitraje de 2003, sin embargo, prescinde de tal exigencia a la vez que, con el fin de “reforzar el criterio antiformalista”<sup>32</sup>, introduce las nuevas tecnologías como válidos soportes del convenio (9.3) y prevé figuras como el convenio arbitral “tácito” (artículo 9.5) y la cláusula arbitral por referencia (9.4). Tomar en consideración estos criterios inspiradores de la Ley de Arbitraje de 2003

<sup>27</sup> Cfr., por todas, STC 326/1993, de 26 de octubre [RTC 1993,326].

<sup>28</sup> Cfr., por todas, STC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996,176].

<sup>29</sup> Cfr., por todos, MERINO MERCHÁN, J. F. “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”. *Curso de Derecho Arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 21-50.

<sup>30</sup> Cfr., por todas, STS de 18 de marzo de 2007 [RJ 2002,2847] para la que, lo realmente decisivo a efectos de la vinculación para las partes de la estipulación que se discute es que el convenio arbitral se formalice por escrito (artículo 6º de la Ley) y que contenga el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes, de someterse a arbitraje.

<sup>31</sup> Cfr. REGLERO CAMPOS, F. *El Arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988*, Motecorvo, Madrid 1991, p. 83; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional*, Aranzadi, Pamplona 1995, p. 62; y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje. Acotaciones sobre la configuración del contrato”, *La Ley*, 1990-II, p. 1037. En contra, cfr. STAMPA CASAS, G., “Motivos y propuestas (...)”. *Op. cit.*; p. 1467, para quien la exigencia a las partes litigantes de una voluntad inequívoca de someterse al arbitraje resulta superflua: “el arbitraje es un negocio jurídico como otro cualquiera y, como tal, debe ser resuelto de conformidad con las normas del consentimiento contenidas en la teoría general de los contratos, vigente en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, no existe justificación técnica alguna para someter el arbitraje a expresiones reforzadas de voluntad; un proceder que, además, resulta contrario al criterio flexible del artículo II del Convenio de Nueva York”.

<sup>32</sup> Exposición de Motivos.

podría quizá llevar a adoptar una postura menos rígida en cuanto al régimen de constancia de la voluntad de los socios<sup>33</sup>.

### 3. BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA SUBJETIVA DEL LAUDO ARBITRAL

Cuestión diferente, si bien íntimamente ligada a la estudiada eficacia de las cláusulas arbitrales en el ámbito societario, es la relativa a la eficacia subjetiva del laudo arbitral dictado tras la tramitación del procedimiento arbitral. En particular, la problemática se centra en determinar si los efectos del laudo arbitral dictado con base en una cláusula arbitral estatutaria pueden extenderse a aquellos socios y terceros que no hayan litigado, debate que se presenta, en mayor medida, en materia de impugnación de acuerdos sociales.

La sentencia judicial que resuelve sobre la impugnación de los acuerdos societarios tiene eficacia absoluta –*erga omnes*–, frente a todos los socios aunque no hayan litigado. Así lo establece el artículo 222.3 *in fine* de la LEC, que derogó

el artículo 122º de la LSA y, por tanto, la referencia a los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Por el contrario, la eficacia del laudo arbitral es relativa, pues, como es sabido, únicamente puede extender sus efectos a quienes suscribieron el pacto arbitral y fueron parte del procedimiento. De lo expuesto se deducen dos primeras conclusiones: en primer lugar, que el laudo arbitral dictado sobre la base de una cláusula arbitral extraestatutaria –no incluida en los estatutos– sólo afectará a aquellos que la hubiesen otorgado, de ahí que en un momento anterior destacáramos la inaptitud de la misma para resolver las controversias que hayan de afectar al resto de socios, por ejemplo, la impugnación de los acuerdos sociales<sup>34</sup>. En segundo lugar, puede afirmarse que el laudo arbitral dictado sobre la base de una cláusula arbitral estatutaria afecta a todos los socios, aunque no hayan intervenido en el procedimiento arbitral, pues según lo que se ha venido defendiendo a lo largo del presente trabajo<sup>35</sup>, se entiende que la misma está unánimemente aceptada<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vid. comentarios de la resolución por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> T. “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N<sup>o</sup> 30, 2008, pp. 437 a 466; y GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Sobre el arbitraje estatutario (...)”. *Op. cit.*; pp. 58 a 61.

<sup>34</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D., “El arbitraje (...)”. *Op. cit.*; p. 196.

<sup>35</sup> Cfr. GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Sobre el arbitraje estatutario (...)”. *Op. cit.*; pp. 56-58.

<sup>36</sup> Cfr., en este sentido, la SAP Ponetvedra, de 13 de junio de 1994, cit. por MARTÍN PASTOR, J. “Arbitraje (...)”. *Op. cit.*; pp. 285 -286: “(...) no puede aducirse para oponerse a la posibilidad de someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales, el que las sentencias resolutorias del proceso de impugnación tienen una eficacia absoluta, frente a todos los socios, mientras que el laudo arbitral sólo la tiene relativa, frente a quienes fueron parte en el mismo, puesto que en el presente litigio, los socios que ejercitaron la acción de impugnación, fueron socios fundadores de la sociedad y establecieron y aceptaron la cláusula de sumisión, y el acuerdo impugnado fue adoptado por los otros dos únicos socios, también fundadores, es decir, que la cláusula arbitral ha de resultar vinculante para todos los socios, no sólo por estar incorporada a los Estatutos, sino a mayor abundamiento, por haber sido establecida y aceptada por todos los socios a los que puede llegar a afectar la impugnación.

La cuestión es problemática, en mayor medida, cuando existan terceros con interés legítimo acreditado que no hayan otorgado la cláusula arbitral. En estos supuestos, parte de la doctrina ha entendido que la impugnación de los acuerdos sociales no podría ser objeto de arbitraje, al no poder ser éste impuesto a quien no se ha adherido a la cláusula

arbitral<sup>37</sup>. Otra posibilidad es aplicar el mecanismo procesal de la intervención procesal en el procedimiento arbitral<sup>38</sup>. En todo caso, como señala GALLEGO SÁNCHEZ<sup>39</sup>, firme el laudo no puede impedirse al tercero que inicie un procedimiento judicial para impugnar el mismo acuerdo, pues no existe eficacia negativa de cosa juzgada respecto de dichos terceros<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. MARTÍN PASTOR, J. "Arbitraje (...)". *Op. cit.*; pp. 287-288.

<sup>38</sup> Según PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D. "El arbitraje (...)". *Op. cit.*; p. 201, si el arbitro estima que existe intereses de terceros o socios que se verán afectados por el proceso arbitral, puede comunicarles su existencia al objeto de que, si así lo desean, intervengan en dicho proceso. De igual modo, cuando éstos adquieran conocimiento de la existencia del arbitraje podrán provocar su intervención (...) siempre que tengan interés sobre lo discutido y manifiesten su voluntad de sometimiento al mismo".

<sup>39</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E. "Sobre el arbitraje estatutario (...)". *Op. cit.*; pp. 57-58.

<sup>40</sup> Continúa la autora señalando que tampoco existe el efecto positivo o prejudicial puesto que no se evidencian en estos supuestos conexiones subjetivas ni los litigantes serán los mismos en uno y otro proceso (artículo 222.4º de la LEC).

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

GONZALO STAMPA (\*)

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. La definición del acuerdo arbitral. 2.1. La delimitación de su verdadero alcance. 2.2. La Cláusula Patológica. 2.2.1. La validez formal del acuerdo arbitral. 2.2.2. La eficacia jurídica del acuerdo arbitral. 2.3. El acuerdo arbitral por referencia. 3. Sugerencias recientes para la utilización de las reglas IBA. 4. La determinación de la sede del arbitraje. 4.1. Planteamiento. 4.2. Auxilio Judicial. 4.3. Control Judicial.

## 1. PLANTEAMIENTO

El “(...) entendimiento con fondos logra eternidades (...)”<sup>1</sup>. Siguiendo esta prudente recomendación de GRACIÁN y con unos objetivos algo más humildes, nos proponemos comentar en este artículo algunas de las evoluciones prácticas detectadas en la configuración y el funcionamiento del acuerdo arbitral, tal y como consta actualmente regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en lo sucesivo, la Ley de Arbitraje). Un acercamiento en el que el contenido cualitativo del cuerpo de doctrina jurisprudencial desarrollado durante sus seis años de vigencia constituye material científico suficiente como para acometer esta tarea.

El desarrollo de nuestras reflexiones se estructurará en tres epígrafes principales. El primer epígrafe focalizará cuestiones para el funcionamiento del acuerdo arbitral tan relevantes como la delimitación de su alcance, la configuración del acuerdo arbitral por referencia y sus elementos potencialmente patológicos. El segundo epígrafe concentrará su contenido en el impacto de la modificación de las recomendaciones probatorias de la International Bar Association en el arbitraje. Por último, el tercer epígrafe analizará algunas cuestiones planteadas por la jurisprudencia en relación con la determinación de la sede del arbitraje en el acuerdo arbitral y su influencia en la determinación competencial de las funciones judiciales de auxilio y control del procedimiento arbitral.

(\*) Socio de G. STAMPA, Abogados. Madrid (España).

<sup>1</sup> GRACIÁN, B. *El arte de la prudencia*. Madrid. Temas de Hoy. 1993, p. 34.

## 2. LA DEFINICIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

### 2.1. La delimitación de su verdadero alcance

El 13 de julio de 2009 la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid dictaba una Sentencia resolviendo una acción de anulación de un laudo parcial sobre jurisdicción, dictado en fecha 18 de julio de 2008 por un Colegio Arbitral constituido al amparo del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (en lo sucesivo, la Sentencia).

El arbitraje derivaba de los problemas acaecidos durante la ejecución y la resolución anticipada de un contrato de construcción de un área de servicio, sita en la localidad onubense de Ayamonte (en lo sucesivo, el Contrato). Disputa que –entre otros foros judiciales– fue sometida por las partes contendientes al referido arbitraje institucional. REALESSER, S.L. fue la entidad demandante. ERG PETRÓLEOS S.A. –la mercantil demandada– planteó una cuestión de jurisdicción, desestimada mediante el laudo parcial, cuya impugnación por ERG PETRÓLEOS S.A. resolvería la Sentencia.

Entre otras cuestiones, el razonamiento de la Sentencia analizó la redacción del acuerdo arbitral afectado. Su texto disponía expresamente que “(...) en caso de controversia, diferencia respecto de la interpretación de cualquiera de los artículos de este Contrato, las Partes procurarán resolverlo inmediatamente, tratando de llegar a una solución amistosa, en el plazo de quince días, transcurridos los cuales someterán la cuestión a un

arbitraje de equidad(...)”. Redacción limitativa, en cuya interpretación literal se basó el fallo estimatorio de la Sentencia. Sirviéndose de una brillante interpretación literal de sus términos, la Sentencia delimitó acertadamente la jurisdicción del Colegio Arbitral a un campo mucho más angosto del pretendido por los árbitros y por la parte promotora del arbitraje: el de la estricta interpretación de las cláusulas que instrumentaban el Contrato, conforme a la voluntad de las partes, plasmada en la cláusula arbitral.

Con su razonamiento, la Sentencia nos invita a recapacitar acerca de los riesgos derivados de la complejidad inmersa en la redacción de todo acuerdo arbitral. Sus palabras deben cuidarse en extremo, prevaleciendo la simplicidad en su estilo o, en la medida de lo posible, la utilización de cláusulas modelo que minimicen puntualmente –es decir, antes de que se plantee la controversia– los riesgos inherentes a una redacción insuficiente, en tanto que –como ocurre en el supuesto analizado en la Sentencia– cercenadora involuntaria del verdadero alcance del acuerdo arbitral deseado por las partes contratantes.

La experiencia práctica nos demuestra que la habitual ubicación de las cláusulas arbitrales en los contratos –entre sus últimas disposiciones– es el resultado de una curiosa mezcla entre recelo, hartazgo y desidia de sus negociadores. Recelo hacia la mención de la cláusula arbitral, derivado del cervical e infundado miedo de los intervinientes al fracaso comercial, como si de una suerte de invocación al desastre se tratara. Hartazgo de los negociadores, porque es una cuestión que

–siguiendo intuitivamente los principios de la ambigüedad constructiva– suele abordarse por las partes al final de intensas reuniones negociadoras; es decir, justo en el momento en el que el cansancio de los profesionales involucrados merma sus respectivos estados de ánimo. Desidia en sus responsables, centrando sus objetivos en la consecución de otros aspectos más crematísticos que los meramente jurídicos.

La conjunción de estos tres factores apuntados actúa en detrimento de la fiabilidad del acuerdo arbitral, en tanto implica que la redacción de estas cláusulas se deje ocasionalmente al albur de profesionales con un bagaje arbitral práctico manifiestamente mejorable. Falta de interés que, unida a la natural querencia a la exhibición de los redactores de tales cláusulas, genera que las mismas apenas recojan al voluntad verdadera de las partes –ya entonces inmersas en burbujas celebrantes del éxito– o, de recogerla, fallen sin embargo en la referencia arbitral. En el primer supuesto, nos encontramos ante cláusulas arbitrales válidas, pero sustancialmente inútiles, como la recogida en la Sentencia. En el segundo supuesto nos encontraremos ante las cláusulas que EISEMANN definiese acertadamente como patológicas –asimismo, ineficaces– que analizaremos a continuación.

## 2.2. La Cláusula Patológica

El acuerdo arbitral es el elemento básico, determinante tanto de la existencia del arbitraje en su conjunto, como del

inicio del procedimiento arbitral. Como tal, instrumenta el acuerdo de las partes inicialmente afectadas por su contenido, constituyendo simultáneamente el fundamento y el límite del arbitraje. El análisis de la eficacia del acuerdo arbitral conlleva, por tanto, (i) la verificación preliminar de su vigencia formal –para determinar su existencia– y (ii) la delimitación posterior del alcance de su eficacia jurídica entre las partes contendientes y ante el árbitro. Más, cuando su validez –y, por ende, la jurisdicción del árbitro único o del colegio arbitral– resulta contestada con fundamento por una de las partes litigantes<sup>2</sup>.

Pese a esta distinción, en las defensas que se articulan con tal motivo podemos detectar una confusión terminológica inicial entre la validez formal del acuerdo arbitral y su eficacia jurídica. De hecho, en el desarrollo de tales argumentaciones se entremezclan las alegaciones sobre los requisitos formales para determinar la validez formal del acuerdo arbitral, con la identificación de los criterios sustantivos exigidos para desplegar su plena eficacia frente a las partes y frente a la institución arbitral. No obstante esta confusión argumental, ambas facetas son complementarias.

### 2.2.1. La validez formal del acuerdo arbitral

Todo acuerdo arbitral formalizado por escrito plasma una libre decisión de las partes: su voluntad inequívoca de someter sus discrepancias nacidas de la ejecución

<sup>2</sup> Ley de Arbitraje, Artículo 22.3.

del contrato afectado a un arbitraje, sea éste *ad hoc* o administrado bajo los auspicios de una institución arbitral. La determinación de su validez formal depende de la condición como disponible de la materia objeto del contrato. En este sentido, el Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje determina el criterio interpretativo básico a seguir: “(...) basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles (...)”. Un principio instrumentado en su artículo 2º.

El Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje proporciona, asimismo, unos criterios interpretativos básicos de su artículo 9º, resaltando: “(...) Algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior (...)”. Sobre esta base, su Título II recoge, entre otros, este principio, sirviéndose de tres artículos –9º a 11º– reguladores de los requisitos y efectos del convenio arbitral. Dichos preceptos sistematizan los principios contenidos en los artículos 7º a 9º –ambos inclusive– de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial

Internacional de UNCITRAL, de 21 de junio de 1985 (en lo sucesivo, la Ley Modelo). Al igual que la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje regula adecuadamente la validez y la extensión del acuerdo de arbitraje, garantizando su eficacia y coordinando su texto, entre otros, con el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958<sup>3</sup> y con el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961<sup>4</sup> (en lo sucesivo, el Convenio de Ginebra).

El artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje instrumenta estos antecedentes doctrinales, disponiendo que todo acuerdo arbitral: “(...) podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...)”.

El artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje determina además las exigencias formales de validez de todo acuerdo arbitral. Indica explícitamente que: “(...) el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. 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 (...)”.

<sup>3</sup> BOE 9 y 11 de julio de 1977.

<sup>4</sup> BOE 4 de octubre de 1975.



En un porcentaje significativo de los asuntos analizados en relación con este particular encontramos una defensa recurrente, especialmente utilizada por las partes impugnantes de la validez formal del acuerdo arbitral: la calificación como de adhesión del contrato litigioso utilizado para articular el negocio jurídico objeto de controversia. Defensa cuyo desarrollo sólo en contadas ocasiones supera el hecho terco de analizar documentos contractuales redactados sobre la base de la utilización de términos individualmente convenidos entre las partes, según los consejos proporcionados por sus respectivos departamentos jurídicos externos o internos. Partes en la que, además, suele concurrir la acreditada condición de empresarios con giro habitual y efectivo en el tráfico mercantil ordinario, con las consecuencias jurídicas que tal condición conlleva para desestimar la pretendida catalogación de la parte impugnante como consumidor.

En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 considera:

“(…)harto difícil apreciar en la demandada situación de inferioridad frente a la demandante cuando (...) no puede reconocérsele la condición de consumidor en el sentido que atribuye al concepto la normativa comunitaria y la legislación interna (la Directiva 93/13, CEE, de 15 de abril, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, principalmente), (...) tratándose como se trata de dos sociedades mercantiles en las que, por ende, no cabe apreciar otro desequilibrio en lo que concierne a su posición en el mercado, y, en consecuencia, en lo que

atañe a su posición contractual, que el que se deriva de la mera afirmación de la que se opone al reconocimiento(…)”.

Sobre esta base, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de enero de 2006, delimita el alcance de la aplicación de la legislación sobre consumidores en relación con el arbitraje, con el siguiente razonamiento:

“(…)El artículo 1º en sus apartados 2 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios viene a establecer que se entiende por consumidores y usuarios, a los efectos de dicha Ley, las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden; no teniendo esa consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En el presente caso no puede entenderse aplicable la legislación de protección de consumidores y usuarios en cuanto a la nulidad del convenio arbitral, toda vez que en el propio contrato suscrito entre las partes se suscribió en la modalidad de empresa (...) lo que lleva a deducir que su objeto no era el uso particular o individual de la parte impugnante, sino que dichos bienes y servicios tenían como finalidad el integrarlos en un proceso productivo (...)

No puede entenderse por lo tanto nula la cláusula arbitral, dado por un lado que la misma no se encuentra inserta en un

contrato suscrito por un consumidor o usuario, y aun cuando se entienda que se trata de una cláusula o condición general impuesta, no puede entenderse nula dado que no infringe ninguna de las normas de la ley de condiciones generales, y no se encuentra incurso en ninguno de los motivos de nulidad que establece el artículo 8º de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación (...).”

Ahondando en la validez del convenio arbitral en este tipo de contratos, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2007 analiza la supuesta

“(...)inexistencia o invalidez del convenio arbitral por ser cláusula abusiva incluida en un contrato de adhesión, conforme a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación de 1998. (...) Estamos en el caso enjuiciado ante un contrato entre profesionales (...). No son de aplicación al caso el Artículo 10º bis, apartados uno y dos, en relación con la Disposición Adicional Primera, apartado 26, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 ni el artículo 8º, apartado dos, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998. Sencillamente porque D. Jesús María, en cuanto adquirente de un derecho a ejercer una determinada modalidad comercial al amparo de determinados signos distintivos y conforme a métodos y formas fijados por el franquiciador, no es consumidor o usuario en los

términos del artículo 1º, apartado dos, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como tampoco una franquicia es un bien de consumo(...)”.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, la validez formal de todo acuerdo arbitral debe determinarse por el árbitro competente mediante la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales legalmente exigidos por el artículo 9º de la Ley de Arbitraje: (i) la concurrencia de una expresión suficiente de voluntad y (ii) la utilización de forma escrita en su instrumentación. Sus efectos serán analizados a continuación.

### 2.2.2. La eficacia jurídica del acuerdo arbitral

La Ley de Arbitraje permanece silenciosa en cuanto a la definición de los acuerdos arbitrales patológicos y sus posibles soluciones.

FRÉDÉRIC EISEMANN –quien fuera Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional durante veintiséis años– acuñó la actual denominación de este tipo de acuerdos arbitrales, susceptibles de generar numerosos problemas en el desarrollo de cualquier procedimiento arbitral<sup>5</sup>. Su aportación –*perlas*, como prefirió denominar los ejemplos en los que basó su abstracción teórica– ha permitido definir doctrinalmente el acuerdo arbitral patológico como aquel que resulta ineficaz para establecer el procedimiento arbitral

<sup>5</sup> EISEMANN F. “La clause d’arbitrage pathologique”. En: VV.AA., *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*. Turin. Unione Tipografico-Editrice Turinese. 1974, pp.129-161.

en plenitud de efectos. Una ineficacia que puede estar motivada por (i) la existencia de defectos graves en su redacción, (ii) por la insuficiencia de su contenido o (iii) por la comisión de errores esenciales en la determinación de sus elementos constitutivos. En definitiva, por la concurrencia de unas determinadas causas –de gravedad variable– que impiden desplegar total o parcialmente las cuatro funciones primordiales de todo acuerdo arbitral eficaz:

- a. Generar efectos obligatorios entre las partes firmantes;
- b. Apartar a los tribunales ordinarios de justicia del conocimiento y resolución de las controversias sometidas a arbitraje, hasta la rendición del laudo;
- c. Conferir a los árbitros jurisdicción suficiente como para dirimir el fondo de las controversias voluntariamente sometidas por las partes a su criterio; y
- d. Permitir el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral hasta la rendición del laudo.

Entre los errores frecuentes identificados por la doctrina se encuentra el referido a la defectuosa designación de la eventual institución administradora del arbitraje. Su subsanación exige una adecuada depuración del contenido del acuerdo arbitral, con la finalidad de discernir si tales defectos son superables o, por el contrario, críticos. Subsanación que debe realizar el árbitro único o el colegio arbitral tan pronto este aspecto sea cuestionado por alguna de las partes en el momento procedimental adecuado. Subsanación que debe acometerse mediante de la interpretación de las actuaciones

de las partes, coetáneas con la negociación del documento en el cual se articule el acuerdo arbitral. Una interpretación integradora en tanto que, además, debe respetar el principio de conservación del acuerdo arbitral o *favor arbitrii*, recogido por el artículo 9º de la Ley de Arbitraje; principio que presupone la validez de todo acuerdo arbitral siempre que sea posible, bien porque se infiera así de las normas procedimentales elegidas por las partes contendientes, bien porque así se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia, bien porque tal sea la voluntad contenida en el documento que articule el acuerdo arbitral.

Sobre esta base, el análisis de toda cláusula patológica debe instrumentarse en dos fases sucesivas:

- a. una primera, consistente en determinar la voluntad de las Partes de someter sus controversias al arbitraje de una institución administradora conforme a su Reglamento; y
- b. una segunda –a realizar sólo si el resultado de la primera es afirmativo– para analizar los términos del contrato, en relación con el acuerdo arbitral.

En cualquier jurisdicción arbitral reputada conviven en la actualidad diversas instituciones arbitrales –públicas, semipúblicas y privadas– que proporcionan a las partes que deseen someterse a sus reglamentos instrumentos legítimos para la administración de sus arbitrajes. Las instituciones arbitrales gozan de vida mercantil propia, autónoma, diferenciada e independiente entre ellas. Motivos por los cuales las partes deben esmerarse –en línea

con el principio de *favorem validitatis*— anteriormente indicado por proporcionar en la redacción del acuerdo arbitral criterios objetivos suficientes como para permitir identificar con precisión la institución a cuyo reglamento desea encomendar la tramitación del arbitraje o, por lo menos y de resultar tal institución inexistente, para equiparar automáticamente tal inexistente centro arbitral con otras opciones arbitrales asimismo legítimas, eventualmente competentes, concurrentes con la institución designada y disponibles igualmente para las Partes.

### 2.3. El acuerdo arbitral por referencia

Para analizar esta cuestión nos centraremos en dos resoluciones judiciales: el Auto de fecha 27 de abril de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 39 de los de Madrid (en lo sucesivo, el Auto de Primera Instancia) y el Auto de fecha 22 de diciembre de 2009 de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid (en lo sucesivo, el Auto de la Audiencia).

Los hechos litigiosos se encuadran dentro de la ejecución de un acuerdo de colaboración entre distintas entidades privadas para el desarrollo de una planta solar fotovoltaica en España (en lo sucesivo, el Proyecto).

En este contexto, en abril de 2007 la entidad demandante (A) suscribió la concesión de una línea de crédito a otra entidad mercantil (B) (en lo sucesivo, el Crédito) para el desarrollo del Proyecto. En el mes de junio de 2007, la ejecución del Proyecto se articuló en un acuerdo de colaboración, suscrito por (A) y (B)

con la participación adicional de una tercera entidad, que aquí denominaremos (C) (en lo sucesivo, el Acuerdo). En el Acuerdo (A), (B) y (C) poseían diferentes porcentajes y distintas obligaciones; extremos todos que fueron detallados en su articulado. Articulado en el que, asimismo, se incluía una cláusula arbitral, por virtud del cual las partes firmantes consintieron expresamente en someter sus diferencias contractuales a arbitraje institucional, administrado bajo los auspicios de la Corte de Arbitraje de Valencia.

En el mes de julio de 2007, la entidad que hemos denominado (B) decidió transmitir su porcentaje de participación en el Acuerdo a la entidad demandada (D), mediante la suscripción de un contrato de cesión de derechos contractuales (en lo sucesivo, la Cesión). La Cesión articuló la subrogación de (D) en la totalidad de la participación de (B) en el Acuerdo —incluida su cláusula arbitral— y en la posición contractual de (B) en el Crédito.

Con motivo de la ejecución de la Cesión y alegando el supuesto incumplimiento del Acuerdo y del Crédito por (D), en el mes de junio de 2008 (A) y (C) resolvieron anticipadamente el Acuerdo y el Crédito con (D). Ante la oposición de (D), la resolución anticipada del Acuerdo y del Crédito terminó sometida a arbitraje, de conformidad con lo estipulado en la cláusula arbitral del Acuerdo. Un procedimiento arbitral instado en fecha 24 de septiembre de 2008 conjuntamente por (A) y (C) contra (D) y con sede en Valencia, desarrollado de conformidad con las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Valencia (en lo sucesivo, el Arbitraje).

Con fecha 22 de octubre de 2008 y con el supuesto objeto de devolver

una liquidación pendiente del Crédito –derivada de la discutida terminación anticipada del Acuerdo– (A) interpuso una solicitud de consignación judicial por el importe de la liquidación pendiente ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid (en lo sucesivo, la Consignación). (D) era la parte requerida para aceptar el citado importe.

Notificada la Consignación, con fecha 12 de diciembre de 2008 (D) formuló declinatoria de jurisdicción, de conformidad con lo previsto en el artículo 39º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, Lec), en relación con el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje. (D) entendía que la Consignación –una vez deviniese contenciosa por su oposición– debería solventarse en arbitraje, con pleno respeto a lo dispuesto en la cláusula arbitral contenida en el Acuerdo (en lo sucesivo, la Declinatoria). Como principal argumento en sustento de la Declinatoria, (D) alegó la existencia demostrada de la íntima conexión entre la concesión del Crédito y la ejecución del Acuerdo en el que tanto (A) como (D) eran partes integrantes. Acuerdo que, como hemos expuesto anteriormente, estaba sometido a arbitraje institucional, ya iniciado –además– en el momento de la interposición de la Consignación. La cláusula arbitral era, por tanto, válida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley de Arbitraje, en relación con las disposiciones aplicables del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia. Extremos que, a su vez, deberían relacionarse con la automática conversión de la Consignación de expediente de jurisdicción voluntaria a contencioso, tan pronto como la parte requerida para recibir la consignación –(D), en el supuesto que nos ocupa– se opusiese a dicha pretensión.

Admitida la Declinatoria a trámite por estar formulada dentro del plazo legalmente previsto y conferido su oportuno traslado a la solicitante de la Consignación, (A) se opuso en tiempo y forma a la Declinatoria sobre la base de los siguientes tres argumentos principales: (i) la negación de la existencia de relación alguna entre el Crédito y la ejecución del Acuerdo; (ii) la ausencia de cláusula arbitral en el Crédito; y (iii) la ausencia de carácter contencioso alguno de la Consignación, en tanto que su único objeto sería cumplir con la supuesta obligación de (A) de devolver a (D) la liquidación pendiente del Crédito. Sobre esta base (A) concluiría en la ausencia de discrepancia alguna entre las partes, no resultando en consecuencia aplicable arbitraje alguno.

Una vez considerados los respectivos argumentos de las Partes, el Auto de Primera Instancia estimó la Declinatoria, con expresa imposición a (A) de las costas causadas en la instancia. Una resolución que estaba fundada en el análisis de la relación existente entre el Crédito y el Acuerdo –que el Auto de Primera Instancia estimó razonablemente acreditada– y en la aplicación de la cláusula de arbitraje contenida en el Acuerdo a todo contrato relacionado directa o indirectamente con su contenido; relación en cuyo alcance se incluye el Crédito. El Auto de Primera Instancia estimó la procedencia de la Declinatoria, por entender que la controversia planteada estaba sometida a arbitraje, de conformidad con la cláusula arbitral contenida en el Acuerdo.

Previo su anuncio, con fecha 17 de mayo de 2009, (A) interpuso recurso de apelación contra el Auto de Primera Instancia.

En sustento de sus pretensiones (A) reiteró sus argumentos relativos a los motivos por los que entendía la inaplicabilidad del arbitraje a la Consignación –en tanto que jurisdicción voluntaria, carente de controversia– y por los que consideraba la ausencia de cláusula arbitral alguna en el Crédito. Con la finalidad de reforzar sus argumentos en tal sentido y evitar la aplicación de la cláusula arbitral, (A) negó incluso cualquier vinculación contractual entre el Crédito y el Acuerdo. Asimismo, denunció la falta de exhaustividad argumentativa del Auto de Primera Instancia en el fundamento de los motivos analizados para la estimación de la Declinatoria.

Conferido el oportuno traslado de su contenido, con fecha 10 de julio de 2009 (D) formalizó oposición al recurso de apelación de (A) anteriormente referido, negando la validez de ambos fundamentos de la apelación de (A); es decir, rechazando la supuesta independencia de las transacciones que articulaban el Crédito y el Acuerdo, rebatiendo la ausencia de acuerdo arbitral aplicable alegada de adverso y refutando la supuesta quiebra del principio de exhaustividad del Auto de Primera Instancia.

Finalmente, el Auto de la Audiencia ratificó íntegramente los razonamientos jurídicos y el fallo del Auto de Primera Instancia, con expresa condena en costas de la parte apelante.

Dejando aparte –por escapar al objeto que nos ocupa– la cuestión referida a la Declinatoria, el razonamiento desarrollado

por el Auto de Primera Instancia y ratificado por el Auto de la Audiencia para aplicar el concepto de acuerdo arbitral por referencia. Un razonamiento basado en la regulación contenida en el artículo 9° de la Ley de Arbitraje. Una regulación que recupera la flexibilidad del Convenio de Nueva York, reforzando la aplicación del criterio antiformalista para permitir la suscripción de un acuerdo arbitral válido –bien como cláusula, bien como convenio– por cualquier método reconocido de nuevas tecnologías, siempre que quede constancia escrita de la voluntad de las partes.

Como afirmábamos anteriormente, el artículo 9° de la Ley de Arbitraje asimismo consagra el principio de conservación del acuerdo arbitral, presuponiendo su validez siempre que sea posible (*favor arbitrii*).

Dos son las expresiones legislativas de este principio.

La primera es la posibilidad de considerar válido cualquier acuerdo arbitral, siempre que así se infiera de las normas elegidas por las partes o se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia o resulte de la aplicación del derecho español.

La segunda es la regulación –primicia en nuestro ordenamiento jurídico– del acuerdo arbitral por referencia. Una regulación inspirada –por analogía– en el artículo 178° de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987; un precepto que no hace expresa mención prohibitiva de cláusulas arbitrales incorporadas en unos estatutos sociales<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> *Duffryn Plc. v. Petereit* ([1992] I ECR 1745).

De esta forma, el acuerdo de jurisdicción contenido en tales estatutos vincula a sus accionistas con independencia del momento o la forma en que éstos hayan adquirido sus acciones; decisión que la legislación ha extendido a la validez de acuerdos arbitrales contenidos en estatutos societarios, siempre y cuando el accionista haya tenido oportunidad de conocer de buena fe su contenido con anterioridad a la adquisición de las acciones y no haya hecho reserva expresa alguna en cuanto a su validez.

Este es un extremo en el que incide especialmente el Auto de la Audiencia, al entender que la subrogación de (D) en la posición contractual de (B) en el Acuerdo y en el Crédito sin formular reserva alguna y ratificando su contenido implica su aceptación de la cláusula arbitral sobre la que se sustenta el arbitraje instado en septiembre de 2008 por (A) –entre otros, demandantes– contra (D) por hechos conexos con los descritos en la Consignación.

Aunque omitiendo su cita expresa, el Auto de Primera Instancia y el Auto de la Audiencia coinciden en determinar la validez de la cláusula arbitral de Acuerdo –a cuyo amparo (A) había iniciado el arbitraje contra (D) en septiembre de 2008– y su aplicación por referencia al Crédito. Aplicación en cuya procedencia ambas resoluciones valoran los siguientes factores: (i) la existencia de una subrogación de (D) en la posición contractual de (B) en el Acuerdo y en el Crédito; (ii) la ratificación de los términos del Crédito, tal y como había sido adquirido por (D) de (B)

y (iii) la estrecha relación existente entre el Crédito y el Acuerdo, hasta el extremo que aquél se concede en su día para la exclusiva finalidad de desarrollar éste, tal y como expresamente se refiere en el clausulado del Acuerdo.

En este sentido, el Auto de la Audiencia aclara que “(...) en definitiva [el Crédito] quedaba expresamente ratificado y con ello, incluido en [el] Acuerdo y desde luego se encuentra directamente relacionado con él (...) Ello incluye la sumisión al expresado procedimiento arbitral (...)”, respetada como consecuencia de la formulación, en tiempo y forma procesales, de la Declinatoria, aún dentro de una aparente acción de jurisdicción voluntaria: la Consignación.

### 3. SUGERENCIAS RECIENTES PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS REGLAS IBA

Tras su aprobación en Consejo con fecha 28 de mayo de 1983, la International Bar Association publicó las denominadas “Normas supletorias sobre la presentación y la recepción de pruebas en el arbitraje comercial internacional” (en lo sucesivo, las Reglas IBA de 1983), estructuradas en siete escasos artículos.

De sucinta y somera redacción, las disposiciones de las Reglas IBA de 1983 dejaban al criterio de los árbitros la resolución de las cuestiones más complejas que pudieran surgir durante el desarrollo del procedimiento arbitral. En 1985, un artículo doctrinal<sup>7</sup> criticó esta discrecionalidad. Centrándose en el

<sup>7</sup> SHENTON, D.W. “An Introduction to the IBA Rules of Evidence”, en 1985 (2) *Arbitration International* 118.

artículo 3.1 de las Reglas IBA de 1983, su autor adujo que se trataba de una disposición de la que se concluía que: “(...) ninguna parte tiene la obligación de revelar más documentos que aquellos en los que prefiera confiar (...)”<sup>8</sup>.

Desde entonces y durante casi quince años, el articulado de las Reglas IBA de 1983 fue sometido a una extensa revisión, encomendada a un comité de trabajo específico, presidido por el abogado italiano GIOVANNI UGHI y compuesto por dieciséis miembros, como representantes de los principales sistemas jurídicos vigentes mundialmente. El texto final resultante de esta dilatada revisión se aprobó por la Junta General de la International Bar Association, celebrada el 1 de junio de 1999, bajo la denominación “Normas de la International Bar Association sobre la práctica de la prueba en arbitrajes comerciales internacionales” (en lo sucesivo, Reglas IBA de 1999)<sup>9</sup>.

Las Reglas IBA de 1999 se estructuran en torno a nueve (9) disposiciones, aplicables inicialmente en aquellos procedimientos arbitrales institucionales o *ad hoc* en los que sus partes o el tribunal

arbitral así lo hayan acordado<sup>10</sup>. Su medida redacción propicia un delicado equilibrio entre los principios probatorios de derecho anglosajón y de derecho civil continental, gracias al cual las Reglas IBA de 1999 se han consolidado en la práctica forense como un conjunto fiable de preceptos interpretativos de aplicación frecuente en procedimientos arbitrales, con independencia de su naturaleza y del acuerdo de las partes en el arbitraje.

Las Reglas IBA de 1999 han sido objeto asimismo de una revisión ulterior finalizada en 2009<sup>11</sup>, con el objeto de adaptar su aplicación a las exigencias actuales derivadas de la utilización frecuente de medios probatorios como el *discovery* arbitral. Tal revisión está actualmente en trámite de consultas a instituciones y otros operadores arbitrales, con la intención de que la aprobación de su texto –ya finalizado– pueda ser adoptada en el Consejo de la International Bar Association, a celebrar en mayo de 2010. Hecho que no obsta para adelantar algunas de las diferencias significativas de este borrador de 2010 respecto de las Reglas IBA de 1999; especialmente y aparte de su denominación (de la que desaparece el adjetivo “*comercial*”), en

<sup>8</sup> SHENTON, D.W. “An Introduction to the IBA Rules of Evidence”. En: 1985 (2) *Arbitration International* 118, en p. 123.

<sup>9</sup> Para un texto completo de estas Reglas, ver XXIV *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* 410. Cfr. BÜHLER, M. & DÖRGAN, C. S. “Witness testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration: Novel or Tested Standards”. En: 17 (1) *Journal of International Arbitration* 3; JALILI, M. “Evidence Before International Arbitration Tribunals: Supplementing Arbitration Rules with IBA Rules of Evidence”. En: 9 *International Arbitration Report* 14; RIVKIN, D.W. “International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration”. En: XXIV *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* 408; y SHENTON, D.W. “An Introduction to the IBA Rules of Evidence”. En: 1985 (2) *Arbitration International* 118.

<sup>10</sup> Reglas IBA de 1999, Artículo 2.

<sup>11</sup> Por un subcomité presidido por el abogado, Richard Kreindler.



aspectos relevantes como la propuesta de una cláusula tipo a incluir en aquellos arbitrajes en los que las partes puedan prever su utilización. Una cláusula en la que se recomienda a las partes que, además de remitirse al reglamento o la *lex arbitrii* que deseen aplicar, recojan su acuerdo expreso para que en la fase probatoria del procedimiento se apliquen las Reglas IBA vigentes al comienzo del arbitraje.

Las Reglas IBA de 1999 establecen un conjunto de criterios orientativos en materia probatoria para la actuación del juez de apoyo al arbitraje, cuya intervención supletoria o complementaria devenga necesaria<sup>12</sup>. Su vulneración en modo alguno puede considerarse como un motivo de anulación del laudo<sup>13</sup>.

#### 4. LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

##### 4.1. Planteamiento

La Ley de Arbitraje se inspira en la Ley Modelo. El principio de terri-

torialidad enunciado en el artículo 1.2 de la Ley Modelo informa la mayoría de sus disposiciones. Su adopción estuvo justificada por la certidumbre derivada de la comprobación de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados para su elaboración contienen el criterio exclusivo del lugar del arbitraje para determinar la aplicabilidad de la legislación interna. Su enunciación prevé que, una vez la Ley Modelo sea adoptada como legislación interna de un Estado determinado, sus preceptos se apliquen en ese territorio únicamente si allí radica el lugar del arbitraje. Aplicación, no obstante, sujeta a excepciones relevantes, al determinarse –por un lado– aquellos artículos que serán aplicables, con independencia del lugar del arbitraje y constituir –por otro lado– un criterio necesario para determinar la competencia territorial de los juzgados de auxilio y de control del arbitraje.

En aquellos supuestos en los que, además de la controversia, concurren conexiones internacionales, partes e instituciones arbitrales tienden a seleccionar aquellas sedes arbitrales radicadas en

<sup>12</sup> SCHERRER, M. & BAIZEAU, D. “Swiss Rules of International Arbitration Awards”, en VV.AA., *The Swiss Rules of International Arbitration: Five Years of Experience. Conference of June 19, 2009*. Basel. Dr. Rainer Früegg. 2009, pp. 129-151, en p. 140.

<sup>13</sup> Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo Federal de la República Helvética de 28 de marzo de 2007, dictada en el asunto 4A\_2/2007 (2007 *ASA Bulletin* 610), referido a una acción de anulación de un laudo parcial, dictado en una disputa sobre un contrato de agencia suscrito entre una entidad principal, de nacionalidad alemana, y un agente iraní. Surgida la controversia, la entidad iraní reclamó a su principal alemán la aportación de las cuentas y demás información contable complementaria sobre el desarrollo del contrato de agencia en litigio en los territorios de Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Omar, Bahrein, Qatar y Kuwait –desde el 1 de enero de 2002 hasta el 13 de diciembre de 2004- y en Irán –desde el 1 de enero de 2002 al 6 de abril de 2006– con la finalidad de determinar el pago de las comisiones debidas al agente iraní y de conformidad con el procedimiento contractualmente estipulado a tal efecto. Una vez instada la solicitud, el árbitro único competente ordenó a la entidad alemana demandada la presentación de la documentación específicamente requerida por el demandante iraní, con la finalidad de someterla a la auditoría por una entidad independiente para verificar su estado completo y su corrección técnica. Sin motivo justificado, la entidad alemana rehusó atender el requerimiento cursado por el árbitro, motivo por el cual en su laudo parcial concluyó en la existencia de una deliberada vulneración de su obligación de

ordenamientos jurídicos concededores de la esencia del arbitraje; tolerantes, en consecuencia, con la flexibilidad característica de sus procedimientos derivada de su diseño responsable por las partes contendientes. Tal flexibilidad está consagrada en aquellos ordenamientos jurídicos basados en sistemas de derecho civil, dotados de una legislación arbitral moderna. Legislación bien inspirada para su elaboración en los principios de la Ley Modelo, bien resultante de la transposición directa de las disposiciones de la Ley Modelo a su legislación nacional.

El artículo 20° de la Ley Modelo revela su influencia armonizadora en este concreto aspecto. En torno a este precepto se desarrolla en la actualidad una incipiente corriente doctrinal preocupada por delimitar la diferencia entre lugar físico –en cuanto que de ubicación o celebración– y lugar jurídico –sede– del arbitraje. Por el momento, la tendencia mayoritaria se inclina por establecer que este último –el lugar jurídico– determine tanto la aplicabilidad subsidiaria de la *lex arbitrii* como –lo que es más importante a efectos del auxilio en materia probatoria– el fuero judicial<sup>14</sup>.

Con carácter general, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19

de febrero de 2003 refleja la importancia del respeto de la sede del arbitraje fijada por las partes y variada unilateralmente por un colegio arbitral. Para justificar su decisión estimatoria de un recurso de anulación contra el laudo dictado en estas circunstancias, la Audiencia valenciana razona que: “(...) el lugar en el que se dicte el laudo no resulta irrelevante pues el mismo determina, no sólo la competencia de la Audiencia Provincial a los efectos del recurso de anulación (...) sino también la del Juzgado de Primera Instancia que ha de resolver la solicitud de ejecución de medidas cautelares (...) e, igualmente, la del Juzgado ante el que haya de seguirse, en su caso, la ejecución forzosa del laudo (...)”.

#### 4.2. Auxilio judicial

La encomiable tarea asumida por el legislador arbitral español –culminada con la promulgación de la Ley de Arbitraje– adolece de descoordinación con otros textos legislativos esenciales y de aplicación simultánea. Así resulta del artículo 86° *ter.2.g*) de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ). Un precepto modificado inicialmente por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal<sup>15</sup>

---

colaborar de buena fe en el desarrollo de la actividad probatoria (cfr. SCHERRER, M. & BAIZEAU, D. “Swiss Rules of International Arbitration Awards”. En: VV.AA. *The Swiss Rules of International Arbitration: Five Years of Experience. Conference of June 19, 2009*. Basel. Dr. Rainer Früegg. 2009, pp. 129-151, en pp. 140-142).

<sup>14</sup> OLIVENCIA RUIZ, M. “El lugar del arbitraje”. En: *Arbitraje*, vol. I, Nº 2, 2005, pp. 335-361, en 342; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”. En: *Lima Arbitration*, Nº 2, 2007, pp. 25-62; PERALES VISCASILLAS, P. “Place of Arbitration (Article 16) and Language of Proceedings (Article 17) in the UNCITRAL Arbitration Rules: some Proposals for a Revision”. En: *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 13, 2006, pp. 205-222.

<sup>15</sup> Hasta entonces, la redacción del precepto determinaba la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de “(...) cuantas cuestiones sean de competencia del orden

y revisado posteriormente por el artículo 1º de la Ley 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ y del Código Penal. En ambos casos, revelando una notable desconocimiento de la evolución de la Ley de Arbitraje, entonces en curso.

El resultado definitivo de esta peculiar reforma es un texto mejorable en todos sus aspectos, al disponer que: “(...) los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: ... (g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8º de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado...”. Este precepto regula así la atribución de competencia objetiva por razón de la materia a los Juzgados de lo Mercantil, aplicando –en mi opinión– un criterio contradictorio con el principio de especialidad legislativa predicable de la Ley de Arbitraje.

El texto vigente del precepto de la LOPJ indica la salvedad de que los laudos arbitrales “(...) vengán referidos a materias contempladas en este apartado (...)”; es decir y entre otros aspectos, a cuestiones relativas (i) a competencia desleal, (ii) a materia societaria, (iii) a condiciones generales de la contratación, (iv) a impugnación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (v) a la aplicación de la Ley Hipotecaria o (vi) al contenido de los artículos 81º y 82º del Tratado de las Comunidades. Una enunciación que

revela una preocupante ignorancia del legislador acerca del funcionamiento de la institución arbitral; al menos, en el momento de promulgarse esta reforma –con efectos retroactivos– en el que la Ley de Arbitraje estaba sometida a la *vacatio legis* contenida en su Disposición Final Tercera. El motivo de este recelo está justificado porque del texto aprobado se desprende la voluntad del legislador de atribuir una intervención excluyente a los Juzgados de lo Mercantil en aquellos conflictos relativos a las materias allí indicadas; atribución efectuada por el Legislador con independencia de que su resolución se suscite por las partes bien ante el órgano judicial competente, bien ante árbitros competentes. Dos escenarios diferentes que precisan una regulación diversa y distinta a la vigente.

De hecho y de optar por la vía arbitral, la solución de atribución de competencia objetiva por razón de la materia instrumentada por el legislador a favor de los Juzgados de lo Mercantil violenta –en mi opinión– la eficacia de los efectos positivo y negativo del acuerdo arbitral, así como la del principio de mínima intervención judicial; instrumentos básicos, ambos expresamente reconocidos por la Ley de Arbitraje. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º de la Ley de Arbitraje, en relación con su artículo 7º, la intervención judicial está limitada por los estrictos supuestos legalmente tasados en la Ley de Arbitraje; una intervención en todo caso auxiliadora del procedimiento arbitral, que impide a los jueces ordinarios

---

jurisdiccional civil, respecto de: (...) (g) cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente en materia de arbitraje en las materias a que se refiere este apartado (...)."

–incluidos los mercantiles– pronunciarse acerca del fondo de cualquier asunto arbitrable sometido voluntariamente por las partes a arbitraje. Además, la mayoría de las materias enunciadas por el Artículo 86° *ter.2.g)* LOPJ –salvo la societaria, parcialmente, y las condiciones generales de contratación en algunos supuestos– resultan sustantivamente indisponibles para las partes, de forma que no es esperable la rendición de laudo alguno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Arbitraje<sup>16</sup>.

Esta defectuosa redacción genera una indeseable –aunque superable<sup>17</sup>–

inseguridad jurídica en la aplicación del artículo 8° de la Ley de Arbitraje, ya que no se establece adecuadamente la atribución de competencias entre los juzgados de Primera Instancia y los Mercantiles. Dicha delimitación de la atribución de competencia objetiva por razón de la materia precisará de la adecuada interpretación jurisprudencial individualizada; es decir, por el planteamiento innecesario y costoso de incidentes de jurisdicción de incierto resultado al vincularse tanto a las peculiaridades de cada supuesto planteado, como a la tamización de los previsibles factores exógenos de decisión<sup>18</sup> atribuibles a cada decisor, lejanos a buen seguro de la

<sup>16</sup> Cfr. Ley de Arbitraje, Exposición de Motivos, II.

<sup>17</sup> En mi opinión, la superación de esta dicotomía pasa por la aplicación del principio de especialidad legislativa. Así, la regulación más específica de la Ley de Arbitraje sobre este concreto aspecto de atribución de competencia objetiva por razón de la materia a los Juzgados de lo Mercantil debiera prevalecer sobre la regulación más general –e invariable a efectos arbitrales– del Artículo 86.ter.(2).(g) LOPJ. Otra opción sería la modificación legislativa de esta desgraciada redacción, aclarando este aspecto esencial para el efectivo funcionamiento de las atribuciones de apoyo judicial del arbitraje, suprimiendo la frase “...cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado...”.

<sup>18</sup> Dentro de la doctrina nacional favorable a la atribución de competencia a los Juzgados de lo Mercantil se encuentra ARSUAGA CORTAZAR, J. “Competencia civil y mercantil tras la incorporación del artículo 86 ter. LOPJ: algunos problemas y su posible solución (i)”, en *SEPINNNET Revista de Enjuiciamiento Civil*, julio-agosto 2004, pp. 19-27, en especial 25 y 26 y MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F.J. “Primeras notas sobre la competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil”, en *Revista Jurídica Galega*, número 43, pp. 40-73. Asimismo, el Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 mayo de 2006, muestra su conformidad con esta posición doctrinal al razonar que “(...) la previsión contenida en su artículo 86 ter 2 (g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado, lo que ha de ponerse en relación con la competencia que a los Juzgados de Primera Instancia atribuye el artículo 8 de la Ley de Arbitraje citada, y con la atribución exclusiva y excluyente a los Juzgados de lo Mercantil en relación con las mismas (...)”.

En contra de dicha atribución, el Auto de fecha 22 de julio de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 83 de los de Madrid, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo indica que “(...) por lo que respecta... a la cuestión sobre la competencia que motiva este incidente, no es cuestión para este tribunal valorar si la coletilla final del Artículo 86 ter de la LOPJ es de redacción desgraciada o no, sino simplemente aplicarla tal y como está redactada, y concluir que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencias en lo tocante a laudos arbitrales si se tratan de materias de las que el propio apartado del artículo en que se encuentra la previsión enumera, y si no lo hace seguir con el régimen general de competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que se pueda obviar que la norma existe como la recurrente expresa en su escrito de recurso (...)”.

deseable homogeneidad en la aplicación de criterios lógicos de resolución.

La regulación general contenida sobre estos aspectos en la Ley de Arbitraje opta tácitamente por reconocer la existencia de unos poderes inherentes a la actuación del árbitro<sup>19</sup>. Revela la preocupación del legislador por limitar la intervención judicial a proporcionar una asistencia necesaria al desarrollo del arbitraje en aquellos supuestos en los que sea necesario extender el alcance de tales actuaciones a terceros ajenos a dicho procedimiento, sobre los que el árbitro carece de *imperium*. En este último supuesto, el legislador recoge con inteligencia y equilibrio la doctrina constitucional por virtud de la cual, la valoración de la pertinencia o impertinencia de una prueba propuesta por las partes es una competencia exclusiva del árbitro, reconocida como elemento integrante de la denominada tutela arbitral efectiva. Competencia basada en el principio de supervisión que, a su vez, implica limitar la intervención judicial en tales supuestos al desarrollo de una esencial función auxiliadora—no calificadora—para su práctica eficaz.

En búsqueda de ese delicado equilibrio, la Ley de Arbitraje regula una competencia concurrente entre árbitros y jueces, respetuosa con la tutela judicial y arbitral efectiva.

Con la finalidad de garantizar a las partes y a los árbitros la efectiva prestación de esta asistencia judicial, la Ley de Arbitraje modifica los fueros disponibles para delimitar la competencia judicial. Los artículos 39° y 43° de la Ley de 1988 disponían un triple fuero alternativo para esta función; fuero radicado, en todo caso, en los Juzgados de Primera Instancia. De conformidad con tal regulación, los árbitros podían solicitar indistintamente colaboración del (i) juez donde se desarrollara el arbitraje, del (ii) juez donde debiera efectuarse la citación judicial o del (iii) juez donde debiera ordenarse la diligencia probatoria interesada por el árbitro. A diferencia de los preceptos indicados y como anteriormente indicábamos, el artículo 8° de la Ley de Arbitraje simplifica estos fueros. Inspirado en el artículo 6° de la Ley Modelo y complementado por las excepciones al principio de territorialidad—contenidas en el artículo 1.2 de la Ley de Arbitraje— sus seis apartados conforman un elenco de supuestos en los que se prevé la intervención necesaria mínima de los tribunales ordinarios de justicia en apoyo del desarrollo del arbitraje. Directamente o por remisión, regula las normas de competencia objetiva y territorial aplicables, entre otros, a todos los asuntos judiciales de apoyo del arbitraje.

<sup>19</sup> Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de abril de 2003: "(...) el árbitro no puede equipararse a un juez en la medida en que éste es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (Artículo 117 de la Constitución Española), revestido, por tanto, de imperium, mientras que aquél se encuentra desprovisto de tal cualidad, pues su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. Sin embargo por la propia para aquello que las partes le han conferido poder de disposición, goza de plena autonomía decisoria (...)".

Sobre la competencia territorial y al entenderse la misma como disponible, este precepto autoriza el establecimiento de fueros convencionales y de dos fueros legales, subsidiarios. En materia de asistencia judicial para la práctica de prueba, su apartado segundo se refiere exclusivamente a la competencia judicial, declarando competentes a los Juzgados de Primera Instancia del (i) lugar jurídico –sede– del arbitraje o del (ii) lugar en que debiera practicarse la prueba. Limita de esta forma la competencia territorial en estos dos fueros legales, fijados por el legislador para atender las diferentes asistencias judiciales posibles.

### 4.3. Control judicial

En este concreto aspecto, destacaremos la Sentencias de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de abril de 2005, la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2005 y la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 2006, en tanto que, indirectamente, determinan criterios relevantes acerca del período de vigencia del acuerdo arbitral y de las consecuencias derivables de su extralimitación temporal.

La Ley de Arbitraje articula significativos avances regulatorios respecto de su predecesora de 1988. Entre ellos y como recogen los dos párrafos que conforman el artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje,

los referidos a la naturaleza jurídica del plazo para laudar. Centrándonos en el primero de ellos, las tres Sentencias seleccionadas coinciden en mantener un criterio desestimatorio sobre los efectos derivados del incumplimiento del referido plazo por los árbitros. Conviene en excluir tal retraso de los seis motivos de anulación tasados por el Artículo 41.1º de la Ley de Arbitraje. Impedimento legislativo formal que, según disponen estas decisiones judiciales, no impide que las partes impugnantes invoquen este incumplimiento, subsumido en cualquiera de las seis causas de anulación reguladas en la Ley de Arbitraje. Una invocación, en todo caso, sujeta a la previa demostración por el accionante (i) de su expresa denuncia durante el procedimiento arbitral<sup>20</sup> y (ii) de la existencia de un adecuado nexo causal entre el retraso en la rendición del laudo y la causación de su indefensión material efectiva.

Las tres Sentencias elegidas acogen implícitamente la jurisprudencia constitucional rendida en torno a la institución arbitral. Un cualitativo conjunto de resoluciones mediante el cual, el Alto Tribunal ha engarzado el arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un legítimo equivalente jurisdiccional, impidiendo que “(...) por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos (...)” en su artículo 24.1<sup>21</sup>. Sobre esta base, estas decisiones

<sup>20</sup> Cfr. Ley de Arbitraje, Artículo 6.

<sup>21</sup> Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 176/1996, de 11 de noviembre y número 81/2002, de 22 de abril, en relación con la Sentencia de la Sección

coinciden en su rechazo a considerar el plazo para laudar como un motivo de anulación en el análisis literal del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje. Una disposición que excluye la extemporaneidad del laudo de las seis causas de nulidad tasadas para tal fin, inspirándose tanto en el artículo 34º de la Ley Modelo, como en el respeto a lo dispuesto en el Artículo IX del Convenio de Ginebra.

El somero razonamiento esbozado en cada una de las tres Sentencias seleccionadas acata la naturaleza jurídica del plazo para laudar, conferida por el segundo párrafo del artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje. Un plazo antaño imperativo –fundamento incluso de la nulidad del laudo– que el Legislador de 2003 ha degradado a una condición accesoria y disponible del procedimiento arbitral, con independencia de su naturaleza nacional o internacional<sup>22</sup>. Su accesoriidad deriva de la escasa relevancia sustantiva de sus efectos sobre el procedimiento arbitral y sobre la validez formal del laudo. Su disponibilidad es inherente a la facultad legalmente reconocida tanto a las partes contendientes –de mutuo acuerdo– como a los árbitros –de oficio y en ausencia de pacto en contrario de las partes– para modificar su duración a lo largo del procedimiento arbitral.

Ambas características –accesoriidad y disponibilidad– ratifican el respeto que la Ley de Arbitraje profesa a la autonomía de la voluntad de las partes como piedra angular del procedimiento arbitral, siempre que derive de su ejercicio responsable por los contendientes. Igualmente, indican la preponderancia de la solución sustantiva de la controversia planteada sobre otras cuestiones formales menores que en la anterior regulación arbitral –desfasada– amenazaban arbitrariamente la validez del laudo y, por ende, la seguridad jurídica necesaria para consolidar la aceptación del procedimiento arbitral entre sus usuarios<sup>23</sup>.

Según la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje “(...) el freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra (...) en la responsabilidad de los árbitros (...)”. Una declaración de principios –coherente con la predominante naturaleza contractual del arbitraje– completada con la redacción del segundo párrafo de su artículo 37.2; un precepto en el cual el Legislador de 2003 expone los tres efectos derivados de esta situación anómala.

Como primer efecto dispone la terminación del procedimiento arbitral en el que se haya rendido el laudo extemporáneo.

---

Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria de 21 de abril de 2009. Sobre la base de este complejo encaje, el Tribunal Constitucional ha reconocido además la existencia de una tutela arbitral efectiva, por virtud de la cual quien opte por someterse a este mecanismo contractual para la resolución de sus controversias tiene derecho a obtener una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los árbitros designados acerca de sus pretensiones. Tutela arbitral efectiva reconocida, entre otros preceptos, en los principios fundamentales recogidos por el Artículo 24 de la Ley de Arbitraje.

<sup>22</sup> Una degradación acaso basada en los Artículos 1456.1 y 1464 del Nuevo Código Procesal Civil francés (Cfr. Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la *Cour de Cassation*, dictada en el asunto *Sonidep v. Sigmol*, en 1995 *Revue de l'arbitrage* 88).

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1994.

Como segundo efecto determina el cese de las funciones dirimientes atribuidas por las partes a los árbitros por virtud del acuerdo arbitral. Como tercer efecto y a diferencia de lo dispuesto en la derogada regulación arbitral de 1988, el artículo 37.2 *in fine* de la Ley de Arbitraje mantiene expresamente la eficacia de acuerdo arbitral.

La Ley de Arbitraje instrumenta así una importante traslación de las consecuencias jurídicas derivadas de la emisión de un laudo extemporáneo. De la obsoleta y severa sanción de nulidad del laudo y devolución de la controversia a los juzgados ordinarios competentes prevista por la legislación de 1988, a la actual exigencia de responsabilidad a los árbitros por las partes que aceptaron someterse a su criterio vinculante, las cuales aún podrán instar un nuevo procedimiento arbitral basado en el acuerdo arbitral en su día suscrito. La Ley de Arbitraje estima

este cauce de responsabilidad como el instrumento adecuado, mediante el cual se pueden obtener las eventuales reparaciones de los daños derivados de la demora de los árbitros en el cumplimiento de las funciones dirimientes encomendadas. Responsabilidad exigible por las partes contendientes así afectadas, a los árbitros responsables al amparo de los criterios de determinación dispuestos en el artículo 21º de la Ley de Arbitraje, que en modo alguno afecta la eficacia del derecho a la tutela arbitral efectiva de los litigantes arbitrales.

Por último, el artículo 559.1 (3) y concordantes LEC dispone una consecuencia derivada de un laudo dictado fuera de plazo: la posibilidad de que el ejecutado pueda alegar su extemporaneidad como causa de oposición, al haberse dictado careciendo de los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. Sentencias de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2006.



# CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR

MIGUEL TEMBOURY REDONDO (\*)

ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Cláusulas Patológicas Comunes.* 2.1. *Voluntad incierta de sometimiento a arbitraje.* 2.2. *Confusión en la identificación de la Corte de Arbitraje.* 2.3. *Plazos excesivamente cortos.* 2.4. *Requisitos de los árbitros excesivamente exigentes.* 2.5. *Ámbito de aplicación de la cláusula arbitral dudosa.* 3. *Consideraciones finales.*

## 1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la piedra angular del arbitraje comercial, ya sea doméstico o internacional, es el convenio arbitral. Es el inicio de la justicia privada, su fundamento, su razón de ser y su límite.

La mera existencia de un procedimiento arbitral descansa sobre la preexistencia de un convenio arbitral, y el éxito de este medio alternativo de resolución de conflictos depende en gran medida del contenido de aquel compromiso o pacto. Siendo esto así, sería razonable suponer que los operadores del tráfico mercantil y sus asesores, al pactar y plasmar en un contrato una cláusula arbitral, pondrían especial esmero en la claridad de su redacción.

Y sin embargo, y como en tantas otras ocasiones, la realidad quita la razón a la lógica. Incluso en contratos complejos de altísima cuantía económica, y cuya probabilidad de devenir litigiosos es alta encontramos en ocasiones cláusulas arbitrales plagadas de errores de redacción. Por eso a la cláusula arbitral se la conoce como la *midnight clause*<sup>1</sup>: aquella que es redactada de madrugada por unos agotados empresarios y abogados a los que les ha costado horas “cerrar” el resto de las previsiones contractuales y que están más interesados en dormir o alternativamente celebrar un acuerdo que en prestarle la atención que merece a la cláusula de resolución de controversias. Una cláusula aparentemente “blanda”, que en muchas ocasiones aparece relegada a la sección “miscelánea” del Contrato pero que, en

(\*) Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid (España).

(\*\*) Letrada de la Corte de Arbitraje de Madrid (España).

<sup>1</sup> REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Tercera edición. Barcelona: Sweet & Maxwell, 2004, p. 136.

caso de ser activada, puede determinarlo casi todo.

Ambigüedades, olvidos, despistes, falta de atención o una tendencia a “cortar y pegar” cláusulas de contratos anteriores pueden terminar desembocando en situaciones difíciles de resolver, que claramente no fueron queridas por las partes y, además, pueden implicar un incremento de costes significativo y una prolongación innecesaria de la situación litigiosa.

El ex Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) D. FRÉDÉRIC EISEMANN bautizó a las cláusulas arbitrales defectuosas como “cláusulas patológicas”<sup>2</sup>. Según su criterio, que todavía hoy sigue plenamente vigente, una cláusula es patológica si no cumple alguna de las cuatro funciones esenciales que todo convenio arbitral debe englobar:

- 1) La primera, común a cualquier compromiso, es que debe tener efecto vinculante y por ende producir consecuencias obligatorias para las partes;
- 2) La segunda, es que debe tener el poder de excluir la intervención de los tribunales en la resolución de la disputa en cuestión, al menos con anterioridad a la existencia de un laudo;
- 3) La tercera, es que debe dotar al Tribunal Arbitral de las

facultades necesarias para resolver la disputas que surjan entre las partes;

- 4) Y la cuarta, es que debe crear o permitir un procedimiento que bajo condiciones de máxima eficiencia y rapidez lleve a la emisión de un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución.

A continuación se analizan algunas de las cláusulas arbitrales patológicas más comunes y las graves distorsiones que su redacción produjeron.

## 2. CLÁUSULAS PATOLÓGICAS COMUNES

### 2.1. Voluntad incierta de sometimiento a arbitraje

Uno de los errores que más frecuentemente encontramos en cláusulas patológicas es aquel producido por lo que se ha venido a denominar *litigation envy*<sup>3</sup> o envidia a la jurisdicción, y ocurre cuando el redactor de una cláusula arbitral muestra signos de reticencia a abandonar la seguridad del juez natural, y quiere darle algo de protagonismo. Esta patología también se conoce como *sin of equivocation*<sup>4</sup> en referencia a la incapacidad de la cláusula arbitral de reflejar una voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje.

<sup>2</sup> EISEMANN, Frédéric. *La Clause d'Arbitrage Pathologique*. Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli, U.T.E.T, 1974, pp. 120 y ss.

<sup>3</sup> TOWNSEND, John M. *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*. Dispute Resolution Journal. Volumen 58. Nº 1, 2003. pp. 1 y ss.

<sup>4</sup> CRAIG, Laurence, Rusty PARK and Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Ocean Publication, 1990, p. 902.

Las siguientes cláusulas son muestras de ello:

- *“Cualquier disputa que surja en relación con este contrato se resolverá amistosamente por las partes. De no conseguirse dicho acuerdo en el plazo de 15 días, las partes pueden acudir a arbitraje en derecho ante la Cámara de Comercio Internacional. Si la disputa subsistiere, las partes se someten a los tribunales de justicia de Madrid”.*

En este caso, el tribunal arbitral, ante una impugnación de su competencia formulada por la parte demandada, interpretó la cláusula arbitral en el sentido de afirmar un sometimiento a arbitraje de las disputas objeto del procedimiento, y entender la última expresión de la cláusula (*“Si la disputa subsistiere, las partes se someten a los tribunales de justicia de Madrid”*) como referida exclusivamente a aquellas materias que, por ley, no son arbitrables.

- *“Cualquier disputa entre las partes surgida durante la vigencia del contrato se resolverá por medio de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de Madrid. Cualquier disputa surgida tras la terminación del contrato por cualquier causa se resolverá ante los tribunales de justicia de Madrid”.*

En este supuesto, la demandante inició un arbitraje con el objeto de que se

declarara conforme a derecho la resolución o terminación del contrato. La sociedad demandada objetó a la jurisdicción del árbitro por entender que dicha pretensión se ejercitaba una vez finalizado el contrato y que, por ende, su resolución correspondía a los juzgados y tribunales madrileños (y no al árbitro nombrado por la Corte de Arbitraje de Madrid). La parte demandante desistió entonces de su acción arbitral y acudió a los tribunales de justicia de Madrid, y ello no por convencimiento de la razón de la demandada, sino por razones de coste, tiempo, y seguridad jurídica, perdiendo así la oportunidad de litigar donde inicialmente había pactado.

- *“Jurisdicción y Arbitraje. Para las cuestiones que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y aplicación de las manifestaciones y cláusulas de este documento, las partes, con renuncia expresa de su propio fuero se someten a los tribunales de arbitraje y jueces de Benidorm y su correspondiente línea jerárquica superior”.*

En esta cláusula cabe identificar claramente la patología conocida como *“sin of equivocation”*. La demandante acudió a los Juzgados de Benidorm (España) por entender que la alusión a arbitraje debía tratarse de una errata. La demandada formuló una excepción de sumisión a arbitraje. El Juzgado de Primera Instancia de Benidorm<sup>5</sup> aceptó la existencia de un convenio arbitral, entendiendo que de esa cláusula “se desprende evidentemente que

<sup>5</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Benidorm de 29 de marzo de 2001.

las partes han pactado una sumisión de las cuestiones litigiosas a los Tribunales arbitrales y a los Jueces de Benidorm, por lo que se indica expresamente que las partes deciden someter las cuestiones de conflicto en ese contrato de arbitraje”. La Audiencia Provincial de Alicante<sup>6</sup> sin embargo consideró que la cláusula era notoriamente ambigua y que de ésta no podía inferirse una inequívoca expresión de la voluntad de someterse a arbitraje. Por tanto, desestimó la excepción de arbitraje y entró a conocer del fondo del asunto.

- *“Cláusula XVIII. Arbitraje. Cualquier divergencia que pueda surgir entre las partes respecto a la interpretación o cumplimiento de las estipulaciones que integran este contrato serán obligatoriamente sometidas a arbitraje de equidad que se celebrará en Madrid. Cláusula XIX. No obstante le procedimiento arbitral establecido en la estipulación anterior, se someten las partes confuero propio a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Madrid”.*

La Audiencia Provincial de Madrid<sup>7</sup> tuvo la ocasión de pronunciarse sobre esta cláusula cuando resolvió la acción de anulación formulada contra el laudo que puso fin al procedimiento iniciado por una de las partes contratantes en

sede arbitral. Dicha acción de anulación se basó parcialmente en la inexistencia del convenio arbitral por resultar contradictorias las cláusulas XVIII y XIX reproducidas, y no poderse inferir una voluntad clara de sometimiento a arbitraje. La acción de anulación fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid por entender que las cláusulas reseñadas no resultaban incompatibles entre sí, sino complementarias, y que era claro el sometimiento a arbitraje.

- *“El presente contrato se regirá por derecho alemán. La Jurisdicción será la de Berlín (Oeste). Subsidiariamente las partes acuerdan someter las controversias que puedan surgir del presente contrato a arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional. El lugar del arbitraje será Berna (Suiza). El laudo será considerado vinculante y definitivo”.*

Un tribunal de Oregón (Estados Unidos) analizó esta cláusula<sup>8</sup> cuando una de las partes (la americana) inició un procedimiento en Estados Unidos por considerar que la cláusula de jurisdicción pactada era nula. La parte demandada (sociedad alemana) interpuso una excepción por sometimiento a arbitraje (*motion to dismiss*). El Juzgado americano consideró que la cláusula del contrato era una cláusula híbrida que simultáneamente facultaba a

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de octubre de 2001 JUR 2001\332320.

<sup>7</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2001 JUR 2007\155281.

<sup>8</sup> Caso Guenter Pauly et al v Biotronik GmbH, Sentencia de la US District Court Oregon de 24 de mayo de 1990.

las partes a elegir entre interponer una demanda arbitral o una demanda judicial y que dichas cláusulas eran compatibles con el derecho americano<sup>9</sup>. Por tanto se inhibió de conocer el asunto, al entender que o bien le correspondía a una corte alemana, o a un tribunal arbitral con sede en Suiza.

Todas estas cláusulas incluyen la misma patología, la de introducir una duda al respecto de la voluntad genuina de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y acudir al arbitraje. Todas provocan la necesidad de interpretar la cláusula arbitral, ya sea por los tribunales de justicia o los tribunales arbitrales, y con ello, crean de forma innecesaria una incertidumbre que, como acabamos de ver, se puede saldar de forma muy dispar.

## 2.2. Confusión en la identificación de la Corte de Arbitraje

Otra patología común y de efectos imprevisibles es la de someter la disputa a arbitraje institucional y a continuación errar en el nombre de la institución arbitral a la que las partes se someten. Ello puede plantear importantes dificultades a la hora de iniciar el arbitraje, e incluso en algunos casos puede determinar la total ineficacia de la cláusula arbitral o la necesidad de tramitar el arbitraje como un arbitraje *ad hoc* (justo lo que no quisieron las partes) por resultar imposible la identificación de la institución arbitral a la que las partes se referían.

Se reseñan a continuación algunos ejemplos.

- *“Si cualquier disputa surgida de este contrato no es solucionada por medio de un acuerdo amistoso entre las partes, la controversia será resuelta definitivamente por el Centro Internacional de Arbitraje de Suiza, de acuerdo con sus reglas y leyes (...)”.*

Si bien existen varios centros de arbitraje en distintas ciudades de Suiza ninguno se denomina “Centro Internacional de Arbitraje de Suiza”. Al no haber designado las partes la sede del arbitraje, tampoco fue posible proceder a la identificación de la Corte de Arbitraje por aproximación, lo que provocó que el arbitraje no pudo tramitarse, viéndose obligadas las partes a acudir a la jurisdicción ordinaria.

- *“Para la solución de cualquier litigio o diferencia derivada del presente contrato las partes se someten a Arbitraje Institucional del Tribunal Arbitral de Madrid, al que se le encarga la designación de Árbitro Único, obligándose desde ahora las partes al cumplimiento de la decisión arbitral que en su día se dicte”.*

En Madrid no existe una institución arbitral denominada “Tribunal Arbitral

<sup>9</sup> Respecto de este caso debe recordarse que la validez de las llamadas en la literatura anglosajona cláusulas híbridas varía significativamente de un ordenamiento jurídico a otro. Hasta la fecha, la validez de las cláusulas híbridas en España no ha tenido el contraste de los Tribunales. En este sentido, Álvaro López de Argumedo. *Cláusulas Híbridas en el Arbitraje*. Publicado en el Diario Expansión el 16 de junio de 2008.

de Madrid”. En este caso, una de las partes interpuso una solicitud de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de Madrid. La demandada impugnó la competencia de la corte sobre la base de considerar la cláusula patológica por defectuosa designación de la institución administradora del arbitraje, que en ningún caso, entendía, podía corresponder con la Corte de Arbitraje de Madrid. La demandada entendió que no era posible depurar la cláusula arbitral por contener defectos críticos que provocaban la invalidez de la misma. El árbitro reconoció la validez formal del acuerdo arbitral pero consideró la cláusula como patológica y por tanto ineficaz por referirse a una institución arbitral inexistente y resultar imposible su equiparación objetiva con la Corte de Arbitraje de Madrid. Por tanto, declaró la ausencia de jurisdicción y competencia del Árbitro para resolver el fondo de la controversia planteada.

- *“En el supuesto de que no se pueda alcanzar un acuerdo, la controversia quedará sometida a la organización internacional de arbitraje en Zurich, Suiza. El laudo arbitral será definitivo”.*

De nuevo nos encontramos ante una falta de exactitud en la denominación de la institución arbitral. El arbitraje se inició ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich. Ante la objeción a la jurisdicción formulada por la demanda el árbitro, mediante laudo interlocutorio se declaró competente para conocer de ese arbitraje, al considerar que la cláusula de arbitraje era válida y que debía interpretarse en el sentido de que las partes habían querido someter sus disputas a las reglas de arbitraje internacional de la Cámara de Comercio de Zurich.

### 2.3. Plazos excesivamente cortos

La totalidad de las legislaciones de arbitraje modernas, generalmente basadas en la Ley Modelo aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 facultan a las partes a establecer libremente el plazo para dictar laudo y el *dies a quo* de ese plazo. Sin embargo en ocasiones esa facultad es utilizada de forma exagerada, y así la obsesión de los empresarios o abogados de obtener justicia rápida les lleva a veces a pactar plazos irrazonables que pueden poner en riesgo la viabilidad del arbitraje.

Analizamos un ejemplo:

- *“Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho por un árbitro Único en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. (...) El plazo para dictar laudo en este caso no excederá en ningún caso de un mes a contar desde la aceptación del árbitro”.*

En este caso el propio demandante se percató de la imposibilidad de tramitar un arbitraje de forma plena con plazos tan cortos y en su solicitud de arbitraje solicitó que se modificara dicho plazo y se le concedieran al árbitro los 6 meses de plazo desde la contestación a la demanda que prevé la Ley de Arbitraje Española. Desafortunadamente el demandado, que

tenía una clara intención de adoptar un comportamiento obstruccionista, se opuso a una modificación del plazo para dictar laudo de mutuo acuerdo. Ello supuso enormes distorsiones en el procedimiento, comenzando por la localización de un árbitro que estuviera dispuesto a laudar con tan poco tiempo, y continuando por los exigüos plazos que se tuvieron que establecer para la tramitación del procedimiento y el dictado del laudo en plazo.

Si bien es cierto que el dictar laudo fuera de plazo no es motivo de anulación en muchas jurisdicciones (aunque si lo es, como en el caso español, que el procedimiento no se ajuste al acuerdo de las partes) los redactores de cláusulas arbitrales deberían intentar no “invitar” a una impugnación del laudo imponiendo plazos excesivamente cortos a las partes, a la Corte de Arbitraje o a los árbitros.

#### 2.4. Requisitos de los árbitros excesivamente exigentes

Antiguamente muchas de las cláusulas patológicas lo eran por omisión. Frecuentemente nos encontrábamos con casos en los que la labor interpretativa que se exigía al árbitro, a la institución arbitral o a los jueces era prácticamente total. La cláusula se limitaba a someter a arbitraje la controversia pero guardaba silencio sobre el resto de los detalles (si es arbitraje de derecho o de equidad, *ad hoc* o institucional, cual es el idioma del arbitraje, cual es su sede, etc.).

Hoy en día, sin embargo, las patologías se producen precisamente por lo contrario. En ocasiones da la sensación de que los redactores de las

cláusulas arbitrales dan rienda suelta a su creatividad cuando las redactan, creyendo que cuanto mayor complejidad introduzcan, mejor van a proteger a su cliente. En la práctica, lo único que se suele conseguir con cláusulas innecesariamente complejas y supuestamente sofisticadas es entorpecer el procedimiento arbitral y poner en riesgo su viabilidad. Esta tendencia es especialmente notable en los requisitos que se exigen a los árbitros para poder actuar como tales en un caso concreto. Una cualificación acumulativa por razón de nacionalidad, idiomas y especialización puede desembocar en la ausencia de candidatos o en la demora del procedimiento que su búsqueda puede producir. Eso es exactamente lo que sucedió en el caso relatado a continuación.

- *“El árbitro no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las partes [española y francesa], debe ostentar el título de licenciado en derecho en España y dominar suficientemente los idiomas inglés y español. Además, el árbitro debe tener al menos quince años de experiencia como abogado y ser un profesional de prestigio en el sector de la ingeniería química”.*

En este caso resultaba bastante evidente que la cláusula se redactó pensando en una persona concreta, que en el momento en el que se inició el procedimiento arbitral tenía una edad muy avanzada que le impedía hacerse cargo del caso. Los dos candidatos que la Corte de Arbitraje administradora del procedimiento pudo localizar rechazaron

el nombramiento por tener conflicto de interés con las partes, por lo que finalmente, y a efectos de desbloquear la situación, las partes accedieron a relajar algunos de los requisitos y nombraron a un árbitro de mutuo acuerdo. Todo ello demoró el procedimiento en más de 8 meses.

## 2.5. **Ámbito de aplicación de la cláusula arbitral dudosa**

Por último, una patología relativamente frecuente y muy problemática es la que se produce al respecto del ámbito de aplicación del convenio arbitral. Resulta evidente que la redacción de una cláusula arbitral determina necesariamente un análisis de las controversias que las partes quieren someter a arbitraje. Normalmente el pacto arbitral se produce con anterioridad al surgimiento de la controversia, por lo que suele ser recomendable que el ámbito de aplicación de la cláusula sea lo más amplio posible al efecto de tener la certeza de que la controversia tiene cobertura en la cláusula. Una redacción restrictiva o defectuosa de la cláusula arbitral puede provocar que determinadas disputas que las partes querían someter a arbitraje queden excluidas de su ámbito.

- *“Las partes someten la interpretación del presente contrato a la decisión de tres árbitros con arreglo a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional”.*

En este caso, una parte interpuso una demanda ante la jurisdicción ordinaria en reclamación de daños por incumplimiento del contrato por entender que lo único que se sujetó a arbitraje fue la interpretación del contrato, pero no su ejecución o el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas entre las partes. El demandando excepcionó sumisión a arbitraje al realizar una interpretación más amplia y no literal de la cláusula arbitral. El juez de primera instancia desestimó la excepción de sumisión a arbitraje<sup>10</sup>. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Lleida<sup>11</sup> la revocó y estimó la excepción de la cuestión litigiosa a arbitraje. Ello provocó que el caso llegara al Tribunal Supremo que, resolviendo el recurso de casación interpuesto, entendió que no resultaba necesaria interpretación de la cláusula arbitral invocada, cuyo tenor literal era claro al establecer que el ámbito del pacto a arbitraje se circunscribía a la interpretación del contrato y no a su incumplimiento. Por tanto, y toda vez que el demandante no persiguió una interpretación del contrato cuando acudió a los tribunales ordinarios sino cuestión distinta, debía desestimarse la excepción de arbitraje.

Recientemente, y en equivalentes términos se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid<sup>12</sup> al respecto de una cláusula muy parecida a la analizada por el Tribunal Supremo. En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid estimó

<sup>10</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tremp de 28 de enero de 1999.

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 29 de junio de 2001.

<sup>12</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2001 JUR 2009/472460.



una acción de anulación de laudo parcial relativo a competencia en el que un tribunal arbitral se había entendido competente para conocer de una reclamación en la que se solicitaba una declaración de incumplimiento de contrato. La Audiencia Provincial de Madrid entendió que cuando un convenio arbitral somete a arbitraje las disputas relativas a la interpretación de un contrato, excluye las relativas a su incumplimiento.

No obstante, no cabe entender que éste sea el criterio imperante de los Tribunales Españoles. Otros tribunales enfrentados con una cuestión parecida han resuelto de forma antagónica. Así por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>13</sup> entendió que una cláusula arbitral que sometía a arbitraje “toda duda o divergencia al respecto de la interpretación de un contrato de obra” debía ser interpretada de forma flexible en el sentido de incluir la totalidad de las dudas o divergencias que puedan surgir en el contrato, sin que el hecho de que se aluda a la palabra interpretación anule o limite dicha sumisión.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

Todas las cláusulas analizadas tienen una cosa en común: que sus redactores

arrastraron a las partes a una batalla judicial de años de duración que pudiera haberse evitado fácilmente, prestando un poco más de atención a las consecuencias que podían derivarse de una redacción descuidada, oscura o ambigua.

Todos los contratos se firman con la esperanza de que el entendimiento reine siempre entre las partes contratantes y que las disputas no hagan acto de aparición. Desgraciadamente ello no siempre ocurre y es también obligación de los asesores de las partes el intentar optimizar la posición que éstas pudieran ocupar en caso de que en el futuro surja el conflicto. Adoptar una actitud ingenua o pecar de un excesivo optimismo, que es lo que ocurre cuando se minusvalora el cuidado con el que debe redactarse una cláusula arbitral, puede costarles muy caro a las partes cuyos intereses están llamados a proteger sus redactores.

Una forma de evitar las constantes complicaciones y dificultades causadas por las cláusulas patológicas es utilizar las cláusulas “modelo” que las instituciones arbitrales suelen recomendar y que se caracterizan por su sencillez y claridad<sup>14</sup>. Estos modelos suelen ser lo suficientemente flexibles para permitir una adaptación total tanto a los casos más sencillos como a los más complejos.

<sup>13</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de noviembre de 2002 JUR 2003\105844.

<sup>14</sup> Por ejemplo, la Cláusula modelo de la Corte de Arbitraje de Madrid: “Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de Derecho / equidad], administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres / un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español / otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]”.



# EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL<sup>(\*)</sup>

MIGUEL VIRGÓS <sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO:** 1. *Introducción y método de análisis.* 2. *Régimen jurídico del Convenio Arbitral.* 2.1. *El Convenio de Nueva York de 1958 como regla de base del sistema Español. Planteamiento y principio de aplicación de la regla más favorable.* 2.2. *El “régimen mixto” del Convenio Arbitral en el CNY 1958.* 2.3. *El “régimen material uniforme”. Aspectos generales. La forma del Convenio Arbitral.* 2.4. *El régimen “por remisión” al Derecho nacional. Validez en cuanto al fondo. Límites extrínsecos: arbitrabilidad y orden público.* 3. *El Convenio de Ginebra.* 4. *Ley española de Arbitraje.* 4.1. *Planteamiento y requisitos generales.* 4.2. *La regla de conflicto del artículo 9.6: ámbito y límites.* 5. *A modo de conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN Y MÉTODO DE ANÁLISIS

El convenio arbitral es el acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias. Este acuerdo puede referirse a una controversia actual o futura y adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato (o los estatutos de una sociedad) o constituir un pacto independiente.

En el ámbito internacional, el análisis jurídico del convenio arbitral presenta ciertas particularidades. Para comprenderlas mejor conviene comenzar por la finalidad de este análisis, en nuestro

caso determinar la eficacia procesal del acuerdo. Lo que debemos responder es “si y bajo qué condiciones” un convenio arbitral va a ser eficaz para producir los dos efectos básicos que típicamente se pretenden: el negativo, excluir la competencia de los tribunales judiciales para conocer del asunto, y el positivo, fundar la competencia de los árbitros para decidir sobre él. Pues bien, para responder a esta cuestión han de examinarse una serie de elementos (capacidad de las partes, consentimiento, forma, contenido) y esto presenta una complejidad añadida en el ámbito internacional, donde el acuerdo arbitral puede desplegar efectos sobre distintas jurisdicciones nacionales, cada

<sup>(\*)</sup> Este artículo fue publicado con anterioridad en Actualidad Jurídica Uría Menéndez.

<sup>(\*\*)</sup> Socio de Uría Menéndez y Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid.

una con su propio Derecho procesal, conflictual y material. En términos generales, el estudio de los convenios arbitrales debe hacerse a partir de estas tres ideas:

- El “*sistema jurídico de referencia*”. Si bien es verdad que el arbitraje comercial internacional es esencialmente autónomo (se basa en la autonomía privada y no tiene una *lex fori* como los tribunales de justicia, que forman parte de un ordenamiento nacional), también lo es que el arbitraje internacional no existe aislado de esos ordenamientos y “toma contacto” con ellos, o puede tomarlo, en distintos momentos. Este contacto se torna evidente cuando las partes no aceptan voluntariamente el procedimiento arbitral o su resultado, el laudo o sentencia arbitral, y se hace necesario el “*enforcement*” jurídico para hacerlo efectivo. Así, la cuestión de la validez de un convenio arbitral puede plantearse; (i) ante el propio tribunal arbitral (que tiene competencia sobre su competencia); (ii) ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye (foro derogado), reclamando la invalidez de la cláusula; (iii) ante los tribunales de la sede de arbitraje, como fundamento de una demanda de anulación del laudo; y (iv) ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como motivo de denegación.

En la medida en que foro derogado, sede del arbitraje y foro de ejecución sean jurisdicciones distintas, distinto será el “sistema de referencia” con el que se valorará esa cláusula. El amplio número de países que han suscrito la Convención de Nueva York de 1958, que pese a su nombre regula también importantes aspectos del convenio arbitral, y la incorporación o

el influjo de la Ley modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional en numerosos ordenamientos nacionales, han armonizado en buena medida los sistemas nacionales y minimizado sus divergencias. En cualquier caso, las páginas que siguen están escritas tomando como sistema de referencia el español (incluidos los tratados internacionales aplicables), sea porque se deroga la competencia de los tribunales españoles, sea porque España es la sede del arbitraje.

- El principio de “*separabilidad*”. Este principio significa que el ordenamiento considera el convenio arbitral como un “acuerdo autónomo”, separable de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que se integra como una de sus cláusulas. Lo cual conlleva algunas consecuencias importantes. Así, permite someter dicho convenio a un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto de las cláusulas del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo. Como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral puede decidir sobre la (in)validez o nulidad del contrato principal sin, retrospectivamente, despojarse de su propia competencia. La separabilidad favorece la integridad de la vía arbitral al asegurar que el arbitraje sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal. Esta es la función del principio de separabilidad y en esta es la clave en que debe interpretarse.

En este sentido, el convenio arbitral es normalmente un convenio accesorio integrado en un contrato principal. El

convenio arbitral no tiene entonces sentido desligado del contrato al que sirve. En ese caso el carácter funcionalmente accesorio del convenio arbitral respecto del contrato principal tiene consecuencias, por ejemplo, en los casos de sucesión singular (e.g. cesión de créditos, subrogación) o universal (e.g. fusión de sociedades) del contrato principal, pues no es concebible una transmisión del convenio arbitral al margen del crédito al que sirve, ni viceversa, una transmisión del contrato sin uno de sus elementos caracterizadores (el método de solución de conflictos). El contrato forma una unidad negocial y este dato no puede olvidarse<sup>1</sup>. El artículo 9.6 LA, que deja operar alternativamente tres leyes o grupos de normas distintas, inclusive la ley del fondo, facilita que el convenio arbitral siga al contrato principal en sus modificaciones subjetivas y sea transferido con el contrato que constituye su objeto. La separabilidad no afecta, pues, a la cuestión de si una cesión de derechos del contrato principal acarrea o no el derecho/obligación de someter las disputas a arbitraje.

- La “*doble naturaleza*” material y procesal del convenio arbitral. El convenio arbitral es un acuerdo cuyo objeto es procesal, sobre esto no parece que pueda haber dudas. Como tal acuerdo, le son aplicables las reglas sobre contratos: su origen es la voluntad de partes que se vinculan recíprocamente y, por lo tanto, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier

acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). No obstante el objeto de este acuerdo es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: normas materiales y normas procesales. Las normas procesales (e.g. la Ley de Arbitraje española) determinan típicamente: (i) las “*condiciones de eficacia*” del acuerdo, ya sean las mismas que para cualquier otro contrato o cláusula contractual, en cuyo caso se remiten implícitamente al Derecho de los contratos; ya exija condiciones especiales, como cumplir con una forma determinada, en cuyo caso desplazan, en cuanto a ese requisito, a las normas del Derecho de los contratos. (ii) Los “*efectos procesales*” del acuerdo, esto es su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros.

Dicho de otra manera, en la regulación del convenio arbitral se combinan normas del Derecho de los contratos y normas procesales, pero son estas últimas las que fijan la frontera. La exposición de motivos de Ley de Arbitraje española refleja esta idea cuando señala que “*El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no expresamente previsto en esta ley*”.

<sup>1</sup> Sigue siendo útil el trabajo de SCHLOSSER: *Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag*, en BRINER ET ALT.(ed.) *Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*, p. 697, en particular sobre la cesión pp. 702 y ss. En la perspectiva española, CADARSO: “Artículo 22”. En: GONZÁLEZ SORIA (coord.): *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, 2004, pp. 261-263.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ARBITRAL

### 2.1. El Convenio de Nueva York de 1958 como regla de base del sistema español

#### *Planteamiento y principio de aplicación de la regla más favorable*

El arbitraje en España está regulado con alcance general por la Ley de Arbitraje de 2003 (LA). Sin embargo, en el plano internacional, la regulación de los acuerdos arbitrales viene determinada principalmente por reglas de origen convencional (i.e. tratados internacionales) que desplazan, en su ámbito de aplicación, a las normas de dicha ley; a salvo, naturalmente de que esas normas convencionales dispongan otra cosa. Aunque es normal en muchas publicaciones comenzar a estudiar el régimen previsto en la ley española y seguir con los convenios internacionales en la materia, dada la primacía del régimen contenido en los tratados internacionales y la amplitud de sus normas, el orden correcto es justamente el contrario y será el que nosotros sigamos.

Entre los textos internacionales ratificados por España, los dos convenios más significativos en el ámbito civil y mercantil son el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (“CNY 1958”) y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 (“CG 1961”). Este es un convenio expresamente concebido como complementario del CNY

1958, algunas de cuyas reglas modifica expresamente en las relaciones entre los Estados contratantes.

El régimen básico de los acuerdos de arbitraje está contenido en el CNY 1958. A pesar de su título, la CNY 1958 va más allá del reconocimiento y disciplina en su artículo II los acuerdos de arbitraje y sus efectos tanto positivos (atribución de competencia a los árbitros) como negativos sobre la competencia de los tribunales judiciales nacionales. Así, el artículo II CNY 1958 establece que “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

El CNY 1958 es, para España, de aplicación universal o *erga omnes* (se aplica incluso frente a Estados no contratantes); además nuestro país no hizo uso de la “reserva comercial”, que permite limitar su aplicación a relaciones consideradas comerciales por su Derecho interno. Por estas dos razones, el artículo II del CNY 1958 contiene la verdadera norma general del sistema español sobre los acuerdos de arbitraje.

Hay que decir de inmediato, que el artículo II del CNY 1958 no se aplica en todos los arbitrajes, sino sólo en los arbitrajes internacionales y sólo en este ámbito tiene carácter de norma de base. En nuestro sistema son arbitrajes internacionales los que reúnen las condiciones del artículo 3 de la Ley de Arbitraje: “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 dimane 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 dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional”. Se entiende que una relación afecta a los intereses del comercio internacional cuando implica una transferencia internacional de bienes o servicios.

La afirmación hecha en el párrafo anterior merece un comentario adicional, pues en realidad el CNY 1958 no contiene ninguna regla estableciendo en qué casos resulta de aplicación su artículo II. Esta indefinición es el resultado de la propia génesis del Convenio, pues sólo en la última fase de negociaciones se incorporó este precepto y ello explica varias lagunas de regulación: el Convenio había sido redactado hasta ese momento como tratado exclusivamente de “reconocimiento y ejecución” y sólo al final se reconvirtió en un tratado “doble” que regula también los acuerdos arbitrales, base de competencia de los árbitros. Aplicando *mutatis mutandis* las condiciones de aplicación de su artículo

I al acuerdo de arbitraje, resultaría que el Artículo II CNY 1958 debe ser aplicado en un Estado contratante cuando el acuerdo arbitral contempla un arbitraje susceptible de resultar en un laudo arbitral extranjero<sup>2</sup>. Este es el caso en España de arbitrajes en que el laudo se pronuncie en el extranjero (artículo 46 LA), lo cual coincidirá con arbitrajes cuya sede esté también en el extranjero. Si la sede del arbitraje está en España, el Artículo II CNY 1958 no sería aplicable y entrarían en acción directamente las reglas de la LA.

Sin embargo, esta interpretación daría lugar a asimetrías extrañas: que entre partes de dos Estados contratantes un acuerdo arbitral que satisface las condiciones del CNY sirva para excluir la competencia de los tribunales de los tribunales del Estado donde *no está* la sede, pero no necesariamente para derogar la competencia de los tribunales de justicia del Estado donde se localiza la sede del arbitraje (pues se aplicaría el Derecho nacional y no el artículo II CNY)<sup>3</sup>. Con esta interpretación no se garantizaría un tratamiento uniforme de un acuerdo arbitral entre dos Estados parte del CNY (en uno sería válido y en otro no) lo cual iría en contra de su propio objetivo. Por eso parece preferible referir el ámbito del artículo II CNY 1958 a los arbitrajes llamados a desplegar sus efectos en dos o mas Estados, es decir a los arbitrajes internacionales. Para ello la definición de la propia LA es útil porque esos son los que el legislador español acepta como tales de modo seguro.

<sup>2</sup> BUCHER. *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, 1988, p. 48.

<sup>3</sup> Los ejemplos de VAN DER ELST son convincentes: *The New York Arbitration Convention*, 1981, pp. 61 y ss.; y puesto que el CNY nada indica y su tenor literal lo cubre sin problemas, aceptable.

Por otra parte, para entender el régimen del CNY 1958 es muy importante explicar el principio de aplicación de la “*regla más favorable*” que contiene el artículo VII.1 del CNY 1958: proyectado este principio sobre el acuerdo arbitral ello significa que el Convenio admite la aplicación de la ley del Estado en que se pretende hacer valer el acuerdo arbitral, en la medida en que sea más favorable a la validez de dicho acuerdo que el propio Artículo II del CNY.

Hay que advertir que literalmente el Artículo VII.1 CNY 1958 se limita al ámbito del reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia arbitral: “Las disposiciones de la presente Convención (...) no privarán 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”. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia anticipan su aplicación al “reconocimiento” del acuerdo arbitral: poco sentido tendría exigir criterios de validez diferentes al acuerdo arbitral como causa de exclusión de la competencia de los tribunales judiciales (en el momento en el que se plantea la excepción o, en España, declinatoria de arbitraje) y como fundamento de la competencia de los árbitros (en el momento del reconocimiento del laudo), cuando el acuerdo arbitral que sirve ambas funciones es el mismo. En el segundo caso, reconocimiento, no hay duda de que operaría el principio de aplicación de la regla más favorable. La consecuencia inmediata de esta interpretación es que, en las condiciones que establece el propio artículo VII.1, los Estados podrán aplicar sus leyes siempre que sean más favorables

al reconocimiento del acuerdo arbitral. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, cuando esas leyes no exijan que el convenio arbitral conste por escrito (como requiere en cambio el CNY 1958). Hay que señalar, sin embargo, que, aunque mayoritaria esta doctrina no es unánime. Para aquellos que niegan la aplicación del artículo VII.1 a los acuerdos arbitrales, el artículo II de la CNY desplaza completamente a las normas nacionales sobre arbitraje de los Estados contratantes.

Por último, conviene indicar que el carácter general del CNY 1958 plantea problemas, curiosamente no tanto en el ámbito que le es propio, el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, sino en el plano del convenio arbitral y la exclusión de la competencia de los tribunales de justicia a favor de arbitrajes con sede en el extranjero. La razón es que el CNY 1958 fue redactado con la vista puesta en el arbitraje comercial y no atiende a los problemas de dos sectores en que existen políticas de protección, consumidores y trabajo, que no pueden quedar desatendidas en el campo arbitral. La nueva LA 2003 tampoco ha dedicado el suficiente esfuerzo a estos sectores y ello obliga a un esfuerzo interpretativo suplementario a los operadores jurídicos. Aunque nos centraremos en el arbitraje comercial, haremos alguna alusión a estos problemas. El CNY 1958 también es aplicable a arbitrajes en los que es parte un Estado o entidad pública.

## 2.2. El “régimen mixto” del convenio arbitral en el CNY 1958

El régimen jurídico del convenio o acuerdo arbitral es mixto. En una parte



(*núcleo directamente regulado*), el acuerdo arbitral se rige por las normas uniformes que contiene el propio convenio. Así, el artículo II CNY 1958 exige la existencia de un acuerdo por escrito y fija las condiciones en que este requisito se entiende satisfecho. de este modo, el artículo II establece una norma de Derecho uniforme relativa a las condiciones de eficacia del convenio arbitral, que se inserta en los sistemas de los Estados parte y desplaza a las normas nacionales (*régimen material uniforme*). En cambio, en los extremos no regulados directamente por el propio CNY 1958, el régimen jurídico del acuerdo arbitral se obtiene “por remisión” a un Derecho nacional; en concreto la validez del convenio arbitral en cuanto al fondo se rige por el Derecho aplicable según la norma de conflicto contenida en el artículo V.1.a del CNY 1958 (*régimen “por remisión”*).

Antes de continuar es conveniente señalar que el CNY 1958 utiliza un concepto amplio de acuerdo arbitral que comprende tanto el “compromiso” por el cual se somete a arbitraje una controversia ya existente y un acuerdo, como la “cláusula compromisoria” relativa a las futuras diferencias que puedan surgir respecto de una relación jurídica entre las partes. Los Estados contratantes se obligan, pues, a reconocer ambas modalidades del acuerdo de sumisión, que quedan sujetos en el CNY 1958 a los mismos requisitos de forma y producen los mismos efectos procesales. Aunque esta distinción ha dejado de ser relevante en España, donde el convenio arbitral se configura, en

elegante expresión, como el “punto único de partida” en el arbitraje<sup>4</sup>, sigue teniendo raigambre en otros ordenamientos.

### 2.3. El “régimen material uniforme”

#### *Aspectos generales*

El núcleo de cuestiones directamente reguladas por el Convenio lo proporciona su artículo II. En este núcleo uniforme, el régimen convencional desplaza a las normas nacionales, que no pueden alterarlo, excepto por lo que se dirá sobre el principio de “mayor favorabilidad”, que permite liberalizar pero no establecer criterios más estrictos que el Convenio. Esta posibilidad de reducir los requisitos exigidos favorece la efectividad de la vía arbitral en un primer momento, pero elimina la uniformidad conseguida por la CNY 1958. Esto implica que el laudo no será necesariamente reconocido en todos los Estados parte del convenio si los árbitros han fundado su competencia en un acuerdo arbitral válido conforme a las reglas nacionales pero que no satisface los requisitos del artículo II CNY 1958. Existe un riesgo que *ex post* no se puede gobernar (depende de dónde deba ejecutarse el laudo si éste no es cumplido voluntariamente). Por eso *ex ante* el mejor consejo es ajustar siempre la contratación a los estándares exigidos por la CNY 1958, incluso si el Derecho nacional es más liberal.

El acuerdo arbitral debe referirse a una “determinada relación jurídica”. Es decir a una relación susceptible de ser

<sup>4</sup> VERDERA. *La Ley 600/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje: Entre la Tradición y la Innovación*, 2005, p. 79; esta obra explica “desde dentro” la génesis de la ley y la razón de sus principales novedades.

individualizada, aunque sea futura. Este requisito se interpreta en sentido amplio y se considera satisfecho si, por ejemplo: (i) se incluye el acuerdo arbitral en un contrato-marco que abarca una pluralidad de relaciones; y (ii) se incluye en los estatutos de una sociedades y se refiere a las controversias que puedan surgir con motivo de las relaciones internas entre la sociedad y sus socios en la condición de tales. Con el requisito de la determinación de la relación jurídica se pretende evitar que una parte resulte sorprendida por la atribución al arbitraje de relaciones distintas de aquellas por motivo de las cuales se pacto la sumisión a arbitraje. No satisfaría este requisito el acuerdo por el cual dos personas sujeten a arbitraje todas sus eventuales disputas futuras sobre las relaciones jurídicas que medien entre ellas<sup>5</sup>. La Ley española de arbitraje reproduce esta exigencia literalmente. En ambos casos, la relación o relaciones objeto del acuerdo pueden ser de naturaleza contractual o no contractual

Por lo demás, el arbitraje es el fruto de la autonomía privada y las partes pueden delimitar el ámbito de controversias sujetas a arbitraje según sus conveniencias: todas las relativas a esa relación o sólo algunas. El CNY 1958 no restringe esta autonomía de configuración. La amplitud de la remisión a arbitraje depende, pues, del concreto tenor del acuerdo arbitral y de su interpretación. Esta se rige por la misma ley (o normas) que rijan la validez en cuanto al fondo del convenio arbitral que, en las relaciones contractuales coincidirá normalmente con la ley aplicable al

contrato principal. En principio, una vez que llena las condiciones del artículo II CNY (que son objeto de interpretación autónoma), no hay ninguna razón para efectuar una interpretación restrictiva del convenio arbitral que lo aparte de las expectativas razonables de las partes en el momento de contratar. La jurisprudencia tiende a concebir la sumisión a arbitraje como una “excepción” a la jurisdicción nacional y a aplicar el principio *in dubio mitius* (en la duda, lo menos restrictivo).

También pueden combinar la cláusula arbitral con otras cláusulas de resolución de conflictos, dando lugar a acuerdos híbridos Arbitraje / ADR<sup>6</sup> (e.g. las partes se comprometen a seguir un proceso de mediación previo al arbitraje o, en la versión más débil, a intentar resolver el problema mediante negociación antes de acudir al arbitraje); e, incluso, Arbitraje / Jurisdicción (e.g. la parte que resulte demandante elige la vía; o se someten sólo determinadas controversias a arbitraje y el resto a jurisdicción).

En cuanto a las primeras, nada hay que objetar a la formulación de cláusulas escalonadas en que se pasa de una fase de negociación o ADR a la fase de arbitraje propiamente dicho. Ahora bien, si no está claramente precisado el tránsito de una a otra fase pueden surgir fácilmente problemas. Es importante que las partes establezcan con claridad si consideran el ADR previo como una condición de admisibilidad de la reclamación (en cuyo caso el tribunal arbitral puede decidir con alcance final sobre las consecuencias

<sup>5</sup> VAN DER ELST. *Op. cit.*; p. 149.

<sup>6</sup> *Medios Alternativos de Solución de Controversias.*

de que no se cumpla esta carga) o como una condición de la competencia misma del tribunal arbitral. La jurisprudencia comparada dista de ser uniforme sobre la interpretación de las cláusulas escalonadas.

En cuanto a las segundas, las que combinan arbitraje y jurisdicción, no hay problema de principio para admitirlas, una vez que la jurisprudencia española ha dejado de exigir la “renuncia clara y manifiesta a su fuero propio” o el uso de determinadas fórmulas rituales como condicionante de la validez del convenio arbitral (muy clara la STS de 9 de mayo de 2003, *RJ* 3893). Así, deben considerarse válidas las cláusulas que reservan sólo ciertas materias al arbitraje y someten el resto a la jurisdicción. Está implícito en el propio artículo II CNY (y artículo 9.1 LA) que una misma relación puede estar sujeta a arbitraje y jurisdicción (y por tanto a una cláusula de arbitraje y a otra de elección de tribunal), cuando permite sujetar a arbitraje sólo “algunas” disputas que puedan surgir respecto de una relación contractual. Ello sin perjuicio de la valoración que la cláusula concreta merezca, sea por la delimitación de la esfera propia de lo que corresponde respectivamente a arbitraje y a jurisdicción (un problema típico surge cuando las cuestiones objeto de litigio son “inseparables”), sea por el mecanismo de selección de la vía aplicable, que puede incluir la atribución de una opción a una de las partes, con el límite del abuso de derecho<sup>7</sup>. También

deben considerarse válidas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las cláusulas asimétricas que permiten a una de las partes optar entre acudir al arbitraje o a las jurisdicción estatal.

### *La forma del convenio arbitral*

El CNY 1958 sólo reconoce el acuerdo arbitral por escrito<sup>8</sup>. La exigencia de forma escrita tiene una doble finalidad: asegurar la realidad de la existencia del consentimiento de las partes, evitando que pasen desapercibidas cláusulas insertadas en el contrato por una sola de las partes (*función interna*) y facilitar su prueba, pues evidencia la existencia del acuerdo arbitral de un modo inmediatamente reconocible por los tribunales (*función externa*). Dados los efectos del convenio arbitral (la exclusión del recurso a la jurisdicción ordinaria) esta cautela, proporcionar suficiente seguridad sobre la sumisión a arbitraje, parece prudente como criterio inspirador de una regla general en la materia. De hecho cuando en 1985 se redacta la Ley Modelo UNCITRAL, su artículo 7.2 parte exactamente del mismo principio de constancia por escrito del acuerdo arbitral, que se traslada a todas las leyes nacionales que han incorporado o seguido esta Ley Modelo, incluida, como después veremos, la LA española de 2003.

El artículo II exige: (i) que exista un “acuerdo” de las partes sobre la sumisión a arbitraje; y (ii) que dicho acuerdo cumpla

<sup>7</sup> Hass. En: Weigand: *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, pp. 453-454, con referencias jurisprudenciales.

<sup>8</sup> Seguiremos en lo que sigue el planteamiento de HAUSMANN. En: REITHMANN; Martiny. *Internationales Vertragsrecht*, 2004, pp. 2244 y ss.

determinadas “condiciones de forma” (i.e. que conste por escrito el consentimiento de las partes). El sentido y fin de esta regla convencional (asegurar mediante una regla uniforme el consentimiento real de las partes al arbitraje) exige una regulación uniforme de aquellas cuestiones de fondo inextricablemente unidas a la regla de forma. Entre ellas, las condiciones de incorporación de una cláusula arbitral incluida en condiciones generales de la contratación (“CG”). Por eso, en relación a esta cláusula, el artículo II CNY 1958 desplaza las reglas nacionales sobre inclusión de CG (incluido su régimen conflictual). La consecuencia inmediata es que el régimen normativo de dicha cláusula es diferente al de las demás CG (principio de separabilidad).

Este requisito de forma no tiene en el CNY 1958 un alcance meramente probatorio, sino que es una condición de eficacia del convenio arbitral (“forma para la eficacia”); un acuerdo oral, aunque pueda ser probado, no es reconocido por el CNY 1958 como un convenio arbitral que obligue a las partes a someterse a arbitraje y a los tribunales a deferir el asunto a los árbitros o a reconocer el laudo pronunciado en el extranjero sobre su base. Naturalmente, esa calificación no impide, en los casos apropiados, la aplicación, *praeter conventionem*, de la doctrina de los actos propios. El ejemplo de una parte que concluye tres contratos iguales y después alega la validez del convenio arbitral en un caso y su invalidez en otro<sup>9</sup>. En cambio,

el mero hecho de que las partes hayan ejecutado el contrato principal no impide que alguna de ellas pueda hacer valer la ineficacia del convenio arbitral en caso de litigio. En principio la forma puede llenarse en cualquier momento posterior al acuerdo oral o tácito (y “curar” así este defecto).

Los mismos requisitos que se exigen para el convenio arbitral se exigen para el acuerdo por el que ese convenio se modifique. En cambio, la forma escrita sólo se exige para el acuerdo de sumisión en sentido estricto, no para acuerdos complementarios sobre el régimen del procedimiento arbitral<sup>10</sup>. Esta distinción está contemplada en el artículo V CNY 1958, en el apartado *a*) y en el apartado *d*). Esto implica que las condiciones de forma se contraen a aquellos elementos que son imprescindibles para poner en marcha el arbitraje, en último término con apoyo judicial<sup>11</sup>. Si la sede del arbitraje está en España, basta un convenio arbitral en el que las partes acuerden someter sus diferencias respecto de una determinada relación jurídica a arbitraje, sin más elementos (i.e. un convenio arbitral *cuasi* en blanco). Aunque poco recomendable, un convenio semejante bastaría en conjunción con las previsiones de la Ley de Arbitraje para formalizar judicialmente el arbitraje. Tampoco es necesaria la forma escrita del artículo II CNY en los casos de cesión de créditos. Basta con que el convenio entre las partes originales cumpla ese requisito. Una vez que está en el contrato, la sumisión

<sup>9</sup> HAAS. *Op. cit.*; pp. 463-464.

<sup>10</sup> HAUSMANN. *Op. cit.*; N° marg. 3268.

<sup>11</sup> HAAS. *Op. cit.*; p. 440.

a arbitraje es una característica del derecho adquirido de la que el adquirente del mismo debe informarse. No hay ningún interés protegible que justifique imponer la forma del artículo II CNY en este caso.

El CNY 1958 no exige que el convenio arbitral sea objeto de una negociación y conclusión individualizada como tal. Por esta razón, cuando no hay una negociación separada del convenio arbitral, las formas lo son del contrato que contiene la cláusula arbitral. En este sentido, si el convenio arbitral se negocia individualmente no se suelen plantear problemas con la aplicación del artículo II CNY. Los problemas suelen plantearse cuando el convenio arbitral aparece como una cláusula de un contrato. En este caso es necesario distinguir, a su vez, según el contrato principal en el que se integra el convenio arbitral se haya negociado en términos individuales o con condiciones generales.

(i) En el caso de cláusulas arbitrales contenidas en contratos negociados individualmente, el artículo II CNY no exige que las declaraciones de las partes sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual, pero sí que ambas consten por escrito. Si el contrato consta de un único documento, es necesario la firma de ambas partes en el texto del contrato donde se contiene la cláusula (no es necesaria una firma específica para la cláusula, ni un acto de consentimiento específicamente dirigido a ella); cabe, sin embargo, que las partes se refieran a un contrato anterior que satisfaga las condiciones de forma del artículo II,

prorrogándolo, incluso verbalmente, o sujetando su nueva relación a los mismos términos, en este segundo caso siempre que se haga por escrito (e.g. mediante incorporación por referencia, STS 20 de febrero 2001, YBCA 2001, p. 858). Si el contrato se documenta en varias copias, es suficiente con que cada parte firme la copia dirigida a la contraparte. La cláusula es también válida si se contiene en un intercambio de notas o de telegramas (en un esquema oferta/aceptación, por ejemplo). En este caso no es necesario la firma de los documentos (la autenticidad puede asegurarse por otros medios), pero sí que las declaraciones de ambas partes consten por escrito (de ahí la expresión “canje” del artículo II, STS de 28.01.1998, *RAJ* 118). La jurisprudencia permite atender al conjunto de documentos intercambiados a lo largo del *iter* contractual seguido entre las partes (STS de 9 de mayo de 2003, *RJ* 3893; STS de 9 de febrero de 2003, *RJ* 850). Se puede satisfacer este requisito incluso si es el mismo documento el que se intercambia; por ejemplo, una parte envía su oferta, en la que se contiene la cláusula arbitral, a la otra y ésta devuelve la oferta firmada<sup>12</sup>.

No satisface este criterio una oferta por escrito seguida de aceptación por silencio de la otra parte, incluso si esta ejecuta el contrato: si la cláusula se encuentra en el texto de la oferta, la aceptación debe hacerse por escrito (no es necesaria una aceptación específica de la cláusula, basta la aceptación por escrito del contrato). Tampoco lo satisface la aceptación por actos concluyentes del

<sup>12</sup> HAAS. *Op. cit.*; p. 442.

contrato que contiene la cláusula arbitral (así, indicando que la mera perfección del contrato por actos concluyentes no acredita la voluntad de incluir en el clausulado la sumisión a arbitraje, entre otros, ATS de 5 de mayo de 1998, *RJ* 4296). Tampoco satisface ese requisito un acuerdo verbal confirmado por escrito por una sola de las partes. En los supuestos de intercambio de cartas o documentos, las declaraciones de las partes contenidas en el canje deben ser congruentes entre sí. No lo son si la oferta contiene una sumisión a tribunales judiciales y la aceptación a arbitraje o si cada parte se refiere a un arbitraje distinto. Las formas electrónicas de comunicación pueden equivaler a la forma escrita siempre que proporcionen suficiente constancia del acuerdo (i.e., un registro duradero). Como veremos, la LA 2003 elimina desde el punto de vista del Derecho español cualquier duda a este respecto.

(ii) En el caso de cláusulas arbitrales incluidas en condiciones generales de la contratación (CG) las reglas que se han desarrollado judicialmente se construyen a partir del criterio de la doble garantía (ATS 17.02.1998, *RAJ*, 760): (1ª) garantía de que el adherente haya sido advertido de la inclusión de condiciones generales (i.e. de que contrata bajo CG), y (2ª) garantía de que haya tenido posibilidad razonablemente objetiva de conocerlas en el momento de celebración del contrato. En cuanto al *primer requisito*, es necesario una remisión expresa a las CG en el contrato firmado por ambas partes o en los documentos que se intercambien. No es necesario, en cambio, que la remisión sea específica a la cláusula arbitral, basta la genérica a las CG entre las que se incluye. En cuanto al *segundo requisito*

es necesario una posibilidad efectiva y razonable de conocer el contenido de las CG, en último término en el momento de la celebración del contrato. El texto de las CG puede ir en el mismo contrato, en un documento anexo, en un documento anterior o incluso no es necesario la entrega formal por el predisponente si hay hábitos *inter partes* o usos generales de contratar bajo esas CG o si el adherente las acepta expresamente y por escrito. La mera remisión genérica a unas CG que no acompañan al contrato ni se han hecho accesibles antes, ni es un uso contratar bajo ellas, no satisface las exigencias del artículo II CNY 1958. Las CG deben estar redactadas en el idioma de la negociación o en un idioma común en el comercio internacional que la contraparte deba conocer. En los supuestos de “batallas de formularios”, si ambas cláusulas satisfacen los requisitos de incorporación del artículo II, se deben tener por no puestas. Si solo las satisface una de ellas, esta prevalecerá.

## 2.4. El régimen “por remisión” al Derecho nacional

### *Validez en cuanto al fondo*

Los aspectos del régimen jurídico del convenio arbitral que no quedan comprendidos en la norma uniforme contenida en el artículo II CNY 1958 se someten a la ley nacional que resulte aplicable según las normas de conflicto previstas por el artículo V.1.a CNY 1958 (“régimen por remisión”). Aunque este precepto se refiere a la fase de reconocimiento del laudo, sus normas de conflicto son aplicables también en un momento anterior, cuando se alega el acuerdo arbitral como fundamento

de la exclusión de la competencia de los tribunales. Técnicamente la solución se construye como una remisión interna del artículo II al artículo V.1.a del CNY 1958.

Quizás aquí convenga detenerse un momento para explicar que, si bien el Artículo V CNY 1958 se refiere al reconocimiento del laudo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que la norma de conflicto uniforme que contiene sobre la ley aplicable al acuerdo arbitral vale también para el reconocimiento del acuerdo arbitral; esto es, vale como regla de conflicto aplicable por el tribunal nacional en la fase de planteamiento de la declinatoria o excepción de arbitraje. Cuando artículo II.3 del Convenio dispone que el juez deberá remitir las partes a arbitraje “*salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz o inaplicable*”, presupone que esa validez se determinará, en lo no previsto por el propio CNY por un Derecho nacional; y ese Derecho no debe ser distinto en la fase de declinatoria de la competencia y en la fase de reconocimiento del laudo, pues de otro modo el sistema entraría en contradicción consigo mismo. Una interpretación sistemática del CNY 1958 exige que el reconocimiento del acuerdo y el reconocimiento del laudo sigan, en cuanto a la validez del acuerdo de arbitraje, los mismos parámetros<sup>13</sup>:

un mismo tribunal no debe reconocer la cláusula arbitral como válida para luego no reconocer el laudo dictado alegando motivos de validez dicha cláusula: sería incurrir en un absurdo lógico.

Conforme al artículo V.1.a CNY, el acuerdo arbitral se rige por la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar donde se ha pronunciado el laudo. Adaptando este precepto a la fase anterior al pronunciamiento del laudo, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable debe estarse a la ley del Estado donde vaya a tener lugar el arbitraje (i.e. donde éste tiene o deba presumiblemente tener su sede), inclusive sus normas de conflicto; y si ese lugar no es determinable, la solución convencional se torna impracticable y debe acudirse a las normas de Derecho internacional privado del foro<sup>14</sup>.

La ley así designada ley rige todos los aspectos de formación no cubiertos por la norma convencional (por ejemplo, si y bajo qué circunstancias una oferta puede ser retirada o los efectos de una aceptación tardía) y también los vicios del consentimiento desvinculados de las cuestiones de forma. En la práctica, el cumplimiento de sus requisitos del artículo II CNY hace difícil que se planteen problemas en la esfera del consentimiento o de la formación del convenio arbitral. En

<sup>13</sup> El hecho de que dichas normas aparezca por primera vez en el Artículo V se explica fácilmente porque sólo en la última ronda de negociaciones se amplió el ámbito del convenio a la regulación del acuerdo arbitral, según explica VAN DEN BERG, *Op. cit.*; p. 126. MünchKommZPO/Gottwald, Band 3, p.1946.

<sup>14</sup> A su vez, la capacidad de las partes se somete a su ley personal (por remisión de ese precepto a nuestras normas de D.I. privado, arts. 9.1 y 9.10 C. civil y 11 CR 1980 por analogía). El resto de cuestiones no es abordado por el CNY 1958 y se aplican directamente las normas de D.I. privado del foro (así, para la representación voluntaria el art. 10.11 CC; la orgánica se rige por la *lex societatis*).

efecto, el artículo II CNY al subordinar el reconocimiento del convenio arbitral a la existencia de un “acuerdo por escrito” entre las partes exige examinar si la cláusula ha sido efectivamente fruto de un consentimiento expresado de forma clara y precisa por ambas partes. El requisito de forma tiene como misión garantizar que se acredite, efectivamente, el consentimiento de las partes; por esta razón, si llena esta exigencia puede presumirse que se ha producido un acuerdo de voluntades sobre la sumisión a arbitraje. A esa misma ley corresponde, en su caso, practicar el “control de contenido” (no de inclusión) de las condiciones generales.

Si se trata de contratos celebrados con consumidores hay que tener en cuenta las normas sobre protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas, en particular el artículo 10.4, el artículo 10 *bis* y la Disposición Adicional 1ª, cláusula 26, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Las norma de protección frente a cláusulas abusivas se someten a conexión autónoma y son aplicables aunque el convenio arbitral se rija, conforme a la norma de conflicto del CNY 1958, por una ley distinta de la española<sup>15</sup>. La compatibilidad de esta

aplicación con el CNY 1958 está fuera de toda duda, toda vez que, al margen de otros argumentos<sup>16</sup>, tales normas forman parte del “orden público de protección” del sistema español<sup>17</sup>.

Ninguna de las reglas de la Ley de Arbitraje española supone obstáculo a la interpretación anterior. En último término, porque las normas de la LGDCU de protección frente a cláusulas abusivas son transposición de una Directiva comunitaria y priman por esta razón sobre la LA, tanto en el plano materia como conflictual (y en particular sobre la propia norma de conflicto del artículo 9.6 LA)<sup>18</sup>.

### ***Limites extrínsecos: arbitrabilidad y orden público***

El CNY 1958 permite a los Derechos nacionales fijar límites extrínsecos al convenio arbitral a través de dos cláusulas generales: la arbitrabilidad de la controversia (*ex* artículo II.1 CNY) y el orden público (*ex* artículo II.3 en relación con el Artículo V.2.b) CNY).

El CNY 1958 exige que el convenio arbitral se refiera a “un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. En el marco

<sup>15</sup> Téngase en cuenta la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/2003) que declaró que España transpuso inadecuadamente la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y el Proyecto de Ley 121/000083 de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (BOCG, de 31 de marzo de 2006), con el que se remedia.

<sup>16</sup> Esas normas son transposición de una Directiva comunitaria que, como tal, es una norma supranacional que puede ser equiparada a la introducción de una regla convencional especial, que resultaría aplicable conforme al art. VII.1 CNY 1958.

<sup>17</sup> La explicación en VIRGÓS; GARCIMARTÍN. “Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas”, En: MENÉNDEZ; DIEZ-PICAZO; ALFARO. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 2002, pp. 145 y ss., en p. 208.

<sup>18</sup> MünchKommZPO/Gottwald, Band 3 p.1949.



del artículo II CNY la arbitrabilidad se determina por la *lex fori* del tribunal nacional al que se plantea la declinatoria o excepción de arbitraje; esta se plantea a los tribunales españoles, por la ley española. Esta remisión comprende, en el caso español, al artículo 9.6 LA que contiene una regla de conflicto alternativa aplicable a la arbitrabilidad lo cual redundará en un régimen muy generoso de arbitrabilidad para los arbitrajes internacionales y que analizaremos más adelante.

Por otra parte los argumentos que justifican la operación del orden público frente al convenio arbitral (y no sólo frente al laudo) son los mismos a los que ya hemos aludido antes: el artículo II.3 CNY debe ser interpretado en armonía con el artículo V del mismo texto legal; y la remisión implícita que el artículo II hace al artículo V comprende no sólo la norma de conflicto de su apartado 1.a, sino también el orden público de su apartado 2.b)<sup>19</sup> La cláusula de orden público sirve, así, para “trasladar” al ámbito del arbitraje dos políticas fuertes del ordenamiento español en el ámbito de la CJI: la protección de contratantes típicamente débiles (los *foros de protección*) y las materias cuyo conocimiento se quiere centralizar imperativamente en España (las *competencias exclusivas*).

El resultado del juego de estas dos cláusulas es el siguiente: (i) En algunas materias el recurso al arbitraje está completamente excluido y, por lo tanto, las cláusulas arbitrales no son válidas para excluir la competencia de los tribunales

judiciales: materias no arbitrables. (ii) En otras materias, el recurso al arbitraje está permitido, pero su alcance internacional está restringido. Así ocurre en el caso de los contratos de consumidores y de trabajo, y de las competencias exclusivas. En estos dos ámbitos, las cláusulas arbitrales están sometidas a los mismos límites que las cláusulas de elección del tribunal nacional competente (cláusulas de elección de foro): los criterios de competencia judicial internacional subyacentes determinan dónde puede tener lugar el arbitraje. Así, cabe el arbitraje en materia de contratos celebrados con consumidores, pero no en otros países distintos de aquellos donde el consumidor dispondría, en defecto de tal cláusula, de un foro de competencia judicial a su favor. Y lo mismo en materias objeto de competencia exclusiva: cabe el arbitraje (el carácter exclusivo no implica que sean por esta razón inarbitrables) pero no en otro Estado distinto de aquél al que viene atribuida la competencia exclusiva: en materia de inmuebles el Estado de situación, en materia de sociedades el Estado del domicilio social, y así sucesivamente.

Es cierto que el sistema español no establece expresamente límites a la sumisión a arbitrajes en el extranjero. La razón es simple: no hace falta hacerlo expresamente pues esta limitación se desprende por implicación necesaria del papel sustitutivo que tiene el arbitraje respecto de los servicios jurisdiccionales nacionales (así, por ejemplo, STC 174/1995). Un ejemplo bastará:

<sup>19</sup> El art. 9.2 LA presupone que la ley española de arbitraje es la ley aplicable al convenio arbitral (de ahí la también excepción contenida en su art. 1.2, como señala OLIVENCIA, *Op. cit.*; p. 41), pero en tal caso no se plantea el problema suscitado en el texto.

En el Derecho positivo español las competencias exclusivas están recogidas en el artículo 22 del Reglamento 44/2001, en el artículo 22 del Convenio de Lugano de 2007 y en el artículo 22.1 LOPJ. Los foros de competencia exclusiva obedecen a la pretensión del legislador de monopolizar para cierta categoría de litigios, la competencia judicial de sus tribunales. La justificación de los foros exclusivos resulta de una combinación de tres tipos de razones: (i) la fuerte presencia de intereses públicos materiales, (ii) la repercusión sobre la seguridad del tráfico, y (iii) la estrecha relación entre los aspectos declarativo y ejecutivos en el tipo de litigio en cuestión. Estos aspectos justifican a juicio del legislador español y comunitario la imposición de un “monopolio de jurisdicción” no derogable por los interesados en favor de los tribunales de un Estado determinado. Si el legislador español y comunitario establecen una competencia exclusiva y excluyente en materia de personas jurídicas en favor de los tribunales del Estado del domicilio social eso implica que no se admite al competencia de ningún otro tribunal nacional respecto de los litigios sobre validez, nulidad o disolución de sociedades, así como de validez de las resoluciones de sus órganos. Esta competencia exclusiva opera a pesar de que el Reglamento 44/2001 parte del “principio de equivalencia” de los servicios jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros y, por lo tanto de su fungibilidad funcional. El legislador busca centralizar

las disputas en los tribunales de un Estado determinado y para ello le atribuye el monopolio jurisdiccional. No tiene ningún sentido que se pretenda que por la vía del arbitraje pueda escaparse de estas política legislativa sometiendo los litigios a arbitraje con sede en un país distinto (la supervisión o el control no corresponderá los tribunales de ese Estado y los litigios no se centralizarán en ese Estado sino donde las partes quieran). No hay razón de política legislativa que permita echar por la ventana del arbitraje lo que se ha pretendido atar en la casa de la jurisdicción nacional. Cabe el arbitraje pero no en un Estado distinto. Esto vale incluso si no se comparte la decisión del legislador de establecer monopolios jurisdiccionales, pues lo cierto es que de *lege lata* existen y que el legislador prohíbe su modificación por voluntad de las partes. De ahí que el control de las competencias exclusivas se haga incluso de oficio.

Hay que añadir, que el propio sistema positivo español no “olvida” sus competencias exclusivas por el hecho de que las partes elijan la vía arbitral. Así, por ejemplo, conforme al artículo 722 II LEC sólo cooperarán adoptando medidas cautelares en favor de un procedimiento arbitral seguido en un país extranjero “en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles” (énfasis añadido); norma que no tendría sentido si las competencias exclusivas no operasen frente al arbitraje internacional<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> El carácter exclusivo de la competencia no quiere decir, por sí mismo, que la materia es inarbitrable, que lo puede ser perfectamente; lo que implica es que aunque sea arbitrable, el arbitraje tiene que tener lugar en el Estado de la competencia exclusiva y no en otro. El sistema de control sobre el arbitraje, sea internacional o nacional, de este Estado garantiza

En resumen, el CNY 1958 permite a través de esas cláusulas generales (arbitrabilidad y orden público), cuyo contenido se toma del Derecho nacional, mantener la coherencia valorativa de los ordenamientos de los Estados parte del mismo.

### 3. EL CONVENIO DE GINEBRA

Por su parte, dentro del ámbito de aplicación del CG 1961, que solo opera *inter partes*, se establece una norma parecida a la del CNY 1958 sobre el convenio arbitral, aunque relaja las exigencias de forma al admitir acuerdos arbitrales no celebrados por escrito en las relaciones entre Estados contratantes cuyas leyes no exijan la forma escrita. Ex artículo I.a CG tales Estados son los Estados de residencia habitual, domicilio o sede social de las partes. Las reglas desarrolladas específicamente para las condiciones de forma del convenio arbitral han sido semejantes a las del CNY 1958 (salvo intervención del Derecho nacional ex artículo I.2.a) *in fine*)<sup>21</sup>. Para los demás aspectos rigen las normas designadas por su Artículo VI: “Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los

tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo; c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conecedor del asunto”.

### 4. LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

#### 4.1. Planteamiento y requisitos generales

La Ley de Arbitraje de 2003 (LA) es directamente aplicable fuera del ámbito

---

el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la competencia exclusiva. La confusión entre uno y otro extremos oscurece los debates doctrinales en España. Un resumen en PERALES VISCASILLAS. *Arbitrabilidad y convenio Arbitral*, Madrid, 2005, pp. 149 y ss. A este propósito, hay que decir que el legislador de la LEC no “se confunde” (Cfr. FERNANDEZ-BALLESTEROS. EN: GONZÁLEZ SORIA (coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, p. 132) sino que es congruente con el significado de las competencias exclusivas (que no es “distribuir ciertas competencias entre jueces de un mismo espacio común”).

<sup>21</sup> HAUSMANN, *Op. cit.*; núm. marg. 3351. En este caso, el alcance de la remisión a los Derechos nacionales más favorables prevista por el art. I 2.a es discutida; para unos autores es una remisión al Derecho interno, mientras que para otros es una remisión que incluiría las normas de conflicto. Parece más acertada esta segunda opción en la medida en que no es muy explicable que ambos Estados, considerando válida esa cláusula al margen del convenio (el régimen será el conflictual), acaben considerando nula en aplicación del convenio (por limitar este la remisión al Derecho nacional).

del CNY 1958 y del CG 1961; es decir, en los arbitrajes domésticos. Dentro del ámbito de esos convenios, el arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje es aplicable por dos vías: (i) por la remisión que las normas convencionales hacen a los Derechos nacionales para regir diversas cuestiones; (ii) por vía del principio de mayor favorabilidad que permite alegar una regla nacional más favorable que la convencional.

La Ley de Arbitraje española regula el convenio arbitral en su artículo 9<sup>22</sup>. En su Exposición de Motivos se dice que la nueva ley, en relación con el convenio arbitral, “[...] trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos”. La LA no busca, por tanto, una alteración radical del régimen anterior, sino más bien su evolución. En esta evolución el legislador español se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL. Basta la comparación del tenor literal del artículo 9 LA con el artículo 7 de la Ley Modelo para darse cuenta de que la Ley española sigue muy fielmente a la Ley Modelo UNCITRAL en este punto. Este dato genético es muy importante a la hora de interpretar el artículo 9 LA, porque a igualdad de lenguaje no debe entenderse que el legislador español haya querido variar el significado internacionalmente

uniforme que se da a los preceptos de esa Ley modelo. La presunción de la que se ha de partir es que el legislador español ha querido incorporar esos significados en el texto de nuestra ley y que solo cuando no lo ha querido así ha modificado de un modo significativo el lenguaje empleado.

Un primer dato importante es que la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito, que proviene del CNY 1958, es una condición de eficacia del acuerdo y no sólo una regla de prueba. Lo era así, como vimos en el CNY 1958 y lo siguió siendo en la Ley Modelo. Este no es un requisito de que exista evidencia escrita del acuerdo (i.e un acuerdo oral que una de las partes hubiera confirmado por escrito), sino que el acuerdo mismo debe constar por escrito<sup>23</sup>. El *test* básico de que existe un acuerdo por escrito es que cada una de las partes haya declarado por escrito su consentimiento al arbitraje (o al contrato que contiene la cláusula arbitral). En este sentido, la afirmación que se lee en algunos comentarios de que la ley española consagra una libertad casi total de forma no se corresponde con su regla de base: que el acuerdo debe constar por escrito. Es cierto que en su Exposición de Motivos se dice que “*la ley refuerza el criterio antiformalista*”, pero este comentario debe entenderse referido

<sup>22</sup> Sobre este precepto, MONTÉS PENADÉS. *La Nueva Ley de Arbitraje*. En: CUATRECASAS/GARRIGUES. 2004, pp. 49 y ss.; DIEZ-PICAZO. En: GONZÁLEZ SORIA (coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, pp. 99 y ss.; VERDERA SERVER; ESPULGUES, en BARONA (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2004, pp. 315 y ss.; MANTILLA-SERRANO. *Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, 2005, pp. 75 y ss.; GÓMEZ JENE. En: ARIAS LOZANO. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, 2005, pp. 83 y ss.; CREMADES. En MARTÍN MUÑOZ; HIERRO ANIBARRO. *Comentario a la Ley de Arbitraje*, 2006, pp. 273 y ss. MANTILLA-SERRANO. *Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, 2005, pp. 75 y ss.

<sup>23</sup> HOLTZMANN; NEUHAUS. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 260; en cuanto a la ley española, en este mismo sentido, DIEZ-PICAZO, *Op. cit.*; p.106.

a su evolución frente a la situación bajo la Ley de arbitraje derogada (LA 1988) y a la admisión expresa que la ahora se hace de soportes distintos del papel para satisfacer la exigencia de forma escrita.

A partir de esta regla básica, la Ley española de Arbitraje sólo introduce tres modificaciones por comparación al régimen vigente según la regla del artículo II CNY 1958. Estas tres modificaciones son semejantes a las que propone la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 7(2) y en realidad sólo ratifican soluciones ya apuntadas o aceptadas por la jurisprudencia. Así, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje:

(i) Amplía la noción de escrito a medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Aquí conviene comparar los textos de UNCITRAL y de la LA. Según el artículo 7 de la Ley Modelo, “Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”. El texto de la LA española es prácticamente igual: “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”. Pero se añade un segundo inciso: “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”. La finalidad de este segundo inciso es equiparar a la documentación tradicional en soporte papel otros tipos de

soportes (electrónicos, magnéticos, ópticos o de otro tipo), para ajustar la norma a la evolución tecnológica. No es su finalidad, en cambio, modificar el principio de base que debe orientar su interpretación: la constancia por escrito (o ahora por su “equivalente”) del consentimiento.

En este sentido, si los nuevos soportes deben ser tratados por mandato legal como un “equivalente funcional” del escrito, los parámetros de interpretación que les resultan exigibles son *mutatis mutandis* los mismos que hemos proyectado antes sobre el Artículo II CNY 1958 (distinguiendo entre negociación individual y negociación bajo CG, etc.), de modo que puedan cumplir las mismas funciones que la forma escrita con la que se equiparan: asegurar el consentimiento real de las partes al arbitraje y probar de un modo inmediatamente reconocible la existencia del acuerdo. Así, para que el documento o registro en otro soporte sea equivalente a un escrito firmado por las partes es necesario que se utilice un método suficientemente fiable para identificar a cada parte y para indicar la voluntad de esas partes respecto de la información consignada. Con todo, el interés práctico mayor del nuevo artículo 9.3 LA es que asegura la admisión de convenios arbitrales acordados mediante intercambio de todo tipo de comunicaciones electrónicas (e.g. intercambio electrónico de datos, correo electrónico, etc.).

(ii) Ampara los mecanismos de “incorporación por referencia” de acuerdos arbitrales. Frecuentemente el convenio o cláusula arbitral se contiene en un documento separado al que las partes se refieren en sus escritos. El artículo

9.4 elimina cualquier duda sobre esta fórmula de incorporar al acuerdo de las partes el convenio arbitral: “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”. La referencia basta al documento que contiene la cláusula, no es necesario que se haga a la cláusula de arbitraje en concreto. En cambio, la referencia debe hacerse por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 9.3 LA: esto es, en un escrito firmado por las partes o en un intercambio de cartas u otro medios de telecomunicación. En este sentido se diferencia de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, mucho más flexible, que dispone que “*Where the parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing*” [section 5(3), énfasis añadido]. No basta cualquier referencia del contrato principal al documento en el que se contiene la cláusula arbitral (o a ésta directamente), sino que la referencia ha implicar que la cláusula arbitral pasa a formar parte del contrato principal.

(iii) Equipara al acuerdo de sumisión a arbitraje un intercambio de escritos de demanda y contestación, cuando la existencia del acuerdo arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra (Artículo 9.4). Esta norma también encuentra su antecedente inmediato en la Ley Modelo UNCITRAL. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje contiene una enigmática frase en la que el legislador dice que la voluntad de las partes prima sobre la de forma: “Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral

se superpone a sus requisitos de forma”. Esta frase, que se cita frecuentemente fuera de contexto, va dirigida única y exclusivamente al artículo 9.5 LA. Basta comprobar que el legislador, en ese párrafo 1º del apartado III de la Exposición de motivos, dedica sucesivamente a cada uno de los 6 apartados del artículo 9 un inciso explicativo: la referencia a las distintas modalidades de constancia por escrito va dirigida al apartado 3º; el siguiente inciso [“Se consagra también, la validez de la cláusula arbitral por referencia (...)”], al apartado 4; el que ahora comentamos, al apartado 5, pues es obvio que en esta hipótesis no hay constancia previa de acuerdo alguno; y el siguiente [“En lo que respecta a la ley aplicable (...)”] tampoco hay dudas de que va encaminado a explicar el apartado 6 del artículo 9. Esta precisión es necesaria para evitar que sirva de excusa a interpretaciones poco consistentes con el principio de constancia por escrito del convenio arbitral que informa a la ley.

#### 4.2. La regla de conflicto del artículo 9.6: Ámbito y límites

Sin duda ninguna, la innovación mayor de la LA tanto respecto de la ley de arbitraje anterior como de la Ley Modelo UNCITRAL, a la que no sigue en este extremo, es su artículo 9.6. Esta innovación viene por la vía más complicada, la conflictual. En efecto, siempre que se trate de un arbitraje internacional el artículo 9.6 establece una regla *in favor validitatis* muy potente: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes

para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

Esta norma son en realidad dos. Una referida a la validez del convenio arbitral y otra a la arbitrabilidad. En ambos casos sólo entra a jugar cuando el arbitraje es, conforme al Artículo 3 de la ley española un “arbitraje internacional”.

Por lo que se refiere al convenio arbitral, el artículo 9.6 LA rige tanto la validez sobre el fondo como la forma del convenio<sup>24</sup>. La redacción intencionadamente amplía del precepto así lo justifica, pues la norma busca asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral en *todos* sus aspectos, de ahí que incluso comprenda la arbitrabilidad de la controversia.

En cuanto a la validez de fondo, valen las observaciones hechas anteriormente. El artículo 9.6 LA pretende dotar al convenio arbitral de una “coraza reforzada de validez” pues leído negativamente implica que solo se podrá declarar su nulidad si así resulta de la aplicación cumulativa de las leyes (o normas) aplicables al fondo de la controversia, al convenio arbitral y del Derecho español<sup>25</sup>.

Nos centraremos ahora en la validez en cuanto a la forma, que es el aspecto en el que menos se detienen los comentaristas de este precepto. Hay que recordar que en el arbitraje internacional, como ya

explicamos, las normas españolas, incluido este artículo 9.6 en cuanto aplicable a la forma, sólo es de aplicación en la medida en que resulte más favorable al reconocimiento del convenio arbitral que el artículo II CNY 1958. Vale, por lo tanto sólo para liberalizar sus requisitos.

El artículo 9.6 contiene una triple referencia a la ley (o normas jurídicas) del fondo, a la ley (o normas jurídicas) del convenio arbitral y a la ley española. Pese a la impresión de una primera lectura, desde el punto de vista de la forma la alternativa práctica se reduce a validar el convenio arbitral si es conforme a la ley española (siempre) o a la ley aplicable al fondo; en la mayoría de los casos eso conduce a la ley del contrato en el que se inserta la cláusula arbitral. Sólo es raros supuestos vendrá a aplicarse la primera posibilidad (validez conforme a la ley o normas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral), pues si las partes se han parado a elegir la ley o las normas jurídicas aplicables al convenio arbitral y a hacerlo de un modo diferente al fondo del contrato, sería un tanto extravagante que no se decidieran a plasmarlo en un documento: se trata de un acuerdo atípico y lo atípico no se deja en el tráfico sin evidencia que lo constate.

En principio, se requiere que el convenio arbitral cumpla, aunque se trate de un arbitraje internacional, con la forma escrita requerida por el derecho español (i.e. la forma escrita en las condiciones de

<sup>24</sup> Implícitamente, OLIVENCIA. *Op. cit.*; pp. 40-41; claramente, MANTILLA-SERRANO. *Op. cit.*; p.83; en cambio, va demasiado lejos este autor cuando sugiere que el art. 9.6 LA cubre también las cuestiones de capacidad y de representación.

<sup>25</sup> Así, FERNÁNDEZ-ARMESTO. En: MARTÍN MUÑOZ, HIERRO ANIBARRO. *Comentario a la Ley de Arbitraje*, 2006, pp. 749-750.

los apartados 1-5 del artículo 9 LA). Pero si conforme a la ley aplicable al fondo no se requiere una forma escrita del acuerdo arbitral, entonces tampoco se exigirá una forma escrita en España. El sistema español ya admitía una liberalización del requisito de forma en el marco del Convenio de Ginebra de 1961, por lo que la novedad es relativa.

En todo caso, la técnica conflictual elegida no favorece la previsibilidad de las soluciones. En este sentido, probablemente se haya perdido una oportunidad para hacer evolucionar el sistema autónomo español de un modo más claro, alineando el convenio arbitral con fórmulas más flexibles y conformes al comercio internacional utilizadas en otros textos. Bastaría haber previsto que, junto a los convenios arbitrales que figuren por escrito, debían ser admitidos aquellos convenios arbitrales celebrados: (i) en cualquier forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; (ii) en cualquier forma conforme a los usos del sector comercial considerado siempre que fueran ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo por las partes del sector.

Más difícil de entender es la regla sobre la *arbitrabilidad*. La arbitrabilidad define las materias en que el legislador reserva a la competencia de las autoridades judiciales por razones imperativas de interés general y fija la frontera del arbitraje. Por eso resulta extraño en un primer acercamiento a la cuestión que el legislador deje en la manos de las propias partes el fijar esa frontera, pues somete la arbitrabilidad a la misma regla alternativa que hemos visto para la validez del convenio arbitral.

Sin embargo, bien miradas las cosas la regla no es tan dramática. Lo primero porque en su ámbito normal de aplicación la alternativa ley española, ley del fondo para determinar la arbitrabilidad es razonable: si conforme al Derecho que rige el fondo la materia es arbitrable aunque no lo sea conforme al Derecho español, no hay por qué imponer un criterio de arbitrabilidad distinto por el hecho de que el arbitraje internacional se desarrolle en España. Esta misma idea se explica desde la voluntad de convertir a España en una sede neutral del arbitraje internacional. Si la sede es neutral, no tiene por qué imponer a las partes sus límites a la arbitrabilidad cuando la ley del fondo o la ley del Estado donde el laudo está llamado a producir efectos permiten el arbitraje en esa materia. Un foro neutral debe evitar jugar innecesariamente el “rol del aguafiestas”.

En este sentido, el tenor del artículo 9.6 LA es congruente con la idea de España como foro neutral de arbitraje; o, en un lenguaje más tradicional, como Estado “desinteresado”. Sin embargo ese mismo tenor va demasiado lejos cuando España es un Estado “interesado” en la materia objeto del arbitraje. Un arbitraje es internacional cuando ambas partes tienen su domicilio en Estados diferentes (artículo 3 LA). Es difícil encontrar una razón que justifique que por el hecho de que dos personas tengan sus respectivos domicilios en Portugal y España puedan someter a arbitraje aquello que está excluido tanto en el sistema español como en el sistema portugués: someter las cuestiones de estado civil a arbitraje (e.g. eligiendo una ley aplicable al convenio arbitral que lo permita). No parece que ésta haya sido la intención del legislador



español. Más bien parece que el legislador, preocupado de fomentar el arbitraje, confía en una utilización razonable del artículo 9.6 LA por los operadores, y delega en la jurisprudencia la fijación de los límites a esta regla de base.

Estos límites pueden venir determinados de dos maneras, cuyos trazos simplemente esbozaremos aquí. La *primera* sería entender que es condición de aplicación del artículo 9.6. y del principio *in favor arbitrabilitatis* que contiene, que el Estado español no sea un Estado “interesado” (e.g. que no esté en juego el estado civil de un Español o persona domiciliada en España). Esto implicaría, por ejemplo, que cuando se tratar de derogar la competencia de los tribunales españoles o de ejecutar un laudo en España, el concepto de arbitrabilidad a aplicar sería el del artículo 2.1 LA y no el derivado del artículo 9.6 LA. La *segunda* forma sería entender que en el arbitraje internacional se aplica siempre el artículo 9.6, con el límite del orden público. La aplicación del orden público garantizaría que siempre que exista un interés fuerte y una vinculación suficiente con España (“*Inlandsbeziehung*”) se protegería la prohibición de someter la materia a arbitraje tanto en España como en el extranjero. En la práctica, como ha sido observado, esto implica dejar al orden público como única frontera del arbitraje, siguiendo acaso la inspiración del sistema francés<sup>26</sup>. En esta perspectiva, se facilita

el papel como sede pero se “sobrecarga” el orden público.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Más allá de sus concretas soluciones y de su decidida inspiración en la Ley modelo UNCITRAL, la Ley de Arbitraje de 2003 demuestra un profundo cambio de actitud del legislador español: del legislador desconfiado del arbitraje y preocupado por la “fuga del Derecho” que redacta la ley de Arbitraje del año 1988 hemos pasado a un legislador que confía en el arbitraje y en sus instituciones. Por eso, una vez constatada la voluntad clara de las partes de utilizar la vía arbitral para resolver sus disputas (de ahí la persistencia del convenio escrito como regla de base del artículo 9 LA), no se preocupa de poner ulteriores frenos o condiciones, sino de facilitar la efectividad de la elección practicada. El artículo 9.6 LA refleja excepcionalmente bien esta idea pues proyecta sobre la base misma del arbitraje, el convenio arbitral, un política de favorecer su validez y protegerlo frente a reglas que no respondan a un estándar internacional: la regla alternativa en cuanto a la validez se torna cumulativa para la nulidad y sólo es verosímil que la ley del fondo, la ley del convenio arbitral y el Derecho español coincidan en una causa de invalidez si esta causa responde a ese estándar. A partir de ahí, no es que el legislador se olvide de poner límites, es que simplemente delega en jueces y tribunales esta tarea a partir de las cláusulas generales del ordenamiento.

<sup>26</sup> Como explica GÓMEZ JENE. *Op. cit.*, pp. 36-37. Sea cual sea la interpretación elegida, se evitarán los riesgos apuntados por CREMADES; *Op. cit.*; p. 302.



---

# ESTADOS UNIDOS

---



# EL ACUERDO ARBITRAL

OLIVER J. ARMAS (\*)

SALVADOR FONSECA (\*\*)

CARLOS E. MARTÍNEZ-BETANZOS (\*\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Instrumentos internacionales que regulan el acuerdo arbitral.* 3. *El acuerdo arbitral ¿redacción o adopción?* 3.1. *La redacción del acuerdo arbitral.* 3.2. *La adopción de una cláusula modelo.* 3.3. *¿Qué hacer para tener un acuerdo arbitral efectivo?* 4. *La autonomía del acuerdo arbitral y la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia.* 5. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una fórmula de resolución de controversias, ajena al sistema de impartición de justicia estatal<sup>1</sup>, que tiene naturaleza consensual y su existencia proviene del acuerdo arbitral celebrado por las partes.

Dada su naturaleza consensual, al momento de redactar el acuerdo arbitral,

las partes tienen mucha libertad para diseñar la manera en que el procedimiento arbitral se llevará a cabo. Existen ciertos aspectos básicos que las partes pueden incluir al momento de redactar el acuerdo arbitral (como son el lugar del arbitraje, la ley aplicable, el reglamento o reglas procesales a seguir, etc.). Las partes también pueden seleccionar si se trata de un arbitraje institucional o un arbitraje *ad*

(<sup>1</sup>) Socio de Chadbourne & Parke en la oficina de Nueva York y miembro del área de Resolución de Disputas Internacionales.

(<sup>\*\*</sup>) Socio internacional de Chadbourne & Parke en la oficina de la Ciudad de México y también miembro del área de Resolución de Disputas Internacionales.

(<sup>\*\*\*</sup>) Asociado del área de Resolución de Disputas Internacionales en la oficina de Nueva York.

<sup>1</sup> Una característica importante del arbitraje es que es un método ajeno al sistema público de impartición de justicia. Esta es una diferencia fundamental, ya que el sistema público de impartición de justicia está basado en el "imperio" del estado, esto es que el Estado no requiere de la anuencia de las partes en disputa para su desarrollo. El sistema de impartición de justicia estatal, puede calificarse como una fórmula "autosuficiente" ya que el Estado no requiere la colaboración de las partes para hacer posible el desarrollo del juicio y la ejecución del resultado mismo (a diferencia del arbitraje, que sí lo requiere). Véase GRAHAM TAPIA, Luis E. "La cláusula arbitral: aspectos prácticos". En: *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997, p. 1.

*hoc*<sup>2</sup>. Estos elementos son importantes para que el acuerdo sea funcional y no tenga problemas de validez, pero las partes pueden pactar un acuerdo arbitral tan general o detallado como ellas quieran.

Muchos de los casos donde se han presentado problemas relacionados con la validez del acuerdo arbitral derivan de que la cláusula de resolución de controversias fue negociada en la antesala de la firma del contrato; siendo común que, por falta de tiempo, las partes tomen una cláusula arbitral ya existente, copiada de algún contrato redactado anteriormente, o que adopten una cláusula modelo de alguna institución arbitral sin detenerse a analizar si dicha cláusula es adecuada para su contrato<sup>3</sup>. Por ello, es muy recomendable que la cláusula arbitral sea elegida y, en su caso, redactada cuidadosamente.

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que la redacción de una cláusula arbitral también puede ser riesgosa si no se hace correctamente. Por ejemplo, las partes podrían redactar una cláusula arbitral que no incluya todos los elementos esenciales para que esta sea válida, o puede ser que las partes redacten de más e incluyan requisitos excesivos que puedan volver la cláusula inejecutable. En ambos casos, dicha cláusula sería patológica.

Por lo anterior, la redacción o elección del acuerdo arbitral debe ser analizada caso a caso y es importante que las partes estén correctamente asesoradas para hacerlo.

## 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN EL ACUERDO ARBITRAL

Los principales instrumentos internacionales que protegen y regulan el acuerdo arbitral son la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI.

Ambos instrumentos han tenido el objeto de buscar congruencia en la regulación del arbitraje en el ámbito internacional, buscando establecer, como derecho uniforme, los requisitos de forma del acuerdo arbitral entre los diversos países, eliminando las disparidades de las legislaciones nacionales. Estos instrumentos han sido muy exitosos, hasta abril del 2010, 144 países son parte de la Convención de Nueva York<sup>4</sup> y más de 50 países han adoptado la Ley Modelo en su legislación nacional<sup>5</sup>.

Otros instrumentos internacionales relevantes, son la Convención de Panamá<sup>6</sup> (de la Organización de Estados Americanos)

<sup>2</sup> El arbitraje institucional es cuando las partes acuerdan que el procedimiento arbitral será supervisado y administrado por alguna organización o institución de arbitraje. El arbitraje *ad hoc* es cuando las partes acuerdan que no existirá una administración o supervisión formal del procedimiento arbitral por alguna organización o institución. Existen cláusulas modelo para ambos tipos de arbitraje.

<sup>3</sup> El término adoptar se refiere a la inserción de una cláusula modelo y no a la redacción de ésta.

<sup>4</sup> Véase [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

<sup>5</sup> Véase [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html).

<sup>6</sup> La Convención de Panamá establece estos requisitos en su artículo 1. Véase [www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html).

y la Convención de Washington (en relación con disputas en materia de inversión)<sup>7</sup>.

### 3. EL ACUERDO ARBITRAL ¿REDACCIÓN O ADOPCIÓN?

Los dos objetivos más importantes que deben tenerse en cuenta al momento de redactar o seleccionar una cláusula arbitral, son: (i) asegurar que las partes que celebraron el acuerdo sean efectivamente sometidas a arbitraje, y (ii) que en caso de iniciarse un arbitraje, se tenga un procedimiento arbitral eficiente (con flexibilidad, celeridad y certeza procesal) y que el laudo que se dicte sea ejecutable<sup>8</sup>.

Determinar si es mejor el redactar una cláusula arbitral compleja, una cláusula arbitral sencilla (pero completa), o adoptar una cláusula modelo de alguna institución arbitral, dependerá del análisis que se haga del contrato y de las controversias que puedan preverse al momento de negociarse y acordarse la cláusula. Normalmente, será preferible elegir una cláusula arbitral modelo sencilla, pero que contenga los elementos básicos o esenciales para su validez.

En lugar de tratar de regular en la cláusula arbitral todos los posibles escenarios procesales, es mejor que, una vez constituido el tribunal arbitral, éste use su experiencia y conocimientos para manejar el arbitraje con eficiencia en el marco de una cláusula arbitral sencilla, a que los mismos términos establecidos en la cláusula arbitral sean los que impidan la viabilidad

del arbitraje, como ocurre a veces cuando se redactan cláusulas muy complejas.

Por otro lado, la ventaja de insertar una cláusula modelo en el contrato, además de que son cláusulas sencillas que establecen los elementos esenciales para que la cláusula sea válida, es que éstas normalmente integran al acuerdo arbitral el procedimiento establecido en el reglamento arbitral de la institución que redactó dicha cláusula modelo. Sin embargo, como se comentó, no existe un patrón único o modelo que deba seguirse al momento de redactar el acuerdo arbitral o adoptar una cláusula modelo.

#### 3.1. La redacción del acuerdo arbitral

Para redactar correctamente un acuerdo arbitral se debe hacer un análisis cuidadoso de la naturaleza del contrato principal, de las partes del contrato, y del tipo de controversias que pudieran surgir en relación con dicho contrato. Para esto, es necesario tener un entendimiento de las circunstancias del contrato para determinar qué tipo de cláusula arbitral es conveniente para el caso concreto. El redactar un buen acuerdo arbitral significará, en caso de que se presente una disputa, que se tenga un procedimiento arbitral eficiente.

##### a. El requisito “por escrito” del acuerdo arbitral

En diversos instrumentos internacionales que regulan el acuerdo arbitral,

<sup>7</sup> Véase <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

<sup>8</sup> GRAHAM TAPIA, Luis E. “La cláusula arbitral: aspectos prácticos”. En: *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997 pp. 26-27.

así como en diversas leyes nacionales de arbitraje, se establece como requisito esencial que el acuerdo de arbitraje sea por escrito. En el caso de la Ley Modelo existe una evolución reciente sobre este requisito. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI, recientemente modificó el artículo 7 de la Ley Modelo relativo a la definición y forma del acuerdo de arbitraje para incluir dos opciones en relación con la definición de acuerdo arbitral (que pueden ser elegidas por los países que la adopten en su legislación interna)<sup>9</sup>. La opción I, si bien mantiene el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste “por escrito”, lo flexibiliza estableciendo que:

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

La opción II del artículo referido va más allá y, de hecho, elimina el requisito de que el acuerdo conste por escrito, estableciendo sencillamente que:

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

Estas modificaciones a la Ley Modelo fueron adoptadas en el 2006, sin embargo, estos cambios aún no han sido reflejados en la mayoría de las leyes nacionales basadas en la Ley Modelo<sup>10</sup>.

#### b. Elementos esenciales de un acuerdo arbitral

La correcta redacción del acuerdo arbitral es de suma importancia y tiene que tomar en cuenta ciertos elementos esenciales para su validez y eficacia. Además del lugar del arbitraje y de la ley arbitral aplicable, existen dos elementos esenciales que todo acuerdo arbitral debe tener: (i) la definición de las disputas, presentes o futuras, que serán sometidas al arbitraje (en la mayoría de los casos, es conveniente definir el alcance de la cláusula arbitral de manera amplia); y (ii) el sometimiento de las partes al arbitraje en relación con dichas disputas<sup>11</sup>.

#### c. Elementos que es común incluir en el acuerdo arbitral

Además de los elementos esenciales, existen diversos elementos que pueden incluirse en un acuerdo arbitral. Estos elementos deben ser considerados al momento de la redacción de la cláusula arbitral. Con excepción de los elementos mencionados en la sección anterior, la mayoría de estos elementos no volverían el

<sup>9</sup> [www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).

<sup>10</sup> Legislaciones basadas en las modificaciones a la Ley Modelo, han sido adoptadas en Irlanda (2010), República de Mauricio (2008), Nueva Zelanda (2007), Perú (2008) y Eslovenia (2008). A finales del 2009 un proyecto de reformas pasó al parlamento australiano y una nueva ley arbitral con dichas modificaciones se espera que entre en vigor en Escocia en el 2010.

<sup>11</sup> Véase también FRIEDLAND, Paul D. *Drafting Considerations for Clauses Designating New York as a Place of Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp. 71-72.



acuerdo defectuoso o inejecutable, en caso de no incluirse. Sin embargo, su omisión probablemente traería complicaciones al procedimiento. A continuación se hace una lista de estos elementos, clasificándolos en tres categorías: básicos, especiales y complejos<sup>12</sup>.

### *Elementos Básicos*

Los elementos básicos son particularmente importantes para la viabilidad del arbitraje. Estos elementos son los que más comúnmente se incluyen en los acuerdos arbitrales sin que necesariamente atiendan a las características particulares del caso. Entre ellos están los siguientes:

- Número de árbitros.
- Ley aplicable.
- Lugar del arbitraje.
- Idioma del arbitraje.
- Institución administradora y/o autoridad nominadora (en caso de arbitraje institucional).
- Reglamento de arbitraje o selección de reglas sobre el procedimiento.

### *Elementos Especiales*

En un segundo plano, el acuerdo arbitral también puede contener elementos especiales cuya inclusión dependerá más de las características particulares de cada

caso. Algunos de estos elementos son los siguientes:

- Negociación o mediación previa al arbitraje.
- Procedimiento para la selección del árbitro o árbitros.
- Cualidades especiales del árbitro o árbitros.
- Medidas precautorias.
- Tipo de moneda en que deben determinarse y pagarse los daños.
- Tipo de daños y tipo de interés.
- Renuncia a inmunidad soberana.
- Costas del arbitraje.
- Confidencialidad.
- Requisitos particulares del laudo.
- Definitividad del laudo arbitral.
- Plazo para dictar el laudo arbitral.
- Lenguaje para facilitar la ejecución del laudo.
- Cortes con competencia para ejecutar el laudo.

Estos elementos normalmente se incluyen cuando resulta conveniente regular con un poco más de detalle el mecanismo de resolución de controversias que las partes necesitan, pero siguen siendo elementos generales que normalmente no pondrían en riesgo la aplicación de reglas de arbitraje institucional<sup>13</sup> ni violarían

<sup>12</sup> Existen distintas clasificaciones sobre los elementos de las cláusulas arbitrales. Esta clasificación es solamente ilustrativa, ya que los elementos a incluirse dependerán del análisis del caso particular.

<sup>13</sup> La modificación de los términos de la cláusula modelo de alguna institución arbitral, podría llevar a que la institución rechazara la administración del caso.

reglas obligatorias conforme a la ley aplicable<sup>14</sup>.

### *Elementos Complejos*

El uso de estos elementos se reserva normalmente para contratos muy complejos. En todo caso, antes de incluirlos, se deberán analizar muy cuidadosamente las circunstancias del asunto y el acuerdo arbitral deberá ser redactado meticulosamente para evitar inconsistencias y la posible invalidez del mismo. Algunos ejemplos de estos elementos, son los siguientes:

- Establecer el alcance de la cláusula en arbitrajes *multi-parte* (varios actores o varios demandados).
- *Discovery* e intercambio de documentos.
- Consolidación de procedimientos.
- Distintos métodos de resolución de controversias (litigio y arbitraje).
- Inclusión de comités de expertos para resolver controversias técnicas.
- Redacción de un procedimiento sumario de resolución de controversias.
- Arbitrabilidad de las posibles controversias.

En la práctica, cada cláusula atenderá a las características particulares del caso y a las circunstancias que rodeen la negociación del acuerdo arbitral. Un acuerdo arbitral puede contener elementos de las tres categorías antes señaladas.

#### d. Qué hacer y qué evitar al momento de redactar el acuerdo arbitral

Como se mencionó al inicio de este capítulo, los objetivos más importantes al redactar un acuerdo arbitral son asegurar que las partes que celebraron el acuerdo sean efectivamente sometidas a arbitraje y que, en caso de iniciarse un arbitraje, se tenga un procedimiento arbitral eficiente que, eventualmente, culmine con un laudo ejecutable. Para esto, existen ciertos principios y reglas básicas que pueden ser de ayuda al momento de redactar el acuerdo arbitral<sup>15</sup>. Algunos ejemplos son los siguientes:

- i. Evitar referencias a que el sometimiento al arbitraje o el cumplimiento del laudo son potestativos. La intención de las partes de someter la disputa a arbitraje debe ser clara, inequívoca y vinculatoria.
- ii. Evitar acuerdos arbitrales que violen las leyes aplicables (tanto sustantiva como procesal). Para esto, hay que considerar tanto la ley arbitral del lugar del arbitraje, así como, la ley de

<sup>14</sup> Es importante tener en cuenta los requisitos especiales que puedan ser exigidos por la ley aplicable al acuerdo arbitral así como por las reglas arbitrales que regirán el procedimiento arbitral.

<sup>15</sup> GRAHAM TAPIA, Luis E. "La cláusula arbitral: aspectos prácticos". En: *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997, pp. 32-40. BISHOP, R. Doak. "A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses". En: *1 Int'l Energy L. & Tax'n Rev.* 16, 2000, pp. 26-28.

- los lugares donde más probablemente será ejecutado el laudo.
- iii. Evitar, en arbitraje institucional, alteraciones a normas del reglamento arbitral. En especial, aquéllas que la institución administradora pueda considerar como fundamentales para el manejo del arbitraje<sup>16</sup>.
  - iv. Evitar la referencia inexacta a un reglamento o institución administradora, debiéndose verificar su existencia y nombre correcto antes de su inclusión en el acuerdo.
  - v. Evitar defectos en la conformación del tribunal arbitral (como establecer muchas calificaciones y características del árbitro o los árbitros o el nombrar a una persona determinada como árbitro).
  - vi. Evitar, en arbitrajes *ad hoc*, un exceso de reglamentación y asegurar que el procedimiento pactado es claro y efectivo, no confuso y conflictivo.
  - vii. Evitar establecer arbitraje como método de resolución de controversias sobre una materia no arbitrable.
  - viii. Evitar, en arbitraje institucional, nombrar a una institución que no vaya a aceptar el mandato de administrar el arbitraje.
  - ix. En caso de establecerse plazos dentro del acuerdo arbitral (por ejemplo, para dictar el laudo arbitral) debe establecerse la posibilidad de extenderlos a discreción del árbitro (o de la institución administradora del arbitraje, en su caso).
  - x. Si se establece una condición precedente al arbitraje (negociación, mediación, etc.), debe establecerse que en caso de que dicha condición no ocurra en un plazo determinado, la disputa se remitirá a arbitraje.

Otros autores también hacen referencia, desde otra perspectiva, a cosas que deben evitarse al momento de redactar el acuerdo arbitral. En su artículo sobre qué hay que evitar al momento de redactar cláusulas arbitrales, JOHN TOWNSEND establece los siguientes siete pecados capitales: (i) no darle importancia a la redacción o selección del acuerdo arbitral (normalmente por negociarse hasta el final); (ii) ambigüedad en el acuerdo arbitral; (iii) omisión de elementos esenciales (o útiles) en el acuerdo arbitral; (iv) demasiada especificidad en la redacción del acuerdo; (v) establecer expectativas poco realistas (por ejemplo, estableciendo plazos muy cortos para la constitución del tribunal arbitral, etc.); (vi) “envidia” por el litigio (estableciendo que se tiene que seguir un procedimiento ante cortes nacionales antes de someterse al arbitraje); y (vii) extralimitación en los términos del acuerdo (estableciendo elementos abusivos en contra de alguna de

<sup>16</sup> Por ejemplo, en arbitrajes conforme a las reglas de la CCI, dicha institución se ha rehusado a administrar arbitrajes en los que las partes eliminaron en el acuerdo la facultad de escrutinio del laudo arbitral por la institución, la facultad de confirmar y reemplazar árbitros o la de determinar sus honorarios. Véase TAKLA, Youssef. “Non-ICC Arbitration Clauses and Clauses Derogating from the ICC Rules”. En: *7 ICC Int'l Ct. Arb. Bull.* International Chamber of Commerce, Diciembre 1996, pp. 7-9.

las partes contratantes)<sup>17</sup>. Igualmente, los autores ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER mencionan que los defectos encontrados más comúnmente en cláusulas arbitrales son que ésta sea inconsistente, incierta e inoperante. Sin embargo, mencionan que la mayoría de las cortes nacionales (e instituciones arbitrales), en caso de encontrarse con una cláusula defectuosa, intentarán interpretarla guiándose por la intención de las partes y dando, en lo posible, efectos al acuerdo de arbitraje, a menos que, por la gravedad de la patología de la cláusula arbitral, realmente resulte imposible hacerlo<sup>18</sup>.

### 3.2. La adopción de una cláusula modelo

Las cláusulas modelo son “formatos” previstos en los distintos reglamentos de arbitraje que fueron diseñados para que las partes los copien e inserten literalmente en un contrato. Son cláusulas sencillas pero que contienen todos los elementos para que el acuerdo arbitral sea válido y eficaz<sup>19</sup>. Como se mencionó anteriormente, las cláusulas modelo normalmente van aparejadas de reglamentos arbitrales de alguna institución u organización especializada (como puede ser el caso de instituciones como la CCI, CIRD, LCIA, CCL, AmCham o la CNUDMI) que pueden

seleccionarse para regir el procedimiento arbitral (tanto en arbitraje institucional como en arbitraje *ad hoc*). Algunas de las cuestiones a considerar a favor de la aplicación de reglamentos arbitrales son las siguientes:

- Las reglas han sido elaboradas por expertos;
- Los reglamentos se han ido perfeccionando para ajustarse a la dinámica del comercio y precedentes arbitrales;
- Las normas incluidas en los reglamentos han sido sujetas a interpretación y explicación por tribunales arbitrales y estatales;
- Las partes no tienen que entrar en una difícil negociación sobre los términos conforme a los cuales se conducirá el arbitraje al momento de redactar el acuerdo arbitral<sup>20</sup>.

Aunque existe una multiplicidad de cláusulas modelo y de reglamentos arbitrales de diversas instituciones arbitrales de mucho prestigio, la selección de la cláusula modelo y del reglamento arbitral dependerá de un análisis caso a caso, ya que algunos reglamentos tienen diferencias importantes sobre otros.

<sup>17</sup> TOWNSEND, John M. “Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins”. En: *Dispute Resolution Journal*. Nueva York: American Arbitration Association, Febrero-Abril 2003 (Vol. 58, No.1),

<sup>18</sup> REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta Edición. Londres: Thompson Sweet & Maxwell, 2004, pp. 196-199.

<sup>19</sup> GRAHAM TAPIA, Luis E. “La cláusula arbitral: aspectos prácticos”. En: *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997, p. 28.

<sup>20</sup> GRAHAM TAPIA, Luis E. “La cláusula arbitral: aspectos prácticos”. En: *Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997, p. 29.

Algunos de los factores a considerar para la elección de qué cláusula y qué reglamento adoptar, entre otras, son: (i) la cuantía de la controversia, (ii) la materia de la controversia, (iii) si es más probable que la parte a la que se representa será demandado o demandante, (iv) si se quiere tener la posibilidad de nombrar a un árbitro de emergencia previa a la constitución del tribunal arbitral (como en el caso del CIRDI), (v) si se quiere mayor o menor involucramiento de la institución arbitral en el manejo del arbitraje (en caso de arbitrajes institucionales), entre otros.

Cabe señalar que, pese a que las cláusulas modelo de las instituciones arbitrales son recomendables (por las mismas razones que los reglamentos son recomendables y porque es mejor establecer los términos básicos del acuerdo arbitral a poner en riesgo su validez redactando términos complejos), existen autores que argumentan que el lenguaje utilizado en las cláusulas modelo es disfuncional. Algunas de las críticas que estas cláusulas modelo han recibido, son en relación con el lenguaje que utilizan, por ejemplo, que no usan un idioma “inglés” o un idioma “español” simple, si no más bien términos legales que no son claros para todos los usuarios de esas cláusulas<sup>21</sup>. Aunque lo anterior es debatible, las instituciones arbitrales y principalmente organismos

internacionales como la CNUDMI, tienen grupos de trabajo que revisan las reglas conforme a los cambios en la práctica del arbitraje internacional ayudando así a su evolución<sup>22</sup>.

### 3.3. ¿Qué hacer para tener un acuerdo arbitral efectivo?

En primer lugar, es importante tener en cuenta la relevancia de la negociación del método de resolución de disputas. En este sentido, es recomendable que las partes cuenten con asesoría especializada para seleccionar el método de resolución de controversias más adecuado.

Cómo se ha comentado anteriormente, si las partes quieren incluir una cláusula arbitral en su contrato, lo más común es que adopten una cláusula modelo de alguna institución arbitral o alguna autoridad internacional reconocida en la materia como la CNUDMI. Aunque estas cláusulas están normalmente redactadas en términos generales (incluyendo los términos necesarios para hacer un acuerdo arbitral efectivo) siempre es recomendable que se haga referencia a un reglamento de arbitraje de alguna de estas instituciones u organizaciones que supletoriamente pueda resolver algún problema que surja en relación con la interpretación y validez del acuerdo arbitral en caso de no estar expresamente establecido.

<sup>21</sup> ADAMS, Kenneth A. “The Standard Arbitration Clause: Room for Improvement”. En: *New York Law Journal*, Nueva York: ALM Publication, 9 de marzo de 2010, Volumen 243, No. 44.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) de la CNUDMI ha venido revisando la experiencia de la utilización del reglamento de arbitraje de la CNUDMI y ha estado trabajando en una versión revisada del reglamento.

Para tener un acuerdo arbitral efectivo en un contrato, es recomendable que las partes atiendan a lo siguiente:

- a) Determinar si será un arbitraje ad hoc o institucional

Este es uno de los puntos más importantes a determinar por las partes.

Pese a que sería preferible elegir el tipo de arbitraje una vez surgida la controversia (para estar en aptitud de evaluar su complejidad e importancia), éste desgraciadamente es un punto que debe determinarse al momento de redactar el acuerdo arbitral; lo anterior, atendiendo a que el principal objetivo de insertar una cláusula arbitral en un contrato es asegurar que, cuando surja una controversia entre las partes contratantes, ninguna de ellas podrá escapar del arbitraje<sup>23</sup>.

El escoger un tipo de arbitraje sobre del otro tiene sus ventajas y desventajas dependiendo de cada caso en particular. A continuación se mencionan brevemente las ventajas y desventajas de seleccionar un arbitraje institucional.

**Ventajas.** La principal ventaja de seleccionar un arbitraje institucional, es que se está incorporando el reglamento de arbitraje de una institución arbitral. La aplicación supletoria de estas reglas es de gran valor ya que el reglamento arbitral normalmente cubrirá cualquier situación que las partes no hayan previsto

en el acuerdo arbitral (como puede ser el caso, por ejemplo, de que (i) una parte intente recusar a un árbitro, (ii) que una parte no nombre a uno de los árbitros que conformarán el tribunal arbitral, o (iii) que una parte simplemente no aparezca en el arbitraje). Otra ventaja es que el personal de la institución administradora que estará a cargo del arbitraje está normalmente bien capacitado y especializado en la administración de arbitrajes (esto incluye el manejo de los pagos administrativos y del pago de los honorarios de los árbitros, así como la coordinación de conferencias telefónicas y audiencias, entre otros). Si el arbitraje no es institucional, las labores administrativas tendrán que realizarse por el tribunal y las partes directamente, lo cual puede traer complicaciones al procedimiento. Dependiendo de las reglas, en algunos casos la misma institución tendrá un poco más de involucramiento en el arbitraje. Por ejemplo, en el caso de la CCI, la institución realiza un escrutinio (de naturaleza formal) del laudo arbitral antes de que sea enviado a las partes.

**Desventajas.** Algunas de las desventajas de un arbitraje institucional, son en relación con los pagos que tienen que hacerse a la institución administradora. En varios casos, el reglamento de arbitraje establece el pago de una cuota fija por los gastos administrativos dependiendo del monto de la controversia, lo mismo puede pasar con el monto de los honorarios de los árbitros. Estos costos pueden llegar a ser considerables. Si mantener los costos

<sup>23</sup> Véase REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta Edición. Londres: Thompson Sweet & Maxwell, 2004, p. 188, citando el reporte de GÉLINAS en *The elements of an effective arbitration clause*, en el ICCA Congress Series No. 14. Paris, 1988.

lo más bajos posibles es una prioridad, y asumiendo que las partes se encuentran bien asesoradas por expertos en la materia, es posible que sea preferible considerar un arbitraje *ad hoc* en el que las partes negocien estos costos de una manera más apropiada al caso en particular. Otra desventaja que puede traer la selección de un arbitraje institucional, es que muchas veces los plazos establecidos en el arbitraje por las instituciones administradoras son muy cortos para arbitrajes complejos, aunque es importante hacer notar que la extensión de dichos plazos es normalmente concedida por la institución o el tribunal arbitral. En algunos casos, la misma labor administrativa de la institución puede retrasar el arbitraje (por ejemplo al momento de lidiar con temas de pago de cuotas administrativas o el tiempo que puede tomar para el escrutinio del laudo, etc.).

b) Redactar un acuerdo arbitral válido

El acuerdo arbitral debe de establecer claramente que las partes tienen la intención de que todas las controversias entre ellas en relación con dicho contrato será resuelta en arbitraje.

c) Establecer el número de árbitros

Es recomendable incluir un número no de árbitros. Dependiendo del caso, puede ser un árbitro único, o bien, un tribunal de tres árbitros. Un árbitro único es recomendable normalmente cuando se trata de un asunto que, por su complejidad, no amerita que se seleccionen más árbitros, o bien, por el monto de la disputa (que el

monto de la controversia no justifique el pago de los honorarios de tres árbitros). Un tribunal arbitral de tres árbitros normalmente se justifica cuando se trata de un asunto complejo y en donde el monto de la controversia sea más elevado. Aunque se recomienda que un tribunal arbitral esté conformado por no más de tres árbitros, pudieran existir casos en los que otra conformación del tribunal arbitral resulte apropiada.

d) Establecer el procedimiento de constitución del tribunal arbitral

El procedimiento para la selección de un tribunal de tres árbitros normalmente involucra que cada parte nombre un árbitro, y luego esos dos árbitros seleccionados por las partes nombrarán al tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral. En caso de que el arbitraje sea institucional, muchos reglamentos establecen un procedimiento de selección en el que involucran a la institución administradora, quien normalmente entrará a resolver cualquier problema que haya con el nombramiento de los árbitros. En caso de que el arbitraje sea *ad hoc*, es importante que las partes incluyan en la cláusula arbitral a una autoridad nominadora independiente para el caso de que alguna de las partes no nombre al árbitro correspondiente o éstos no puedan acordar en el nombramiento del presidente del tribunal.

e) Establecer el procedimiento para llenar la falta de algún árbitro en el tribunal

También es conveniente que se incluya el procedimiento necesario para reemplazar

a un árbitro en caso de que sea necesario, sea cual sea la causa (incapacidad, muerte, recusación, etc.). Este es uno de los puntos que normalmente está regulado tanto por los reglamentos arbitrales como por las leyes nacionales de arbitraje.

f) Establecer claramente el lugar del arbitraje

El lugar del arbitraje es uno de los elementos más importantes del acuerdo arbitral, ya que determina que la ley de dicho lugar será la ley aplicable al procedimiento arbitral. Asimismo, las cortes nacionales de dicho lugar serán las que conozcan de un procedimiento de nulidad del laudo que se dicte en dicho arbitraje. Es muy importante que las partes acuerden un lugar del arbitraje adecuado. En relación con esto, deben tomarse en cuenta factores como si el Estado donde se encuentre el lugar del arbitraje es signatario de la Convención de Nueva York o de la Convención de Panamá y si la ley nacional de arbitraje es una ley moderna que está basada en la Ley Modelo. Además, aunque el lugar del arbitraje no determina el lugar físico donde se llevarán a cabo las audiencias, es también importante considerar elementos prácticos como son distancia (en relación con las partes, los árbitros y posibles testigos), disponibilidad de instalaciones adecuadas para las audiencias del arbitraje, entre otros.

g) Determinar la ley aplicable

Las partes deben de establecer cuál será la ley sustantiva aplicable a la controversia. En muchos casos, la ley aplicable se establece en una cláusula

independiente (como una cláusula de ley aplicable al contrato). Es común también que las partes establezcan expresamente la inclusión o exclusión de ciertas normas sustantivas, por ejemplo, la CISG, en casos relativos a compraventa internacional de mercaderías. Es posible también que las partes quieran que cualquier tema específico relacionado con la validez del acuerdo arbitral sea resuelto conforme a una ley distinta a la ley sustantiva que aplicará al contrato. En ese caso, esto tendrá que establecerse expresamente y de manera muy clara en el acuerdo arbitral.

h) Establecer el idioma del arbitraje

Es recomendable también que las partes establezcan el idioma que seguirá el procedimiento arbitral. Normalmente el idioma del contrato es el idioma que se utilizará en el arbitraje (así se establece en la mayoría de los reglamentos y leyes de arbitraje). Sin embargo, el tribunal arbitral tiene discreción para determinar otro idioma después de considerar factores como el idioma que tienen la mayoría de los documentos relacionados con la controversia, o el idioma que hablan los posibles testigos, entre otros. También es común que se establezca en la cláusula arbitral que el arbitraje puede conducirse, indistintamente, en dos idiomas (ambos igualmente auténticos) para reducir gastos de traducción de documentos, entre otros factores. En estos casos, es recomendable que el tribunal arbitral sea igualmente bilingüe en ambos idiomas.

Los anteriores son algunos de los elementos que se recomienda considerar para que un acuerdo arbitral sea efectivo



y que minimizan el riesgo de terminar con una cláusula disfuncional que complique el procedimiento arbitral. Sin embargo, esta lista no es exhaustiva y pueden existir otros elementos que, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, pudieran ser añadidos en el acuerdo arbitral y que pudieran resultar de utilidad para el procedimiento arbitral.

#### 4. LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL Y LA FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE DECIDIR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA

Aunque este trabajo tiene la intención de hacer un análisis práctico del acuerdo arbitral y no analizar las teorías más doctrinarias que lo rodean, es importante tratar brevemente el principio de la autonomía del acuerdo arbitral y la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia.

Bajo este principio, en caso de presentarse un supuesto de ineficacia en el acto que dio lugar al acuerdo arbitral (normalmente un contrato principal), el acuerdo arbitral seguirá vivo, de manera independiente, para resolver cualquier disputa relacionada con dicho acto o contrato. Este principio es necesario para salvaguardar la viabilidad del arbitraje y así prevenir el que una parte, sin razones justificadas, pueda evitar el sometimiento al arbitraje. La cláusula

arbitral es “separable” del contrato que la contiene (el término usado en idioma inglés es *separability*), y su misma validez depende de un análisis independiente<sup>24</sup>.

El análisis de la cláusula arbitral se hace a través del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, que establece que el árbitro o tribunal arbitral tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia. Este principio fue creado como un instrumento o como un remedio para hacer efectiva la autonomía del acuerdo arbitral y evitar así dilaciones en caso de que tuviera que acudir a las cortes nacionales para determinar la validez de la cláusula arbitral.

La mayoría de los reglamentos de arbitraje e instrumentos internacionales sobre arbitraje establecen claramente la independencia de la cláusula arbitral, defendiendo así la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia. Sin embargo, esta facultad es también controlada por las cortes nacionales y, en algunos casos, se ha determinado que éstas pueden realizar un análisis *prima facie* sobre la validez del acuerdo arbitral (antes del tribunal arbitral)<sup>25</sup>. En estos casos, este grado de control por las cortes nacionales ha sido fuertemente criticado por la comunidad arbitral.

#### 5. CONCLUSIÓN

El acuerdo arbitral puede ser tan general o tan específico como las partes

<sup>24</sup> GRAHAM TAPIA, Luis E. “La cláusula arbitral: aspectos prácticos”. En: *Revista de Derecho Privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1997, pp. 24-25.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje corresponde al juez y no al tribunal arbitral (Ver Contradicción de Tesis 51/2005-PS, Tesis de Jurisprudencia 25/2006).

quieran. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que incluir elementos complejos puede causar que el acuerdo arbitral sea defectuoso o inejecutable. Como primer punto, las partes deben procurar tener tiempo suficiente para negociar e incluir en su contrato un acuerdo arbitral efectivo y siempre estar asesorados por un experto en la materia. Con esto se garantizará que las partes que celebraron el acuerdo sean efectivamente sometidas a arbitraje y que, en caso de iniciarse un arbitraje, se tenga un procedimiento arbitral eficiente (con

flexibilidad, celeridad y certeza procesal) y que el laudo que se dicte sea ejecutable. Asimismo, si bien es recomendable adoptar una cláusula modelo de alguna institución arbitral reconocida, siempre deberá analizarse cuál de dichas cláusulas modelo es la que resulta más apropiada para el caso concreto. Asimismo, deberá evaluarse cuidadosamente si es conveniente incluir algún elemento adicional al texto de dicha cláusula modelo que permita resolver de manera más adecuada las posibles controversias futuras (o presentes, en caso de que la controversia ya haya surgido).

# ¿LA MULTILATERALIZACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL?

## LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

NIGEL BLACKABY (\*)  
JEAN PAUL DECHAMPS (\*\*)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes de la CNMF. 3. Funcionamiento de la CNMF. 4. La aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de disputas entre inversores y Estados. 4.1. El recurso a la CNMF para superar requisitos procesales de admisibilidad del reclamo. 4.2. El recurso a la CNMF para ampliar la jurisdicción del tribunal. 5. Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas se ha producido en el mundo un fenómeno sin precedentes de expansión de las actividades de intercambio económico entre las naciones. Ello se ha manifestado principalmente en la apertura de mercados nacionales, fusiones internacionales de compañías, procesos de privatización de

empresas de servicios públicos, y una tendencia generalizada a la desregulación de los mercados y la promoción del libre comercio.

El resultado de este proceso ha sido una creciente comunicación e interdependencia entre las naciones que no sólo ha tenido un impacto en la unificación de mercados, sino que también ha provocado una verdadera revolución

---

(\*) Socio de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP y Director del Grupo de Arbitraje Internacional para los EE.UU y Latinoamérica.

(\*\*) Asociado del Grupo de Arbitraje Internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP.  
Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales de los autores y no reflejan la posición u opinión del bufete Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP. Copyright de los autores.

social y cultural<sup>1</sup>. La expansión del intercambio económico ha tenido como consecuencia una creciente y urgente necesidad de contar con marcos legales que no solamente permitan regular dicho intercambio, sino que también lo protejan y promuevan en el largo plazo.

Ello ha provocado, a su vez, una revalorización del rol de las instituciones multinacionales que dictan políticas y persiguen acuerdos económicos de alcance multilateral, como ser el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial de Comercio en las áreas de regulación monetaria y de intercambio comercial respectivamente. Sin embargo, en lo que refiere a la regulación de la protección y promoción de inversiones, los acuerdos internacionales han limitado mayormente su alcance a regular las relaciones bilaterales (mediante Tratados Bilaterales de Inversión, o *TBIs*), extendiendo su aplicación en, algunos casos, a un contexto regional<sup>2</sup>.

Los TBIs son acuerdos entre dos Estados para la promoción y protección recíproca de inversiones en el territorio

de cada uno de ellos por inversionistas del otro Estado. La estructura, ámbito de aplicación y garantías contenidas de estos acuerdos, suele seguir un patrón general uniforme y común entre sí, aunque con variaciones en el lenguaje específico utilizado en los diferentes tratados<sup>3</sup>. Los TBIs incluyen determinadas garantías que constituyen estándares aceptados de protección de inversiones, a saber definición, admisión y establecimiento de la inversión, tratamiento justo y equitativo de la inversión, compensación en caso de expropiación o daño a la inversión, garantías de libre transferencia de fondos, cláusula de trato nacional y cláusula de nación más favorecida (*CNMF*). Los TBIs incluyen asimismo una cláusula de resolución de disputas entre cada Estado y los inversores del Estado contratante, la cual normalmente permite a estos últimos recurrir, entre otros, al arbitraje internacional a fin de iniciar un reclamo por violación de las antedichas garantías<sup>4</sup>.

Desde finales de la década de 1980 en adelante se ha comprobado un

<sup>1</sup> Sobre este tema, es particularmente instructivo el trabajo de EITZEN, Stanley y BACA ZINN, Maxine. *Globalization: The Transformation of Social Worlds*, Wadsworth Sociology Reader Series, 2009.

<sup>2</sup> Ver por ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de la ASEAN de 1987; el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994; la parte 3 y el artículo 26° del Tratado sobre la Carta de la Energía (el *ECT*) de 1994; los Protocolos de Inversión del Mercosur de Colonia y Buenos Aires de 1994; el capítulo 17 del Acuerdo del Grupo de los Tres de 1990 y el capítulo diez del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América de 2004.

<sup>3</sup> Para un estudio integral del surgimiento y desarrollo de la práctica sobre TBIs, ver DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

<sup>4</sup> La mayoría de estos acuerdos prevé que tales disputas serán resueltas mediante arbitraje internacional, ya sea bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Banco Mundial creada por la Convención de Washington en 1965, o mediante arbitraje *ad hoc* normalmente bajo el Reglamento de CNUDMI.

crecimiento exponencial en el número de TBIs concluidos, los cuales casi sin excepción han reflejado de modo consistente las mencionadas garantías<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, y como resultado natural del incremento en el intercambio comercial entre las naciones, se ha verificado una escalada significativa en el número de disputas (arbitrajes) entre inversores y Estados basadas en violaciones a aquellas garantías<sup>6</sup>. Ello ha provocado, por su parte, el surgimiento de un nutrido cuerpo de jurisprudencia arbitral internacional. Así, el resultado ha sido el creciente desarrollo de un derecho internacional de las inversiones destinado a aclarar el alcance y rigor de las distintas provisiones de los TBIs.

La creciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales, sumado a las similitudes estructurales y de contenido de los TBIs<sup>7</sup>, revelan que, contrario a lo que la naturaleza bilateral de estos instrumentos podría sugerir, la formación del incipiente derecho internacional de las inversiones es en esencia un fenómeno multilateral<sup>8</sup>. La multilateralidad es, por lo demás, bienvenida en esta área, ya que actúa como una herramienta para lograr estabilidad entre los Estados al promover la competencia entre inversores sobre

una base de uniformidad e igualdad de condiciones, evitando discriminaciones o conductas de bloque en perjuicio de terceros Estados<sup>9</sup>.

Una de las provisiones de los TBIs de las que se deriva con mayor claridad esta multilateralidad es la CNMF. En términos generales, la CNMF ha sido entendida como “una estipulación por la cual dos gobiernos regulan su participación recíproca a cualquier sistema jurídico más ventajoso que hubiesen elaborado, o que elaborarían, con otros gobiernos”<sup>10</sup>. Así, la CNMF opera en principio como un instrumento multilateralizador por excelencia, pues una ventaja negociada de forma bilateral adquiere de manera automática un carácter multilateral, beneficiando por igual a todos los participantes del sistema.

Sin embargo, la determinación de la forma y alcance de la aplicación de la CNMF a las distintas disposiciones de los TBIs ha provocado un debate en la doctrina y jurisprudencia reciente. En particular, como analizaremos en este trabajo, diversas decisiones arbitrales han tratado, no siempre en forma consistente, la cuestión de su aplicabilidad a los mecanismos de resolución de disputas previstos en los TBIs.

<sup>5</sup> El número de TBIs en vigor creció de menos de 400 hacia finales de la década de 1980, a casi 2700 a finales de 2008. Ver DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Op. cit.*; Anexo B; UNCTAD. *Recent Developments in International Investment Agreements (2008–June 2009)*. IIA Monitor No. 3. Nueva York y Ginebra, 2009, p. 2.

<sup>6</sup> CIADI. *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*. Edición 2010-1, Gráfico 1.

<sup>7</sup> NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2009, p. 65.

<sup>8</sup> SCHILL, Stephan W. *Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses*. En: *Berkeley Journal of International Law*. Volumen 27. No. 2, 2009, pp. 496-556.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 501.

<sup>10</sup> SCELLE, Georges. *Précis de droit de gens*. Volumen II, 1934, p. 384.

## 2. ANTECEDENTES DE LA CNMF

Las CNMF, en su carácter de instrumentos de derecho internacional niveladores de las relaciones entre naciones, han venido siendo utilizadas desde la Edad Media, por lo que sería un error tratarlas como una novedad surgida a partir de su inclusión en los TBIs y del publicitado tratamiento jurisprudencial que de ello se ha derivado<sup>11</sup>.

La CNMF puede trazar sus orígenes al siglo XI donde surge como una promesa unilateral de los señores feudales, por medio de la cual se comprometían a conceder condiciones de intercambio comercial similares a los comerciantes de diferentes ciudades<sup>12</sup>. La primera versión escrita de esta disposición aparece el 8 de noviembre de 1226, cuando el Emperador Federico II de Alemania suscribe un tratado por medio del cuál otorga a la ciudad de Marsella los mismos privilegios aduaneros que había previamente otorgado a las ciudades de Pisa y Genova<sup>13</sup>. La CNMF adquiere a partir del siglo XV un carácter bilateral. El 17 de agosto de

1417 se celebra un tratado entre Enrique V de Inglaterra, el Duque de Borgoña y el Conde de Flandes, en el cual se establece que los navíos ingleses tendrán los mismos derechos de navegación en los puertos de Flandes que los que tienen los navíos franceses, holandeses y escoceses. De igual manera, el tratado dispone que estos beneficios sean extendidos recíprocamente a los navíos provenientes de Flandes en Inglaterra<sup>14</sup>.

A finales del siglo XV las CNMF comienzan a estipular su aplicación a fin de incluir los beneficios otorgados a cualquier país extranjero, y no limitarse exclusivamente a determinados países<sup>15</sup>. En el siglo XVII las CNMF comenzaron a incluirse en los primeros tratados de amistad, comercio y navegación. Así, un tratado de 1654 entre el Reino Unido y Suecia dispuso:

“Los naturales, súbditos y habitantes de ambos Estados confederados dispondrán y gozarán, en los reinos, países, tierras y dominios del otro, de privilegios, relaciones, libertades e inmunidades tan amplios y extensos como aquellos de que goza ahora o

<sup>11</sup> *Tza Yap Shum c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, pp. 194 y ss.

<sup>12</sup> YANAI, Akiko. *The Function of the MFN clause in the Global Trading System*. Working Paper Series 01/02 - N° 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, Marzo 2002, p. 3.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 3; NOLDE, Boris. “*La Clause de la Nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels*”. En: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Volume 39 (1932-I), p. 25.

<sup>14</sup> SCHWARZENBERGER, Georg. “*The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice*”. En: *British Yearbook of International Law*. Volumen 22, 1945, p. 96.

<sup>15</sup> Por ejemplo, se concluyeron Tratados comerciales entre Inglaterra y Bretaña en 1486, entre los Países Bajos y Suecia en 1679 y entre Inglaterra y Portugal en 1692. USTOR, Endre M. “*Clause de la Nation la Plus Favorisée*”. *Annuaire de la Commission du droit international*. Volumen II, 1969, pp.165-166.

goce en lo sucesivo cualquier otro extranjero”<sup>16</sup>.

Los primitivos tratados de amistad, comercio y navegación, antecedente directo de los modernos TBIs, regulaban principalmente, aunque no exclusivamente, actividades económicas entre dos Estados. La inclusión de una CNMF constituía esencialmente una provisión de no-discriminación, al evitar que los súbditos de un Estado en particular estuviesen en situación de desventaja económica en comparación con los súbditos de terceros Estados. Así, inicialmente, las provisiones sobre trato más favorable, no incluían una garantía de trato nacional, por lo que los nacionales aún podían recibir un trato mejor que los extranjeros<sup>17</sup>.

En el siglo XIX y principios del XX, surgió la CNMF condicional. En lugar de otorgarse automáticamente, el trato más favorable era concedido a cambio de una contraprestación por el Estado

beneficiario. Esta cláusula fue incluida, por ejemplo, en el Tratado de Amistad y Comercio de 1778 entre Estados Unidos y Francia<sup>18</sup>. Un instructivo de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos explicaba la aplicación de esta cláusula:

“Los demás gobiernos a los que Estados Unidos ha otorgado el trato de la nación más favorecida no han tenido derecho a reclamar que se extendieran a ellos las concesiones arancelarias otorgadas por Estados Unidos a un tercer país a cambio de concesiones arancelarias recíprocas, a menos que ofrecieran otorgar a Estados Unidos concesiones arancelarias equivalentes”<sup>19</sup>.

Eventualmente, el uso de la CNMF en forma condicional cayó en desuso, en parte por las dificultades de su aplicación<sup>20</sup> y en parte porque los Estados comenzaban a tomar conciencia que otorgar un trato más favorable de modo incondicional redundaba en mayores ventajas para el Estado que la concedía<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden, 11 de abril de 1654, BSP 1/691. En: Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *La Cláusula de la Nación más Favorecida*, 60º período de sesiones, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de junio a 8 de agosto de 2008 (A/63/10), pp. 441-442.

<sup>17</sup> Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *La Cláusula de la Nación más Favorecida*. 60º período de sesiones, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de junio a 8 de agosto de 2008 (A/63/10), p. 442.

<sup>18</sup> El artículo 42 dispuso:

*The Most Christian King and the United States engage mutually not to grant any particular favour to other nations, in respect of commerce and navigation, which shall not immediately become common to the other party, who shall enjoy the same favour, freely, if the concession was freely made, or on allowing the same compensation, if the concession was conditional.*

Ver SCHILL, Stephan W. *Op. cit.*; p. 510.

<sup>19</sup> MORALES, Isidro. *La Cláusula de la Nación más Favorecida y la evolución de las relaciones comerciales en Latinoamérica hasta 1950*. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas. Vol. 35. No. 64-65, 1976, p. 156.

<sup>20</sup> SCHILL, Stephan W. *Op. cit.*; p. 511.

<sup>21</sup> Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *La Cláusula de la Nación más Favorecida*. 60º período de sesiones, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de junio a 8 de agosto de 2008 (A/63/10), p. 443.

Ya en el siglo XX, en 1932, la Sociedad de Naciones consideró que la CNMF era necesaria para limitar la discriminación en materia de intercambios, al sostener:

“que el otorgamiento recíproco del tratamiento incondicional de la nación más favorecida, en lo relacionado con los derechos de aduana y demás condiciones de comercio, constituye un elemento esencial del desarrollo libre y normal de los intercambios entre los Estados, y es necesario, con el propósito de mantener la estabilidad y la seguridad del comercio, que este tratamiento sea garantizado, por un período suficiente, por medio de tratados de comercio”<sup>22</sup>.

Así, la CNMF se convirtió en la piedra angular del régimen del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)<sup>23</sup>. El artículo I del GATT dispone que el trato más favorable se deba conceder “inmediata e incondicionalmente” en frontera a los productos originarios de otras Partes Contratantes. El artículo III establece asimismo la garantía de “trato nacional” a esos bienes una vez que hubieran entrado en el mercado interior de una Parte Contratante en el Acuerdo<sup>24</sup>. Así, la CNMF del GATT constituye la esencia del principio de no discriminación

en el marco de dicho acuerdo, lo cuál se ha hecho extensivo a la Organización Mundial del Comercio<sup>25</sup>.

A partir de la segunda mitad del siglo XX surgen los modernos TBIs, que casi sin excepción incluyen algún tipo de CNMF<sup>26</sup>. Así, el campo de operación de esta cláusula, hasta entonces mayormente limitada a cuestiones de intercambio comercial internacional, se amplió para incluir asuntos relacionados con la regulación internacional de las inversiones. En los años recientes, el incremento significativo en el número de TBIs en vigor ha provocado un renovado interés en el análisis e interpretación de las CNMF para su aplicación en dicho contexto.

### 3. FUNCIONAMIENTO DE LA CNMF

La Comisión de Derecho Internacional ha definido al trato de nación más favorecida en los siguientes términos:

“El trato de nación más favorecida es el trato acordado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas en una relación determinada con dicho Estado, que no es menos favorable que el trato otorgado por el

<sup>22</sup> Conférence économique internationale, Rapport définitif. Comp. F.A. Van Woerden. *La Société des Nations et le rapprochement économique international*. La Haya, 1932, pp. 172 y ss.

<sup>23</sup> GATT responde al acrónimo de General Agreement on Tariffs and Trade. El GATT fue creado en la Conferencia de La Habana el 30 de octubre de 1947, y firmado en 1948 por 23 países. El 1º de enero de 1995, con la creación de la Organización Mundial de Comercio, el GATT pasó a formar parte de esta.

<sup>24</sup> Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *La Cláusula de la Nación más Favorecida*. 60º período de sesiones, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de junio a 8 de agosto de 2008 (A/63/10), p. 443.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 443.

<sup>26</sup> DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Op. cit.*; cap. 1 y p. 65.



Estado concedente a un tercer Estado o a personas o cosas en la misma relación con dicho tercer Estado”<sup>27</sup>.

Esta definición destaca tres elementos importantes de la CNMF. Primeramente, la CNMF prohíbe la discriminación entre inversores (personas) o inversiones (cosas) del Estado beneficiario y un tercer Estado. Luego, para que proceda la aplicación del tratamiento más favorable, es necesario que dichas inversiones e inversores se encuentren en circunstancias asimilables. Finalmente, el inversor y la inversión del Estado beneficiario deben recibir un trato que no sea menos favorable que el trato que el Estado concedente otorga a un tercer Estado<sup>28</sup>.

Para analizar el alcance de la CNMF en el marco del derecho internacional de las inversiones, resulta útil comenzar por estudiar la operación práctica de dicha provisión. El artículo 4° del TBI entre Perú y Colombia<sup>29</sup>, por ejemplo, prevé un texto estándar de CNMF en los siguientes términos:

“Artículo 4°. Trato Nacional y Cláusula de la Nación Más Favorecida:

(1) Las Partes Contratantes otorgarán en su territorio a las inversiones o a las ganancias de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel que conceden a las inversiones o a las ganancias de sus propios nacionales o empresas o a las inversiones o a las ganancias de nacionales o empresas de cualquier tercer Estado.

(2) Las Partes Contratantes otorgarán en su territorio a los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante en lo que se refiere a la administración, mantenimiento, uso, usufructo, o enajenación de inversiones, un trato no menos favorable que aquel que conceden a sus propios nacionales o empresas o a los nacionales o empresas de cualquier tercer Estado”.

Así, por operación de la CNMF del TBI entre Perú y Colombia (el TBI *básico*), ambos países otorgan a los inversores del Estado co-contratante la garantía de tratamiento más favorable, y quedan obligados a otorgar a dichos inversores el mismo tratamiento que se le conceda a los inversores o a las inversiones de un tercer Estado con el que estos países hayan firmado acuerdos similares, en caso que dicho tratamiento sea más favorable que el previsto bajo el TBI *básico*<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ILC, *Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses*. En: *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, parte dos. Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas en 1978, artículo 5. El texto original en inglés reza:

*Most-favored-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favorable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.*

<sup>28</sup> NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. *Op. cit.*; p. 196.

<sup>29</sup> Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre la promoción y protección recíproca de inversiones de 26 de abril de 1994.

<sup>30</sup> Sin embargo, debe aclararse que tal como lo aclaró la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní*, la relación con el tercer Estado es ajena a la relación entre las partes bajo el TBI *básico*.

Tal como surge del citado artículo 4º, es práctica usual de los TBI que la CNMF se integre con la protección de trato nacional, provisión que exige que a los efectos del TBI de que se trate, los inversores o inversiones de cada país firmante reciban en el otro país el mismo trato que los nacionales de dicho país<sup>31</sup>.

Así, es evidente que las CNMF (combinadas con la garantía de trato nacional) cumplen un papel fundamental como instrumento nivelador de la conducta de los Estados a fin de evitar políticas discriminatorias contra determinados Estados o regiones en beneficio de otros. Ello, pues las CNMF constituyen en principio provisiones recíprocas, incondicionales—su aplicación es automática e inmediata a las inversiones que califican como tal bajo el respectivo TBI— e indeterminadas—su aplicación no está limitada por las *ratione materiae*, *ratione personae* ni *ratione temporis* de la controversia—<sup>32</sup>. Tal como lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo a los Derechos de Nacionales*

*de los Estados Unidos de América en Marruecos*, el objeto de la CNMF es “establecer y mantener en todo momento la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados”<sup>33</sup>.

Ello dicho, deben efectuarse dos importantes aclaraciones al funcionamiento de estas cláusulas. Por un lado, la inclusión de una CNMF en un TBI no implica que el Estado deba conceder el mismo o igual tratamiento a todos los inversores extranjeros, si éstos se encuentran en situaciones objetivamente diferentes<sup>34</sup>. En efecto, la CNMF opera en una base esencialmente comparativa, y por lo tanto, sólo podrá aplicarse a inversores o inversiones que se encuentren en circunstancias o situaciones similares<sup>35</sup>. Ello, por aplicación del principio *ejusdem generis*, de acuerdo con el cual “la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula”<sup>36</sup>. Se requiere entonces que el TBI básico que incluya una CNMF se refiera a las

---

“Es [el tratado básico] el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado básico, no produce efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán: es res inter alios acta”.

*Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní (Reino Unido c. Irán)*, Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1952, p. 109.

<sup>31</sup> DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Op. cit.*; p. 65.

<sup>32</sup> ACCONCI, Pia. *Most-favoured Nation Treatment*. En: *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford. 2008, p. 368.

<sup>33</sup> *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. EE.UU.)*, Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1952, p. 176.

<sup>34</sup> ACCONCI, Pia. *Op. cit.*; p. 365.

<sup>35</sup> UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements*. Nueva York y Ginebra. 1999, p. 7.

<sup>36</sup> *Caso Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, Laudo final, 6 de marzo de 1956, (1963) UNRIIAA 91, p. 107; *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión* del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 25 de enero de 2000, p. 49.

mismas materias que el TBI con un tercer Estado proveyendo un trato más favorable del cual el inversor se está intentando beneficiar<sup>37</sup>.

Por otro lado, es usual que los Estados contratantes, por razones económicas, políticas o jurídicas, prevean en los TBIs excepciones expresas disponiendo que el tratamiento más favorable no se extienda a determinadas materias o categoría de asuntos. En general, las excepciones más comunes a dicho tratamiento suelen referirse a los beneficios específicos negociados por cada país con terceros Estados en acuerdos regionales y en acuerdos referidos a materias de impuestos<sup>38</sup>.

#### **4. LA APLICACIÓN DE LA CNMF A LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS**

La aplicación de la CNMF a cuestiones de protección *de fondo*, mediante la incorporación de derechos substantivos más favorables existentes en TBIs con terceros Estados, ha sido reconocida como inherente a la naturaleza de la CNMF y ha tenido en general acogida favorable por parte de los tribunales

arbitrales constituidos al amparo de dichos tratados<sup>39</sup>. Distinta es la situación en lo referido a la aplicación de las CNMF a las disposiciones de los TBIs sobre resolución de disputas entre inversores y Estados. En tiempos recientes, varios tribunales arbitrales han tenido oportunidad de referirse a esta cuestión y la tendencia actual parece sugerir que las CNMF podrían utilizarse para importar requisitos de admisibilidad de los reclamos que sean más favorables que aquellos contenidos en el tratado básico. Sin embargo, los tribunales han tomado una postura más restrictiva cuando los inversores han intentado prevalerse de una CNMF a fin de expandir la jurisdicción de un tribunal arbitral basándose en un consentimiento al arbitraje más amplio contenido en el TBI con un tercer Estado.

##### **4.1. El recurso a la CNMF para superar requisitos procesales de admisibilidad del reclamo**

Resulta habitual que los TBIs impongan a los inversores el cumplimiento de determinados requisitos antes de poder iniciar un reclamo arbitral bajo el tratado. Entre las limitaciones más comunes, se encuentra la del período de espera o *cooling off* a fin de permitir a las partes

<sup>37</sup> ACCONCI, Pia. *Op. cit.*; p. 365.

<sup>38</sup> DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Op. cit.*; p. 66. Ver, por ejemplo, artículo 10 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Sudáfrica sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 23 de julio de 1998.

<sup>39</sup> Ver SCHILL, Stephan W. *Op. cit.*; p. 519. La aplicabilidad de CNMF a cuestiones de protección substantiva fue discutida en: *Asian Agric. Prods. c. Sri Lanka*, Laudo final, 27 de junio de 1990; *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, Laudo sobre el fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001 y Decisión sobre daños, 31 de mayo de 2002; *MTD Equity Sdn. Bhd. c. Chile*, Laudo, 25 de mayo de 2004 y Decisión sobre anulación del laudo, 21 de marzo de 2007; *Rumeli Telekom A.S. c. Kazakhstan*, Laudo, 29 de julio de 2008; *CMS c. Argentina*, Laudo, 12 de mayo de 2005; *Bayindir c. Pakistan*, Decisión de jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.

llevar adelante negociaciones previo al inicio formal del reclamo<sup>40</sup> y la obligación de litigar ante las cortes locales durante un lapso determinado de tiempo<sup>41</sup>.

El primer caso en el cual las cuestiones de admisibilidad del reclamo fueron tratadas fue la decisión sobre jurisdicción de enero de 2000 en *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*<sup>42</sup>, el cual fue iniciado bajo el TBI Argentina-España<sup>43</sup>, cuya cláusula de resolución de disputas requiere que los reclamos sean sometidos previamente a las cortes domésticas por un plazo de dieciocho meses como requisito habilitante para iniciar el arbitraje<sup>44</sup>. La CNMF del TBI Argentina-España prevé, en sus partes relevantes:

“[...] En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país”<sup>45</sup>.

MAFFEZINI, un nacional argentino, inicio un reclamo contra España bajo el

TBI sin haber cumplido con el requisito de litigar previamente durante dieciocho meses ante las cortes locales. Para ello argumentó que el TBI entre España y Chile no contiene un requisito de someter previamente el reclamo a las cortes locales<sup>46</sup>, por lo que la CNMF del TBI Argentina-España, le permitía beneficiarse de aquél régimen más favorable<sup>47</sup>. España, por su parte, argumentó que la CNMF del TBI sólo podía extenderse a cuestiones de protección substantiva y no a los mecanismos de resolución de disputas<sup>48</sup>. El Tribunal se abocó a analizar la aplicabilidad del principio *ejusdem generis* en el caso concreto, a fin de establecer si las cláusulas de resolución de disputas podían ser incorporadas al TBI básico a través de la CNMF, es decir, si podían considerarse como cubiertas por dichas cláusulas<sup>49</sup>. En su análisis, el Tribunal consideró que los mecanismos de resolución de disputas incluidos en los TBIs se encuentran “inseparablemente vinculados”<sup>50</sup> a la protección de la inversión, y citó el caso

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, 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, artículo 10.

<sup>41</sup> Ver, por ejemplo, Acuerdo de promoción y protección de las inversiones entre la República Oriental del Uruguay y la República de Polonia de 2 de agosto de 1991, artículo X.

<sup>42</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión* del Tribunal sobre excepciones a la *jurisdicción*, 25 de enero de 2000.

<sup>43</sup> Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España de 3 de octubre de 1991.

<sup>44</sup> *Id.*, artículo X.3.(a).

<sup>45</sup> *Id.*, artículo IV.2.

<sup>46</sup> El TBI España-Chile sólo contenía el requisito de un período de espera de seis meses antes de iniciar el arbitraje. Ver Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la protección y fomento recíprocos de inversiones de 2 de Octubre de 1991, artículo 10.

<sup>47</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión* del Tribunal sobre excepciones a la *jurisdicción*, 25 de enero de 2000, p. 40.

<sup>48</sup> *Id.*, pp. 41-42.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 46.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 54.

*Ambiatelos*<sup>51</sup>, donde quedó establecido que la CNMF es susceptible de cubrir cuestiones relacionadas con la “administración de justicia”<sup>52</sup>. El Tribunal asignó especial relevancia a que el texto de la CNMF en cuestión refiere a “todas las materias” cubiertas por el TBI<sup>53</sup> y a la evidencia de que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales no respondía a un aspecto fundamental de “política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes”<sup>54</sup>. Así, el Tribunal concluyó que correspondía extender la CNMF del TBI a las cuestiones de resolución de disputas<sup>55</sup>.

El Tribunal en *Maffezini*, consciente del impacto que su interpretación de la CNMF era susceptible de generar en casos futuros, advirtió sobre excepciones a la operación de dicha cláusula, citando algunos ejemplos en los cuáles la CNMF no operaría para superar requisitos de acceso al arbitraje<sup>56</sup>. Ello incluía casos donde el TBI requiera el agotamiento

de los remedios locales<sup>57</sup>, o contenga cláusulas de bifurcación entre tribunales nacionales y arbitraje internacional y el inversor ya hubiese iniciado acciones ante el tribunal local, o si el TBI dispone un mecanismo específico de arbitraje, o un mecanismo altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas<sup>58</sup>. El Tribunal consideró que era importante establecer estas limitaciones (que aclaró eran meramente enumerativas) a fin de evitar el llamado *treaty shopping* que podía tener lugar como uno de los indeseables efectos de una interpretación amplia de las CNMF:

“Debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra”<sup>59</sup>.

La línea argumental de *MAFFEZINI* fue seguida poco después por la decisión del Tribunal en *Siemens A.G. c. República*

<sup>51</sup> *Id.*, pp. 48-50.

<sup>52</sup> *Id.*, pp. 49-50.

<sup>53</sup> El Tribunal observó que el TBI entre *España* y *Argentina* es el único de los TBIs suscritos por *España* que hace referencia a “todas las materias” en el contexto de la CNMF. *Id.*, p. 60.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 64.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 64.

<sup>56</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>57</sup> El Tribunal consideró este requisito como una regla fundamental de derecho internacional. *Id.*, p. 63.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 63. La versión en inglés de la decisión cita este extracto como sigue:

[...] a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand [...]

*Argentina*<sup>60</sup> de agosto de 2004. En el caso se discutía un escenario similar al de *MAFEZZINI* pero bajo el TBI entre Alemania y Argentina, cuya CNMF refiere a “trato” y a “actividades relacionadas con la inversión”<sup>61</sup>. A pesar de este lenguaje más limitante de la cláusula, la decisión en *Siemens* aceptó la incorporación de las

provisiones más favorables del TBI entre Argentina y Chile<sup>62</sup>. El Tribunal sostuvo que, de conformidad con el artículo 31º de la Convención de Viena<sup>63</sup>, el TBI debía ser interpretado a la luz de su objeto y propósito, y estos no eran otros que los de promover y proteger inversiones<sup>64</sup>. El Tribunal rechazó que la importación de

<sup>60</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, *Decisión sobre jurisdicción*, 3 de agosto de 2004.

<sup>61</sup> Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 9 de abril de 1991. El Tribunal consideró que el lenguaje del artículo 3 es lo suficientemente amplio para incluir los mecanismos de resolución de disputas del TBI. El artículo 3 reza:

(1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

(2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados.

<sup>62</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, *Decisión sobre jurisdicción*, 3 de agosto de 2004, p. 184.

<sup>63</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena, 23 de mayo de 1969. El Artículo 31 sobre interpretación prevé:

“31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

<sup>64</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, *Decisión sobre jurisdicción*, 3 de agosto de 2004, pp. 80-81.

provisiones del TBI de un tercer Estado importase asimismo el tener que someterse a las limitaciones de acceso al arbitraje que dicho TBI podía contener<sup>65</sup>.

La línea de *Maffezini* y *Siemens* fue seguida, en lo substancial por la decisión del Tribunal de junio de 2005 en *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*<sup>66</sup>, caso que tramitó bajo el TBI entre España y Argentina, y donde nuevamente el inversor recurrió a la CNMF a fin de circumventar la exigencia de litigar durante dieciocho meses ante las cortes locales. El Tribunal rechazó que el recurso a las cortes locales previsto en el TBIs constituyese una cuestión de política pública del Estado argentino, aceptando que la misma Argentina había concluido varios TBIs con terceros Estado en los cuáles tal requisito no estaba contemplado<sup>67</sup>. Nuevamente el Tribunal se refirió a las particularidades del sistema de arbitraje internacional, con referencias a la Convención CIADI<sup>68</sup> y a los TBIs,

como un mecanismo clave en el sistema de protección de inversiones<sup>69</sup>, y estableció por ello una presunción clara a favor de la aplicabilidad de CNMF a mecanismos de resolución de disputas en los TBIs:

“A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida”<sup>70</sup>.

La aplicabilidad de CNMF a cuestiones de admisibilidad del reclamo fue igualmente aceptada en dos decisiones posteriores, *National Grid PLC c. República Argentina*<sup>71</sup> y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*<sup>72</sup>. Ambos casos están basados, en lo sustancial, en similares escenarios que los ya mencionados en *Maffezini* y *Siemens*, es decir, con reclamantes que

<sup>65</sup> *Id.*, p. 120. Argentina argumentó que si había de importarse las provisiones más favorables sobre resolución de disputas del TBI entre Argentina y Chile que le evitarían al inversor tener que recurrir a las cortes locales durante dieciocho meses, entonces también correspondía importar la provisión sobre bifurcación, lo cual efectivamente hubiese significado que las acciones locales iniciadas por Siemens le impedirían recurrir a arbitraje internacional. El Tribunal consideró que por su naturaleza, las CNMF sólo eran operativas para importar provisiones más favorables.

<sup>66</sup> *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre *jurisdicción*, 17 de junio de 2005. Los autores representaron a Gas Natural en este caso.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 30.

<sup>68</sup> Ver *ut-supra* nota 5.

<sup>69</sup> *Id.*, pp. 31, 46 y 49.

<sup>70</sup> *Id.*, p. 49.

<sup>71</sup> *National Grid PLC c. República Argentina*, Caso CNUDMI, Decisión de *jurisdicción*, 20 de junio de 2006. Los autores representaron a National Grid en este caso.

<sup>72</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, 3 de agosto de 2006. Los autores representaron a los Demandantes en este caso.

pretendían circumventar la obligación de litigar durante dieciocho meses ante las cortes locales mediante la aplicación de la CNMF en los tratados básicos.

En *National Grid* el Tribunal destacó la importancia de los mecanismos de resolución de disputas en los TBIs dentro del marco de la protección de inversiones previstas en dichos tratados, y aceptó la extensión de la CNMF a cláusulas de resolución de disputas<sup>73</sup>. La decisión subrayó, sin embargo, que dicha extensión debía analizarse en el caso particular y, citando las limitaciones señaladas en *Maffezini*, buscó excluir su aplicación a requerimientos que excederían los límites “apropiados” de operación de la CNMF<sup>74</sup>, en referencia directa a la situación creada en el caso *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, que discutiremos más adelante.

Por su parte, en *Suez* el Tribunal rechazó que corresponda efectuar una interpretación restrictiva de la CNMF con el fin de excluir su aplicación a los mecanismos de resolución de controversias del TBI<sup>75</sup>. En cambio, consideró que bajo la Convención de Viena corresponde efectuar una interpretación literal del texto del TBI, la cual debía estar complementada por un análisis del objeto y propósito del mismo<sup>76</sup>. Así, reiterando la importancia del arbitraje como mecanismo para la resolución

de disputas en el marco de los TBIs, el Tribunal aceptó la extensión de la CNMF para cubrir este tipo de provisiones:

“[...] el Tribunal no encuentra base alguna para distinguir entre las materias relacionadas con la solución de controversias y cualquier otra materia incluida en un tratado bilateral de inversión. Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España y el TBI Argentina-Reino Unido, la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por esos TBI y forma una parte integrante del régimen de protección de las inversiones que han convenido los Estados soberanos de que se trata”<sup>77</sup>.

La relativa armonía en la jurisprudencia arbitral en relación con la aceptación del recurso a la CNMF para superar requisitos procesales de admisibilidad de un reclamo sufrió un abrupto revés con la decisión en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*<sup>78</sup> de noviembre de 2008. El caso reprodujo las circunstancias de *Siemens*, con un inversor alemán que intentó recurrir a la CNMF del TBI entre Alemania y Argentina para nuevamente evitar tener que litigar ante las cortes argentinas durante dieciocho meses previo al inicio del arbitraje mediante recurso al TBI entre Argentina y Estados Unidos,

<sup>73</sup> *Id.*, pp. 88-89.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 92.

<sup>75</sup> *Id.*, pp. 65 y 68.

<sup>76</sup> *Id.*, pp. 54-59.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 59.

<sup>78</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Decisión, 8 de noviembre de 2008.



que no contiene tal exigencia. El Tribunal, sin embargo, efectuó una interpretación contraria a *Siemens*, y consideró que la CNMF del TBI no permite al inversor superar el lenguaje “no ambiguo” del artículo 10(2) del TBI<sup>79</sup>.

La decisión del Tribunal se centró en la importancia del consentimiento válido de las partes a fin de crear jurisdicción, y consideró que el requisito de litigar localmente durante dieciocho meses era parte de la oferta de consentimiento de la Argentina para someter sus disputas a arbitraje internacional, y que la misma debía ser aceptada por el inversor “en los mismos términos”<sup>80</sup>. Así, el Tribunal enmarcó la discusión sobre el requerimiento de litigar ante las cortes locales no como un requisito procesal para la admisibilidad del reclamo, sino como una condición jurisdiccional para el consentimiento del Estado al arbitraje<sup>81</sup>. El Tribunal también asignó importancia al hecho de que el TBI entre Argentina y Alemania dispone el arbitraje ante el CIADI como el único foro arbitral disponible, mientras que la cláusula arbitral del TBI entre Estados Unidos y Argentina propuesta por el inversor prevé “un sistema distinto de arbitraje” al permitirle al inversor elegir

entre arbitraje CIADI o arbitraje *ad-hoc* bajo el Reglamento de la CNUDMI<sup>82</sup>.

#### 4.2. El recurso a la CNMF para ampliar la jurisdicción del tribunal

La utilización de CNMF para ampliar el consentimiento al arbitraje internacional previsto en un TBI por violación de garantías cubiertas por el tratado no ha sido acogida por la jurisprudencia arbitral con la misma amplitud que en aquellos casos en que el objetivo de su uso ha sido superar requisitos de admisibilidad del reclamo. En general, los tribunales arbitrales que han analizado planteos de este tipo han rechazado que la aplicación de la CNMF pueda cubrir estos supuestos, aunque, como se verá a continuación, la jurisprudencia tampoco es totalmente pacífica en este tema.

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Jordania*<sup>83</sup> fue la primer decisión post-*Maffezini*, en noviembre de 2004, en tomar una visión más restrictiva de la aplicación de la CNMF<sup>84</sup>. En el caso se discutía si una violación contractual relacionada con la construcción de una represa en Jordania

<sup>79</sup> *Id.*, pp. 185-189. El artículo 10(2) del TBI reza:

Si una controversia [...] no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 160.

<sup>81</sup> Ver SCHILL, Stephan W. *Op. cit.*; pp. 545-546. Ver Sección 4.2 abajo.

<sup>82</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Decisión, 8 de noviembre de 2008, pp. 173-176. Ver *ut-supra* nota 5.

<sup>83</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión de jurisdicción, 9 de noviembre de 2004.

<sup>84</sup> NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. *Op. cit.*; p. 210.

por una compañía constructora italiana caía bajo la jurisdicción de la cláusula de resolución de disputas del TBI entre Italia y Jordania<sup>85</sup>. La cláusula de resolución de disputas del contrato preveía que las mismas fueran referidas a las cortes locales en Jordania<sup>86</sup>, mientras que el artículo 9(2) del TBI dispone que, cuando un contrato de inversión establece un mecanismo de resolución de disputas, tal mecanismo debía aplicar<sup>87</sup>. Sin embargo, al amparo de la CNMF del TBI, el demandante invocó el TBI suscrito por Jordania con los Estados Unidos, el cual permite el acceso a arbitraje bajo el tratado sin perjuicio de la existencia de cláusulas contractuales que prevean que las disputas deben referirse a un foro específico<sup>88</sup>. El Tribunal, sin rechazar abiertamente la decisión en *Maffezini*, sí procuró diferenciar ambos casos. Por un lado, observó que el texto de la CNMF del TBI entre Italia y Jordania, no dispone su aplicación “a todas las materias” del TBI, como había sido el caso del TBI entre Argentina y España

en *Maffezini*<sup>89</sup>. Tampoco se dispone en forma expresa la aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de disputas del TBI, como sí lo hacen otros TBIs<sup>90</sup>. El Tribunal también subrayó la falta de evidencia de una intención común de las partes de extender la aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de disputas, notando que, muy por el contrario, el TBI en cuestión dispone que las disputas contractuales deben resolverse de acuerdo a los propios remedios del contrato<sup>91</sup>. Así, al tiempo que reiteraba su preocupación de que las CNMF no se convirtiesen en mecanismos para fomentar el “*treaty shopping*”<sup>92</sup>, el Tribunal rechazó tener jurisdicción en la disputa<sup>93</sup>.

La decisión en *Salini* fue seguida poco después por tres decisiones que involucraron TBIs vigentes desde la era soviética. En *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*<sup>94</sup>, *Vladimir Berschader y Moïse Berschader*

<sup>85</sup> Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the promotion and protection of investments, 21 de Julio de 1996.

<sup>86</sup> Ver *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión de jurisdicción, 9 de noviembre de 2004, p. 71.

<sup>87</sup> Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the promotion and protection of investments, 21 de Julio de 1996. El Artículo 9(2) del TBI reza:

*In case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.*

<sup>88</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión de jurisdicción, 9 de noviembre de 2004, p. 102.

<sup>89</sup> *Id.*, p. 118.

<sup>90</sup> Por ejemplo, varios de los TBIs suscritos por el Reino Unido. Ver *Id.*, p. 116.

<sup>91</sup> *Id.*, p. 118.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 115.

<sup>93</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>94</sup> *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de jurisdicción, 8 de febrero del 2005.

*c. Federación Rusa*<sup>95</sup> y *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*<sup>96</sup> los Tribunales analizaron si mediante la aplicación de la CNMF de los tratados básicos, todos los cuáles limitan el acceso a arbitraje estrictamente a disputas sobre cuantificación de la compensación por expropiación, era posible extender la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos bajo dichos tratados a fin de que entendieran en los reclamos a otras violaciones de los TBIs respectivos. La limitación del consentimiento a arbitraje sólo para disputas sobre cuantificación de la compensación por expropiación es una característica típica de los TBIs suscritos por países bajo la influencia de la antigua Unión Soviética. En los casos mencionados, los demandantes intentaron, mediante recurso a la CNMF, prevalerse de las disposiciones más amplias que en materia de acceso al arbitraje contenían los TBIs suscritos por los Estados demandados con posterioridad a la caída del régimen soviético con terceros Estados.

La decisión en *Plama* de febrero de 2005, involucró a un inversor chipriota que pretendió ampliar la jurisdicción

del Tribunal mediante la aplicación de la CNMF del TBI Chipre-Bulgaria, a fin de que éste pudiera entender en relación con la supuesta violación de otras garantías, además de la cuantificación de la compensación por expropiación, contenidas en el TBI pero que no caían bajo la jurisdicción del tribunal arbitral<sup>97</sup>. A tal fin, *Plama* invocó la cláusula de resolución de disputas del TBI entre Bulgaria y Finlandia, que sí consiente el arbitraje de dichas violaciones<sup>98</sup>. En línea con *Salini*, el Tribunal consideró que la CNMF del TBI Chipre-Bulgaria no podía extenderse a fin de expandir su jurisdicción<sup>99</sup>. El Tribunal, basó su razonamiento en la premisa de que a fin de poder entender la aplicación de la CNMF del TBI básico a los mecanismos de resolución de disputas, la intención de las partes en este sentido debía ser “clara e inambigua”, y que por tanto una incorporación “por referencia” podía no ser suficiente<sup>100</sup>. El Tribunal observó que a la época en que Bulgaria había suscrito el TBI con Chipre, su política había sido la de limitar el alcance de las cláusulas de resolución de disputas del Tratado<sup>101</sup>, y que ello no se modificó en las negociaciones posteriores que tuvieron lugar con el fin de modificar el texto de dicho TBI<sup>102</sup>. El

<sup>95</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 080/2004, Decisión, 21 de abril de 2006. Los autores representaron a los Demandantes en este caso.

<sup>96</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Decisión, 13 de setiembre de 2006.

<sup>97</sup> *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de jurisdicción, 8 de febrero del 2005, pp. 79, 99 y 183.

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> *Id.*, p. 227.

<sup>100</sup> *Id.*, p. 199. La versión original en inglés dice: “Doubts as to the parties’ clear and unambiguous intention can arise if the agreement to arbitrate is to be reached by incorporation by reference”.

<sup>101</sup> *Id.*, pp. 196 y 197.

<sup>102</sup> *Id.*, p. 195.

Tribunal citó como ejemplo el artículo 3(3) del TBI modelo del Reino Unido<sup>103</sup>, en el cuál expresamente se contempla la aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de disputas<sup>104</sup>. Con críticas a Maffezini (y a la posterior decisión en *Siemens*), el Tribunal concluyó:

*“[...] the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them”<sup>105</sup>.*

*Plama* fue seguido por la decisión en *Berschader*, en abril de 2006, donde

nuevamente el inversor intentó ampliar la jurisdicción del Tribunal, que bajo el TBI básico entre Bélgica-Luxemburgo y la Unión Soviética<sup>106</sup>, se limita a cuestiones relacionadas con el monto de la compensación por expropiación<sup>107</sup>. La CNMF del TBI estipula su aplicación a “todas las materias” cubiertas en el TBI<sup>108</sup>. En una decisión dividida, la mayoría del Tribunal, con citas a la decisión en *Plama*, reiteró los problemas que la incorporación por referencia generaba<sup>109</sup>, y la consecuente necesidad de que la CNMF fuera “clara e inambigua”<sup>110</sup>. La mayoría desestimó la relevancia del hecho de que la CNMF del TBI estipulara su aplicación a “todas las materias” cubiertas en el TBI, al considerar que existían provisiones del TBI a las cuáles, por su naturaleza, no correspondía aplicarles la CNMF (como por ejemplo, la

<sup>103</sup> *Id.*, p. 204. El artículo 3(3) del TBI modelo del Reino Unido prevé:

*For avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.*

Los artículos 8 y 9 del TBI modelo reflejan cláusulas de resolución de disputas.

<sup>104</sup> En su decisión el Tribunal señaló que el hecho de que ciertos acuerdos como el NAFTA y el borrador del FTAA excluyesen expresamente los mecanismos de resolución de disputas del ámbito de aplicación de la CNMF no significaba que, ausente tal exclusión, podía entenderse que las partes habían consentido la ampliación de la aplicación de esta cláusula, sino que reflejaba la preocupación de los Estados a la interpretación expansiva efectuada en *Maffezini*. Ver *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de jurisdicción, 8 de febrero del 2005, p. 203.

<sup>105</sup> *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de jurisdicción, 8 de febrero del 2005, p. 223.

<sup>106</sup> *Accord entre les Gouvernements du Royaume Belgique et du Grand-Duché de Luxemburg, et le Gouvernement de L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, concernant l'encouragement et la protection réciproqués des investissements*, 9 de febrero de 1989.

<sup>107</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. La Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 080/2004, Decisión, 21 de abril de 2006, pp. 85-8.

<sup>108</sup> *Accord entre les Gouvernements du Royaume Belgique et du Grand-duché de Luxemburg, et le Gouvernement de L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, concernant l'encouragement et la protection réciproqués des investissements*, 9 de febrero de 1989, artículo 2º.

<sup>109</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. La Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 080/2004, Decisión, 21 de abril de 2006, p. 178.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 206.

de resolución de disputas entre los Estados firmantes), lo que demostraba que el texto de la CNMF en cuestión “no significaba realmente que la CNMF deba extenderse a todas las materias cubiertas por el TBI”<sup>111</sup>. El análisis de la mayoría en relación con la CNMF fue objetado por el árbitro Todd Weiler en su decisión en disidencia, al considerar que la CNMF debía aplicarse a “todas las materias que son susceptibles de tratamiento más o menos favorable” para el inversor<sup>112</sup>.

La misma línea de interpretación fue seguida por el Tribunal en *Telenor*, en septiembre de 2006. En el caso, el inversor también intentaba ampliar la jurisdicción del Tribunal para poder superar la limitación del TBI entre Hungría y Noruega<sup>113</sup> que circunscribe el arbitraje internacional a los reclamos sobre cuestiones de compensación por expropiación<sup>114</sup>. El Tribunal consideró que, ausente lenguaje explícito ampliando el campo de acción de la CNMF, su aplicación debía reducirse a las protecciones substantivas del TBI y no podía extenderse para incluir otra clase de disputas<sup>115</sup>.

La decisión en *RosInvest Co UK Ltd c. Federación Rusa*<sup>116</sup> de octubre de 2007 constituyó un cambio en la línea jurisprudencial marcado por *Salini, Plama, Telenor y Berschader*, al aceptar la aplicación de la CNMF a fin de ampliar el consentimiento al arbitraje internacional previsto en un TBI. En el caso, el inversor intentó prevalerse de la CNMF del TBI básico entre Reino Unido y la Unión Soviética<sup>117</sup> a fin de ampliar la jurisdicción del Tribunal, una vez más, a cuestiones distintas de compensación por expropiación. El inversor argumentó que la cláusula de resolución de disputas del TBI entre Dinamarca y la Federación Rusa, que se aplica a cualquier disputa en relación con la inversión, era aplicable al caso por virtud de la CNMF del TBI básico. El Tribunal procedió a efectuar una interpretación de acuerdo con las reglas del artículo 31° de la Convención de Viena<sup>118</sup> y observó que ante una expropiación el acceso a arbitraje constituye una parte muy relevante de la protección correspondiente al inversor en relación con el ‘uso’ y ‘disfrute’ de su inversión<sup>119</sup>, y una opción procesal de obvia y gran importancia, en comparación con la

<sup>111</sup> *Id.*, p. 194

<sup>112</sup> *Id.*, Opinión separada, p. 22.

<sup>113</sup> *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the promotion and reciprocal protection of investments*, 8 de abril de 1991.

<sup>114</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Decisión, 13 de setiembre de 2006, pp. 20 y 52.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 91.

<sup>116</sup> *RosInvest Co UK Ltd c. la Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. VO79/2005, Decisión de Jurisdicción, 5 de octubre de 2007.

<sup>117</sup> *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialists Republics for the promotion and reciprocal protection of investments*, 6 de abril de 1989.

<sup>118</sup> Ver *ut-supra* nota 64.

<sup>119</sup> *RosInvest Co UK Ltd c. Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. VO79/2005, Decisión de Jurisdicción, 5 de octubre de 2007, p. 130.

alternativa de litigar ante las cortes locales del Estado anfitrión de la inversión<sup>120</sup>. El Tribunal asignó importancia asimismo a la falta de una excepción expresa en este sentido en la enumeración de excepciones al tratamiento más favorable previsto en el artículo VII del TBI entre el Reino Unido y la Unión Soviética<sup>121</sup>.

Los casos *Renta 4 S.V.S.A et al c. Federación Rusa*<sup>122</sup> (marzo de 2009) y *Tza Yap Shum c. República de Perú*<sup>123</sup> (junio de 2009) involucraron reclamos bajo TBIs en los cuáles las respectivas CNMF estaban contenidas en el mismo artículo del TBI que la garantía de trato justo y equitativo. En ambos casos, asimismo, el acceso a arbitraje internacional se encontraba limitado a disputas sobre compensación por expropiación.

En *Renta* el inversor intentó, mediante recurso a la CNMF del TBI entre España y la Unión Soviética, prevalerse

de las disposiciones más amplias sobre resolución de disputas contenidas en el TBI entre Dinamarca y la Federación Rusa. En su decisión por mayoría, el Tribunal expresó su convencimiento de que el tratamiento “más favorable” de la CNMF es en general susceptible de aplicarse a los mecanismos de resolución de controversias de los TBIs<sup>124</sup>. Sin embargo, en el caso concreto la mayoría rechazó que la CNMF del TBI básico pudiera aplicarse a dichos mecanismos. La mayoría consideró que el hecho de que la CNMF en el TBI entre España y la Unión Soviética forme parte de la garantía de trato justo y equitativo implica que la voluntad de las partes signatarias ha sido que dicho tratamiento se aplique respecto de ésta garantía solamente<sup>125</sup>. Ello se diferencia, según la mayoría, del lenguaje más genérico de otros TBIs cuyas CNMF, por ejemplo, se aplican a “todas las materias” cubiertas por el tratado<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> *Id.*, pp. 28-130.

<sup>121</sup> Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the promotion and reciprocal protection of investments, 6 de abril de 1989. El artículo 7º prevé:

*Exceptions*

*The provisions of Article 3 and 4 of this Agreement shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:*

*(a) any existing or future customs union, organization for mutual economic assistance or similar international agreement, whether multilateral or bilateral, to which either of the Contracting Parties is or may become a party, or*

*(b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.*

<sup>122</sup> *Renta 4 S.V.S.A et al c. Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 24/2007, Decisión sobre Objeciones Preliminares de 20 de marzo de 2009.

<sup>123</sup> *Tza Yap Shum c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de 19 de junio de 2009.

<sup>124</sup> *Renta 4 S.V.S.A et al c. Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 24/2007, Decisión sobre Objeciones Preliminares de 20 de marzo de 2009, p.119.

<sup>125</sup> *Id.*, pp. 103-105.

<sup>126</sup> *Id.*, p. 105

La decisión luego analizó si era posible interpretar que la imposibilidad de acceder a arbitraje podía constituir, en sí misma, una violación al estándar de trato justo y equitativo del TBI. Al respecto, la mayoría respondió a este interrogante en forma negativa, al concluir que el tratamiento justo y equitativo hacia el inversor se relaciona con estándares normativos que no son susceptibles de aplicación en relación con la disponibilidad o no de acceso al arbitraje internacional<sup>127</sup>.

El Juez Charles Brower emitió una decisión en disidencia en la que criticó la interpretación efectuada por la mayoría en relación con el artículo del TBI donde se incluye la CNMF. Según Brower, un análisis conforme el artículo 31º y 32º de la Convención de Viena, que tenga en cuenta el contexto y los trabajos preparatorios del TBI en el caso específico, demuestra que el estándar de trato más favorable no debe ser aplicado en relación con el trato justo y equitativo sino que corresponde su aplicación al “tratamiento” en general bajo el TBI<sup>128</sup>. Brower también cuestionó la interpretación de la mayoría respecto a la aplicabilidad del estándar de trato justo

y equitativo en relación con el acceso al arbitraje internacional, concluyendo que el acceso a arbitraje (y en particular, la posibilidad de arbitrar violaciones a los diferentes estándares de protección y no sólo las cuestiones referidas a la compensación por expropiación) constituyen, en efecto, una forma de trato justo y equitativo que el Estado concede al inversor<sup>129</sup>.

Finalmente, el caso *Tza Yap Shum*, involucró un reclamo por una compañía china ante el Gobierno de Perú, de que éste último había violado mediante medidas de tipo fiscal, varias garantías contenidas en el TBI entre Perú y China. En su artículo 8(3), el TBI limita la jurisdicción del Tribunal a disputas sobre compensación por expropiación. De especial relevancia, el mismo artículo 8(3) del TBI contiene una cláusula que específicamente dispone que las disputas entre inversores y los Estados firmantes por cuestiones distintas a compensación por expropiación puedan ser sometidas a arbitraje mediante consentimiento de las partes<sup>130</sup>. Si bien la CNMF del TBI está contenida dentro del artículo sobre

<sup>127</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>128</sup> *Renta 4 S.V.S.A et al c. Federación Rusa*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. 24/2007, Opinión en Disidencia de 20 de marzo de 2009, pp. 15-18.

<sup>129</sup> *Id.*, pp. 19-23.

<sup>130</sup> Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 9 de junio de 1994. El artículo 8(3) del Convenio dispone, en sus partes relevantes:

“[...] Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones [...] ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) [...] Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al [CIADI] si las partes en la controversia así lo acuerdan [...]”.

el estándar de trato justo y equitativo (y protección) de las inversiones, a diferencia de la decisión en *Renta*, donde el análisis de la relación entre este estándar y la CNMF tuvo un rol fundamental en el razonamiento del Tribunal, el Tribunal en *Tza Yap Shum* no se refirió a este punto en su decisión.

En cambio, el Tribunal efectuó una extensa revisión de la historia de la CNMF en los acuerdos internacionales, y de los principios interpretativos que correspondía aplicar en virtud de las circunstancias específicas del caso<sup>131</sup>. Si bien el Tribunal aceptó que el lenguaje de la CNMF del TBI aplicable es en principio lo suficientemente amplio para incorporar provisiones sobre resolución de disputas<sup>132</sup>, consideró que el lenguaje específico del artículo 8(3) del TBI evidencia que las partes han acordado dos limitaciones puntuales respecto de la posibilidad de arbitrar disputas bajo el tratado, a saber: (i) sólo son arbitrables las disputas sobre compensación por expropiación, y (ii) para arbitrar cualquier otro tipo de disputa se requerirá un acuerdo entre las partes. Así, el Tribunal concluyó que, por su especificidad, estas limitaciones habían de prevalecer sobre el texto de la CNMF, y excluyó por ende la aplicación de esta última a los mecanismos de resolución de disputas del tratado<sup>133</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Es evidente que la jurisprudencia arbitral en relación con la aplicación de la CNMF a mecanismos de resolución de disputas en TBIs no es a la fecha unánime en su análisis. Ello dicho, sí se advierte con claridad la existencia de dos diferentes escenarios fácticos que han sido objeto de estudio en este tema por la jurisprudencia arbitral. Si bien dentro de cada uno de estos escenarios tampoco existe absoluta unanimidad, sí puede advertirse cierta coherencia en el análisis jurisprudencial.

Por un lado, la aplicación de la CNMF con el propósito de superar requisitos procesales de admisibilidad del reclamo ha sido aceptada en la gran mayoría de los casos. En este contexto, se ha sostenido que la decisión en *Wintershall*, que tuvo en la práctica el efecto de contradecir los precedentes pacíficos en este tema, se basó en una errónea interpretación de la naturaleza de estos requisitos, al darles un carácter jurisdiccional, y por tanto más propio del análisis que tuvo lugar en *Salini* y sus sucesores<sup>134</sup>. Por otro lado, la aplicación de la CNMF a fin de expandir la jurisdicción del tribunal arbitral a cuestiones no previstas en el TBI, no ha tenido en general acogida favorable por parte de los tribunales, con la mencionada excepción de la decisión en *RosInvest*.

<sup>131</sup> *Id.*, pp. 193 y ss.

<sup>132</sup> *Tza Yap Shum c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de 19 de junio de 2009, p. 213.

<sup>133</sup> *Id.*, pp. 216 y 220.

<sup>134</sup> Ello ha llevado a que se sostenga que *Wintershall* en realidad no contradujo la línea jurisprudencial de *Maffezini*, *Siemens* y *Gas Natural*. Ver SCHILL, Stephan W. *Op. cit.*; en nota 126.



Se ha sugerido que estas conclusiones muestran que los tribunales, sin decirlo expresamente, han guiado su interpretación sobre la aplicación de la CNMF a las cláusulas de resolución de disputas mediante un “análisis de los efectos”, que les ha llevado a primero revisar los motivos por los cuáles el inversor reclamante estaba intentado ampliar la aplicación de la CNMF, para recién luego decidir si correspondía o no la extensión de misma a las cuestiones pedidas por el inversor<sup>135</sup>. Así, los Tribunales parecen haber aceptado que el requisito previo de litigar ante las cortes locales por dieciocho meses no constituye una condición substancial del consentimiento de las partes al arbitraje, ya que este requisito simplemente afecta de modo temporal la admisibilidad del reclamo, sobre el cual, en principio, el tribunal arbitral ya tiene jurisdicción bajo el TBI de que se trate. Distinta ha sido la respuesta de los Tribunales cuando los inversores han intentado ampliar la jurisdicción del Tribunal mediante recurso a la CNMF, lo que ha sido entendido en la mayoría de los casos como una variación de las condiciones substanciales acordadas para el consentimiento al arbitraje.

Creemos que el estudio de la aplicabilidad de la CNMF en el presente contexto debiera comenzar por un análisis profundo del TBI en cuestión y considerar las circunstancias específicas de cada caso.

Cualquier interpretación deberá efectuar una minuciosa revisión del lenguaje de la CNMF y de las disposiciones concordantes del tratado para determinar si en el caso concreto surge en forma expresa si corresponde o no ampliar la aplicación de la cláusula. Ello implicará dilucidar si existió sobre este tema una intención común de los Estados firmantes al momento de acordar la CNMF y los mecanismos de resolución de controversias del TBI, con especial atención a la práctica de estos Estados en la negociación de tratados similares<sup>136</sup>.

Es posible que en un gran número de casos el lenguaje expreso o las circunstancias determinantes de la voluntad de las partes no estarán presentes. Dentro de las variaciones que existen en el lenguaje de las CNMF en los TBIs, puede decirse que prevalece un estilo de CNMF amplia que deja suficiente espacio para la interpretación. En este contexto, también es cierto que la aplicación de los principios tradicionales de interpretación a la cuestión de la CNMF puede llevar a resultados contradictorios. Se ha sostenido que una interpretación literal de una CNMF que ni expresamente incluye o excluye a los mecanismos de resolución de disputas, permite extender dicha cláusula a los citados mecanismos por considerarlos parte del “tratamiento” a la inversión<sup>137</sup>. Sin embargo, si al mismo escenario se

<sup>135</sup> FREYER, Dana H. y HERLIHY, David. “*Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?*”. 20 *ICSID Review - FIJL* 58 (2005), pp. 61-62 y 82.

<sup>136</sup> El análisis efectuado en las decisiones *Renta en Tza Yap Shum*, donde se aceptó en principio que las CNMF (en general) eran susceptibles de aplicación a cuestiones procesales bajo los TBIs, para luego restringir su aplicación en los casos concretos en razón de particularidades específicas de dichos casos, es un buen ejemplo de ello.

<sup>137</sup> FREYER, Dana H. y HERLIHY, David. *Op. cit.*; p. 62.

le aplican en cambio los mecanismos interpretativos establecidos por el artículo 31° de la Convención de Viena y se efectúa una interpretación contextual de la CNMF atendiendo al resto del TBI en cuestión, sería posible sostener que al haber las partes previsto un mecanismo específico para la resolución de disputas entre inversores y Estados, no correspondería la ampliación de la CNMF para cubrir esta materia<sup>138</sup>.

Esta dicotomía en el análisis es comparable en algún punto a la existente en la zaga de decisiones que se han disparado a partir de *Maffezzini* y *Plama*, casos en que como se ha visto, los TBIs aplicables no incluyeron ni excluyeron expresamente a los mecanismos de resolución de disputas dentro de la órbita de la CNMF. *Maffezzini* interpretó que como regla correspondía la extensión de la CNMF a dichos mecanismos, sujeta a un número de excepciones. En cambio, en *Plama* el Tribunal estableció la regla contraria, sujeta a una única excepción, esta es “que no queden dudas”

de la intención de las partes de extender la aplicación de dicha cláusula.

En cualquier caso, es evidente que la aplicación de la CNMF en el presente contexto tiene el potencial de provocar a futuro una inusual multilateralización del acuerdo de arbitraje. Los tribunales que han tenido ocasión de analizar esta cuestión, han tratado con circunstancias de hecho relativamente similares entre sí. Será interesante analizar si la línea jurisprudencia que se inició en *Maffezzini*, se confirma al analizar cuestiones procesales más complejas, como podría ser la aplicación de la CNMF a cláusulas de agotamiento de remedios locales o cláusulas de elección de vías (*fork in the road*). De igual modo, será interesante comprobar a futuro, y tal vez en escenarios fácticos diferentes a los analizados hasta hoy, si el cambio de posición aventurado en *RosInvest* y en las opiniones en disidencia en *Berschader* y *Renta*, permitiendo a inversores ampliar la jurisdicción del tribunal mediante la aplicación de la CNMF, se consolida.

<sup>138</sup> La referencia a la Convención de Viena en esta materia puede en sí misma arrojar resultados contradictorios, ya que podría argumentarse –tal como lo han hecho varios Tribunales- que el análisis bajo el artículo 31 del “objeto y propósito” del TBI, incluye a los mecanismos de resolución de disputas como una manera de promover la protección de inversiones.

## ANTICIPANDO EL “FAIRNESS IN ARBITRATION ACT” DE 2009<sup>(\*)</sup>

DAVID D. CARON <sup>(\*\*)</sup>  
SETH SCHREIBERG <sup>(\*\*\*)</sup>

En el 110º Congreso [nacional] del gobierno Estadounidense, la propuesta legislativa intitulada “Fairness in Arbitration Act of 2007” fue presentada y estrechamente considerada en sus dos niveles legislativos, el Senado (S. 1782) y la *House of Representatives*<sup>1</sup> (H.R. 3010)<sup>2</sup>. Varias provisiones de la propuesta evocan temas de importancia a profesionales del área con respecto a posibles efectos involuntarios en el arbitraje comercial internacional en

los Estados Unidos. Simultáneamente, se puede argumentar que el riesgo de tales consecuencias involuntarias se ha exagerado. A pesar de que la propuesta no ha sido adoptada, se cree –especialmente teniendo en consideración los resultados de las recientes elecciones en los Estados Unidos– que ella será presentada a principios de la 111ª sesión del Congreso la cuál comienza en enero de 2009. La buena noticia para el arbitraje comercial internacional es que no es la intención

---

(\*) “Razonabilidad en la Ley de Arbitraje;” propuesta legislativa pendiente en el Congreso Estadounidense; analizada via el presente en 2008. Este editorial fue primero publicado en *WORLD ARBITRATION & MEDIATION REVIEW* en 2008. Véa 2:3 *WORLD ARB. & MED. REV* 1, 15 (2008).

(\*\*) Distinguido Professor de Derecho. Co-editor en jefe, *WORLD ARBITRATION & MEDIATION REVIEW*.

(\*\*\*) Associate Counsel, Morrison & Foerster, LLP.

<sup>1</sup> Cámara de Representantes del Congreso Nacional de los Estados Unidos.

<sup>2</sup> En el 12 de julio de 2007, el senador R. Feingold (demócrata de Wisconsin) con cinco co-patrocinadores introdujo S. 1782 en el Senado, mientras que el congresista Hank Johnson (demócrata de Georgia) con 100 co-patrocinadores introdujo HR 3010 en la Cámara de Representantes. S. 1782 fue remitido al Comité de la Judicatura del Senado. El Subcomité de Ley Comercial y Administrativa de la Cámara concedió audiencias sobre la H.R. 3010 en octubre de 2007 y votó a favor de reportar H.R. 3010 favorablemente al Comité de la Judicatura en su totalidad en el 15 de julio de 2008; transcripciones de testimonios de la audiencia pueden ser encontrados en el [http://judiciary.house.gov/hearings/hear\\_102507.html](http://judiciary.house.gov/hearings/hear_102507.html). El Subcomité del Senado sobre la Constitución del Comité de la Judicatura concedió audiencias en el 12 de diciembre de 2007. El testimonio escrito de los miembros y los testigos, así como una grabación de audio, pueden ser encontrados en [http://judiciary.senate.gov/hearings/testimony.cfm?id=3055&wit\\_id=6825](http://judiciary.senate.gov/hearings/testimony.cfm?id=3055&wit_id=6825).

de los patrocinadores de la legislación cambiar las presentes leyes federales sobre arbitraje comercial internacional en los Estados Unidos. Además, la legislación ofrecida en 2007 puede ser enmendada de manera que efectos involuntarios en el arbitraje comercial internacional sean minimizados. Tales modificaciones no van a pasar por su propia cuenta, sin embargo. Este breve editorial establece las dos perspectivas de los posibles efectos involuntarios de la propuesta y cómo el lenguaje de la propuesta puede ser modificada para evitar tales consecuencias. S. 1782 es breve. La propuesta se abre con siete “conclusiones” que establecen por el redactor la evaluación del problema que ha de ser abordado por la legislación. Estos resultados incluyen, entre otras cosas, lo siguiente:

- (1) El *Federal Arbitration Act*<sup>3</sup> (...) estaba destinada a aplicarse a disputas entre entidades comerciales de generalmente similares sofisticación y poder de negociación.
- (2) Una serie de decisiones de la *Supreme Court*<sup>4</sup> ha cambiado el sentido de la ley, de modo que ahora se extiende a disputas entre litigantes de poder económico grandemente dispares, como litigios de consumidor y conflictos laborales (...).
- (3) La mayoría de consumidores y empleados tienen poca o ninguna opción significativa de quizás presentar sus reclamaciones al arbitraje (...).
- (4) Empresas privadas de arbitraje están a veces bajo una gran presión para idear sistemas que favorecen a clientes frecuentes quién deciden si tales empresas recibirán su lucrativo negocio.
- (5) El arbitraje obligatorio socava el desarrollo de ley publica para derechos civiles y derechos de consumidores, porque no hay en existencia ninguna revisión judicial significativa de las decisiones de los árbitros (...).
- (6) El arbitraje obligatorio es un pobre sistema para la protección de derechos civiles y derechos del consumidor, porque no es transparente (...).
- (7) Muchas empresas añaden a sus cláusulas de arbitraje provisiones injustas que deliberadamente inclinan los sistemas contra individuos (...) Mientras que algunos tribunales han sido protectivos de individuos, demasiados tribunales han sostenido aún flagrantemente injustas cláusulas de arbitraje obligatorias en deferencia a una supuesta política federal que favorece el arbitraje sobre los derechos constitucionales de individuos.

Para abordar los problemas descritos, S. 1782 propone esencialmente tres enmiendas a la Sección 2 del Capítulo 1 de la Sección 2 de la *Federal Arbitration Act*<sup>5</sup> que sería re-etiquetada Sección 2(a). Cada una de las tres enmiendas añade

<sup>3</sup> Ley Federal de Arbitraje.

<sup>4</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

<sup>5</sup> Ley Federal de Arbitraje.

un párrafo adicional a la Sección 2. En primer lugar, S. 1782 haría determinadas categorías de disputas non-arbitrables por medio de declarar un acuerdo arbitral referente a tales disputas acordadas antes de que surjan como inválido y non-ejecutable. Así una propuesta de la sección 2(b) sería leída de la siguiente forma:

- (b) Ningún acuerdo de arbitraje ante-disputa será válido o ejecutable si tal acuerdo requiere el arbitraje de:
  - (1) un empleo, consumidor, o disputa de franquicia; o
  - (2) una disputa surgente bajo cualquier ley destinada a proteger derechos civiles o para regular contratos o transacciones entre litigantes de poder de negociación desigual.

Esta provisión refleja una escoja reglamentaria para hacer determinadas disputas no sujetas a el arbitraje, al menos donde el acuerdo se hizo antes de que surgiera la disputa. Aunque los detalles pueden variar significativamente, varios países ya excluyen de arbitraje disputas de empleo, consumidor o franquicia; además, los argumentos de razonabilidad presentes en las conclusiones del S. 1782 son resonadas en estas escojas de otras naciones<sup>6</sup>. Un argumento de los que favorecen la continuidad de la arbitrabilidad de tales disputas en los Estados Unidos es que estos otros países

no tienen sistemas de tribunales tan costosos como los de los Estados Unidos. Segundo, S. 1782 propone limitar aún más la posibilidad de que un individuo sea involuntariamente involucrado adentro el arbitraje mediante la colocación del asunto de exigibilidad y validez de acuerdos de arbitraje en las manos de los tribunales, en lugar del tribunal arbitral. La propuesta Sección 2(c) declara:

- (c) El tema de que si acaso este capítulo es aplicable a un acuerdo de arbitraje deberá ser determinado por la ley federal. Salvo disposición en contrario en este capítulo, la validez o eficacia de un acuerdo de arbitraje deberá ser determinada por el tribunal, al revés del árbitro, irrespectivamente de acaso o no el respondiente en el arbitraje desafía el acuerdo de arbitraje específicamente o en conjunción con otros termos del contrato conteniendo en tal acuerdo.

En tercer y último lugar, S. 1782 propone limitar la aplicación de las secciones 2(b) y 2(c) mediante la exclusión de un tipo de acuerdo de arbitraje del alcance de estas dos secciones. Una nueva Sección 2(d) diría lo siguiente:

- (d) Nada en este capítulo deberá aplicarse a cualquier provisión de arbitraje en un acuerdo de negociación colectiva.
- II.

<sup>6</sup> Véa, por ejemplo, en Francia, Consumer Code, art. L132 (1); en Japón, Arbitration Law, Supplemental Provisions 3-4; en Singapur, Consumer Protection (Fair Trading) Act (2004), artículo 13; en Reino Unido, Arbitration Act (1996), art. 89-91.

La Federal Arbitration Act<sup>7</sup> contiene tres capítulos. El capítulo 1 es el capítulo general que regula el arbitraje en los Estados Unidos. Capítulo 2 se dirige a la exigibilidad de acuerdos de arbitraje y de laudos arbitrales para los procedimientos de arbitraje que se encuadran en la *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*<sup>8</sup> de 1958, mientras que el Capítulo 3 aborda arbitrajes que se encuadran en la *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*<sup>9</sup> de 1975. Si la exigibilidad de un acuerdo de arbitraje no es gobernada por los capítulos 2 o 3, entonces ella será gobernada por el Capítulo 1. S. 1782 modifica el Capítulo 1. Por lo tanto, una pregunta razonable es: ¿Cómo es que S. 1782 podría afectar arbitrajes comerciales internacionales que ordinariamente se considera como encuadrada bajo el Capítulo 2, y ocasionalmente bajo el Capítulo 3? La respuesta tiene al menos dos aspectos. En primer lugar, pero tangencial al tema en cuestión, el Capítulo 1 establece exclusivamente los procedimientos para la separación de laudos dictados en los Estados Unidos. En segundo lugar, ambos capítulos 2 y 3 finalizan con la siguiente provisión: “Capítulo 1 se aplica a recursos y procedencias iniciadas bajo el presente capítulo en la medida en que aquel capítulo

no está en conflicto con este capítulo (...)”<sup>10</sup>. Por lo tanto, es posible bajo estas provisiones de cierre para un aspecto del Capítulo 1 emigrar a los demás capítulos. Los miembros de la comunidad de arbitraje internacional quién están expresando su preocupación sustancial con respecto a la legislación propuesta tienden a centrarse en la Sección 2(c) propuesta. Las inquietudes expresadas son de dos tipos. En primer lugar, se argumenta que la Sección 2(c) esencialmente invierte la doctrina de separabilidad reconocida por la *Supreme Court*<sup>11</sup> en el caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Manufacturing*<sup>12</sup>. La doctrina de separabilidad establece que impugnaciones en cuanto a la validez y la exigibilidad del contrato, como distintas de impugnaciones en cuanto al acuerdo para arbitrar, deben ser decididas por el tribunal de arbitraje<sup>13</sup>. Se argumenta que tal cambio sería único y sin precedentes entre otras grandes potencias económicas y asientos comunes de arbitraje internacional, que también tienen claramente delineadas entre preocupaciones para con consumidores y el arbitraje internacional a lo largo de las líneas de la Sección 2(b). En segundo lugar, se argumenta que la Sección 2(c) también debilita la proposición de que un tribunal arbitral tiene en su posesión la jurisdicción para decidir sobre su propia jurisdicción.

<sup>7</sup> Ley Federal de Arbitraje

<sup>8</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York.

<sup>9</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>10</sup> 9 U.S.C. §§ 208, 307 (2008).

<sup>11</sup> Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

<sup>12</sup> *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

<sup>13</sup> Véa, por ejemplo, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 16(1) (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006), disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).

Dado que ni la Convención de Nueva York ni la Convención Interamericana específicamente exigen la "doctrina de separabilidad", las provisiones del Capítulo 1, se argumenta, podrían emigrar a asuntos decididos bajo los capítulos 2 y 3. Aunque la Sección 2(b) podría tener sólo efectos limitados para el arbitraje comercial internacional en la medida que las categorías de controversias que figuran en aquella sección son talvez no tan comunes en el arbitraje comercial internacional, la Sección 2(c) potencialmente evoca preguntas posiblemente presentes en virtualmente todos los arbitrajes. Se puede argumentar, sin embargo, que el peligro de desbordamiento es exagerado. Argumentablemente, una lectura cuidadosa del lenguaje de la Sección 2(c) indica que ella no se trata de un desafío a la doctrina de la separabilidad. La frase crucial de la Sección 2(c) leería de la siguiente forma:

Salvo disposición a lo contrario en este capítulo, la validez o exigibilidad de un acuerdo para arbitrar será determinada por el tribunal, y no por el árbitro, irrespectivamente de que si el litigante resistiendo el arbitraje desafía el acuerdo de arbitraje específicamente o en conjunción con otros términos del contrato que contenga tal acuerdo.

En primer lugar, la cláusula por sus propios términos en realidad se refiere a la asignación de funciones adjudicatorias, no a la doctrina substantiva de que si invalidez del contrato circundante necesariamente implica invalidez de la cláusula de arbitraje. Es digno de notarse que la enmienda propuesta deja intacta el lenguaje actual de la Sección 4 del Capítulo 1, lo cuál el Tribunal en el caso *Prima Paint* dijo que fue el lenguaje principal mediante lo cual el Congreso dejó en claro su propósito de que ataques específicos a la cláusula de arbitraje vayan a los tribunales, mientras que los ataques no específicos a la cláusula de arbitraje vayan a los árbitros<sup>14</sup>. En segundo lugar, el lenguaje citado anteriormente es, argumentablemente, cuidadosamente elaborado con el objetivo específico de asegurar que los tribunales federales llegarán a examinar si una cláusula de arbitraje es invalidada por las nuevas bases para invalidez que se proponen añadir en la Sección 2(b). Las nuevas bases para invalidar acuerdos de arbitraje firmados pre-disputas son dignas de notarse en que a veces la invalidez del acuerdo será clara simplemente mediante al examinar la cláusula de arbitraje en sí (por ejemplo, la cláusula puede describir su amplitud como abarcando derechos de protección al consumidor) y a veces la

<sup>14</sup> *Prima Paint*, 388 U.S. al 403, dice:

"Bajo el § 4, con respecto a un asunto adentro de la jurisdicción de los tribunales federales, con excepción de la existencia de una cláusula de arbitraje, el Tribunal Federal tiene instrucciones de ordenar que el arbitraje se proceda una vez que le conste que 'la realización del acuerdo para arbitraje o la falla en cumplir [con el acuerdo de arbitraje] no está en cuestión.' Consecuentemente, si la demanda es fraude en la incentivación de la cláusula de arbitraje en sí misma —una cuestión que va a la 'hechura' del acuerdo para arbitrar— el tribunal federal podrá proceder a adjudicarlos. Pero el lenguaje legal no permite que el tribunal federal considere denuncias de fraude en incentivación del contrato en general. La Sección 4 no se refiere expresamente a situaciones como la actual en la cual una estancia de una acción se solicita de un tribunal federal para que el arbitraje pueda procederse".

invalidez del acuerdo requerirá un examen del contrato circundante (por ejemplo, la cláusula de arbitraje está integrada en un acuerdo de franquicia). Pero hasta en este último caso, la investigación del tribunal argumentablemente no es una sobre la validez del contrato (es decir, del acuerdo de franquicia) con tal invalidez anulando la cláusula de arbitraje; en vez, ella es una investigación limitada a un acuerdo de arbitraje donde el hecho de que la cláusula de arbitraje está contenida en un acuerdo de franquicia es lo que la hace inválida. La segunda parte del lenguaje citado es consistente con esta interpretación. Bajo la propuesta Sección 2(c), la cuestión de “la validez y exigibilidad de un acuerdo para arbitrar” se reserva a los tribunales, “irrespectivamente de si acaso el respondiente en el arbitraje desafía el acuerdo de arbitraje específicamente o en conjunción con otros términos del contrato conteniendo tal acuerdo”. La frase no dice “irrespectivamente de si acaso el respondiente en el arbitraje desafía el acuerdo de arbitraje específicamente o por la invalidez del contrato”, el cual mucho más directamente implicaría la doctrina de separabilidad. En vez, la presencia de la frase “específicamente o en conjunción con otros términos del contrato”, sugiere que la sección se destina a cubrir los tipos híbridos de bases para invalidez antes mencionados híbridos en el sentido de que el tribunal debe examinar ambos el contrato y la cláusula de arbitraje para ver si acaso una base para invalidez, tal como el arbitraje de una disputa de franquicia, está implicado por una cláusula de arbitraje. Simultáneamente, hay que admitir que una lectura de la Sección 2(c) asegurando que se centra exclusivamente en las nuevas bases establecidas en la Sección 2(b) sería

más persuasiva si el lenguaje de la Sección 2(c) formara parte de la Sección 2(b) en vez de una sección separada.

### III.

Aún si se llega a la conclusión de que los riesgos planteados por la legislación propuesta son bastante limitados, es evidente que claridad en el S. 1782 y H.R. 3010 sigue siendo deseable. Afortunadamente, un arreglo al texto está prontamente disponible. Por ejemplo, si se vuelve a introducir la propuesta de 2007, sólo debe añadirse una breve sección, 2(e):

- (e) Secciones 2(b) y 2(c) no se aplican a acuerdos de arbitraje que son abordadas por los capítulos 2 y 3 de esta ley.

Tal provisión hace claro que el Congreso no tiene la intención de que las enmiendas propuestas al Capítulo 1 emigren a los capítulos 2 y 3. Si un cambio tal como el apenas descrito no se adoptado, es bastante claro que esa legislación, al mínimo, crearía incertidumbre con respecto a la ley de los Estados Unidos al menos para algunos negociadores internacionales sofisticados, y tal incertidumbre puede ser suficiente para generar implicaciones negativas. Así, a pesar de su objetivo de reformar el arbitraje interno, un Fairness in Arbitration Act de 2010 podría desalentar el crecimiento y el empleo de los Estados Unidos como sede de arbitraje comercial internacional y disminuir las ventajas competitivas de empresas estadounidenses comerciando en el extranjero. De maneras difíciles de predecir, tal legislación podría también afectar procedimientos de ejecución o producir un repunte en procedimientos



judiciales paralelos emprendidos a pesar de acuerdos seleccionando arbitraje en el extranjero. Richard NAIMARK, Vicepresidente Principal de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), en su testimonio ante el Comité Judicial del Senado, declaró:

“Lo que es más, la conformación de la FAA ha sido coherente con normas internacionales de ejercicio del arbitraje, haciendo los Estados Unidos una jurisdicción exitosamente alineada con el sistema de justicia transfrontera de mas predominancia - el arbitraje internacional. Modificar la FAA alteraría más de 80 años de sabiduría y orientación judicial para un proceso que funciona bastante bien en decenas de miles de negocios de

arbitrajes anualmente. Modificación enviaría innecesariamente un mensaje de ambigüedad y hostilidad política para el arbitraje a la comunidad internacional”<sup>15</sup>.

De esta manera, negociadores internacionales sofisticados, otros factores permaneciendo iguales, podrían elegir a no nombrar los Estados Unidos como sitio principal para su arbitraje. Irónicamente, el clamor que se levantaría en tal giro de acontecimientos podría significar que la adopción de una legislación tipo S. 1782 sin cambios precipitará la adopción por los Estados Unidos de su propia versión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

---

<sup>15</sup> Testimonio de Richard Naimark (12 de diciembre de 2007), *disponible en* [http://judiciary.senate.gov/testimony.cfm?id=3055&wit\\_id=6825](http://judiciary.senate.gov/testimony.cfm?id=3055&wit_id=6825).



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

GEORGINA FABIAN<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La ejecución de sentencias arbitrales en los Estados Unidos de América. Consideraciones al momento de redactar una Cláusula Arbitral.* 2.1. *La Legislación Federal de Arbitraje (“Federal Arbitration Act”).* 2.2. *Las Convenciones de Nueva York y de Panamá.* 2.3. *Fundamentos no estatutarios.* 3. *Breve reseña de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación Aplicable.* 3.1. *En qué consiste la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable.* 3.2. *La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el Caso Hall Street Associates vs. Mattel, Inc. y su interpretación en las Cortes de Circuito.* 4. *El Impacto de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable en las Convenciones de Nueva York y de Panamá.* 4.1. *La doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable y la impugnación de sentencias arbitrales no consideradas nacionales expedidas fuera de los Estados Unidos de América.* 4.2. *La doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable y la impugnación de sentencias arbitrales no consideradas nacionales expedidas en los Estados Unidos de América* 5. *Consideraciones finales.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Por lo general, las empresas que participan en el comercio nacional e

internacional confían en la ejecutoriedad de las sentencias arbitrales. A pesar de que con frecuencia se dice que una de las grandes ventajas del arbitraje resta en la

---

<sup>(\*)</sup> Presidente y Fundadora de The International Business Law Group, LLC, en Chicago, Illinois.

finalidad de sus sentencias, con frecuencia la emisión de la misma por parte del tribunal arbitral no constituye el fin del proceso de resolución de controversias. Muchas veces el procedimiento se desvía por objeciones que las partes hacen, tanto al proceso arbitral como a las sentencias arbitrales. Estas objeciones pueden resultar en una anulación o en un retraso grave al procedimiento.

La mayor parte de las legislaciones mundiales contemplan la posibilidad de una revisión judicial del procedimiento arbitral. Es muy probable que las partes sean cuidadosas y no busquen eliminar por completo la posibilidad de revisión judicial de la sentencia arbitral debido a que, de alguna manera, necesitan tener la posibilidad de corregir defectos procesales serios que pudieran llegar a darse como el fraude arbitral, exceso de autoridad, o la constitución inapropiada del tribunal arbitral; sin embargo, es importante que las partes no pierdan de vista el grado de revisión judicial.

Uno de los mecanismos elementales para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras en los Estados Unidos de América (“Estados Unidos”) es la legislación federal de arbitraje (*Federal Arbitration Act*, en lo sucesivo el “FAA”). En aquellos casos en los que el FAA no es aplicable, debe atenderse a lo dispuesto en los tratados internacionales en la materia, o bien, solicitar al poder judicial se aplique el principio de reciprocidad. Los Capítulos 2º y 3º del FAA implementan la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

Extranjeras (“Convención de Nueva York”) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”). Aunque estas Convenciones fueron promulgadas para promover el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, en muchas ocasiones no tiene lugar el proceso sumario de reconocimiento y ejecución contemplado en las mismas.

Los practicantes del arbitraje comercial involucrados con sentencias arbitrales emitidas dentro de los Estados Unidos o emitidas fuera de los Estados Unidos pero que requieren su ejecución en dicho país, deben de tomar en cuenta los posibles impedimentos que pueden existir en contra del reconocimiento y ejecución de su sentencia arbitral, entre ellos la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable. Este conocimiento les ayudará a tomar precauciones para así evitar peligros latentes al negociar su acuerdo arbitral y conducir su audiencia de arbitraje.

Este artículo proporciona una breve reseña de la doctrina de la omisión manifiesta de la legislación aplicable en el contexto del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras a las que se les aplican las disposiciones del FAA, explicando los antecedentes del caso *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*<sup>1</sup> decidido por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, así como el impacto que dicho caso ha tenido en el cuestionamiento

<sup>1</sup> *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*, 128 S. Ct. 1396 (2008).

de esta doctrina como una base para la impugnación de sentencias arbitrales. También se analiza el impacto de la doctrina en el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales no consideradas como nacionales emitidas dentro y fuera de los Estados Unidos, en el contexto de las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

## 2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CONSIDERACIONES AL MOMENTO DE REDACTAR UNA CLÁUSULA ARBITRAL

Al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en los Estados Unidos se le aplica un régimen legal internacional, estatutario y jurisprudencial que determina el alcance de revisión judicial que una corte estadounidense puede efectuar al revisar el fondo de una sentencia arbitral. En este sentido, hay que tomar en cuenta las disposiciones del FAA, las Convenciones de Nueva York

y de Panamá, así como las doctrinas que tienen su origen en la jurisprudencia.

### 2.1. La Legislación Federal de Arbitraje (“Federal Arbitration Act”)

El FAA contiene los procedimientos básicos para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales domésticas e internacionales en los Estados Unidos<sup>2</sup>. Su propósito fundamental es asegurar que los acuerdos arbitrales sean cumplidos en sus términos<sup>3</sup>. La Sección 9 del FAA implementa la política de los Estados Unidos en favor del arbitraje<sup>4</sup>. De acuerdo con esta política, cualquier duda debe ser resuelta en favor del arbitraje. Esta política se aplica tanto a las sentencias domésticas como internacionales<sup>5</sup>.

El FAA se divide en tres partes. El primer capítulo contiene las disposiciones generales que se aplican a los acuerdos y a las sentencias arbitrales. Sus secciones contemplan el ámbito de aplicación, la validez e irrevocabilidad de los acuerdos arbitrales, cuestiones

<sup>2</sup> 9 U.S.C. §§ 1 a la 307.

<sup>3</sup> *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52, 54 (1995), citando *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983); ver también *Way Bakery v. Truck Drivers Local No. 164*, 363 F.3d 590, 593 (6th Cir. 2004).

<sup>4</sup> 9 U.S.C. § 9 establece que si una de las partes en el acuerdo arbitral consiente que una corte emita una orden confirmando la sentencia arbitral, especificando además ante qué corte, cualquiera de las partes puede solicitar que la corte confirme la sentencia arbitral dentro del año siguiente a que se emita la sentencia arbitral, en cuyo caso la corte debe emitir esa orden, a menos que la sentencia arbitral sea impugnada, modificada o corregida conforme a lo dispuesto en las Secciones 10 y 11 del FAA. Ver también *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984) (“Al promulgar [el FAA], el Congreso declaró una política nacional en favor del arbitraje y quitó a los Estados la facultad de requerir un foro judicial para la resolución de controversias que las partes hayan sometido al arbitraje.”).

<sup>5</sup> *Fotochrome, Inc. v. Copal Co., Ltd.*, 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975).

procesales aplicables al arbitraje, así como estándares y procedimientos aplicables a la ejecución, modificación o anulación de sentencias arbitrales. A pesar de que el capítulo primero contempla el comercio internacional, también se aplica a la ratificación de sentencias arbitrales domésticas; sin embargo, no contempla la ejecución de sentencias arbitrales internacionales<sup>6</sup>. Estas cuestiones son cubiertas en forma expresa por los Capítulos 2 y 3, los cuales implementan la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá respectivamente<sup>7</sup>.

La política favorable de arbitraje del FAA requiere que las cortes lleven a cabo un procedimiento sumario de reconocimiento de sentencias arbitrales a menos que las mismas caigan dentro de los supuestos de impugnación establecidos en la Sección 10 de dicho ordenamiento<sup>8</sup>. Estos cuatro supuestos por los que una corte estadounidense puede negarse a confirmar una sentencia arbitral se refieren a irregularidades ya sea en los procedimientos arbitrales o en

la sentencia arbitral misma, que causan perjuicio a una de las partes<sup>9</sup>:

1. Que la sentencia arbitral se haya obtenido por corrupción, fraude o de forma ilícita;
2. Que exista una parcialidad evidente o corrupción en los árbitros;
3. Que los árbitros sean culpables de actos ilícitos al negarse a posponer la audiencia o negar la admisión de medios probatorios pertinentes e importantes, o que sean culpables de cualquier otro tipo de conducta inapropiada que haya causado perjuicio a una de las partes; o
4. Que los árbitros se hayan excedido en sus facultades o que hayan ejercitado sus facultades de una manera tan imperfecta o deficiente que no pueda considerarse que existe una sentencia arbitral final y definitiva<sup>10</sup>.

Los cuatro supuestos bajo los cuales el FAA establece que puede negarse la confirmación de una sentencia arbitral son en su mayor parte consistentes con el

<sup>6</sup> Ver generalmente *Lummus Global Amazonas, S.A. v. Aguaytia Energy Del Peru, S.R. Ltda.*, 256 F. Supp. 2d 594, 600 (S.D. Tex. 2002).

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> Ver 9 U.S.C. § 10(a)(1) (permitiendo impugnación cuando existe prueba de que la sentencia arbitral se obtuvo mediante "fraude, corrupción o medios ilícitos"); *Polin v. Kellwood Co.*, 103 F. Supp. 2d 238, 258 (S.D.N.Y. 2000) (especificando que las sentencias arbitrales pueden ser impugnadas conforme a la § 10(a)(2) del FAA si un árbitro tiene cierta predisposición); *Lummus Global Amazonas, S.A.*, *supra* n. 7, 618 (especificando que las sentencias arbitrales pueden ser impugnadas conforme a la § 10(a)(3) del FAA si una exclusión evidente resultó en una audiencia injusta); 9 U.S.C. § 10(a)(4) (autorizando impugnación cuando los árbitros se han excedido en sus facultades o las han ejercido de manera tan inadecuada que no puede considerarse que se ha emitido una sentencia arbitral equitativa, final y definitiva).

<sup>10</sup> 9 U.S.C. § 10.

artículo V de la Convención de Nueva York, así como el artículo 5º de la Convención de Panamá<sup>11</sup>.

## 2.2. Las Convenciones de Nueva York y de Panamá

La Convención de Nueva York es uno de los principales métodos para el reconocimiento y ejecución de acuerdos y sentencias arbitrales en los Estados Unidos<sup>12</sup>. Su ámbito de aplicación se extiende a: (1) sentencias arbitrales “dictados en territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias...”<sup>13</sup>, y (2) sentencias arbitrales que no son consideradas como nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución<sup>14</sup>. Si bien es cierto que la Convención de Nueva York no define qué es una sentencia “que no sea considerada como sentencia nacional en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, la Sección 202 del FAA lo hace en los siguientes términos:

*“Un acuerdo o sentencia arbitral que proviene de [una relación jurídica, ya sea contractual o no, que sea considerada comercial, incluyendo una transacción, contrato, o acuerdo descrito en la Sección 2 de este Título y] celebrada únicamente entre ciudadanos de los Estados Unidos de América no cae dentro de los supuestos de la Convención a menos que esa relación involucre propiedad localizada en el extranjero, tenga lugar o deba ser ejecutada en el extranjero, o tenga cualquier otra relación razonable con uno o más Estados extranjeros. Para los efectos de esta sección, se considera a una persona moral como ciudadano de los Estados Unidos de América si ha sido constituida o tiene su principal centro de negocios en los Estados Unidos de América<sup>15</sup>”.*

Al ratificar la Convención de Nueva York, los Estados Unidos limitaron el ámbito de su aplicación al elegir tanto la reserva “comercial” como la

<sup>11</sup> *Comparar* 9 U.S.C. § 10(a)(3)-(4) (considerando precedente la impugnación por hechos ilícitos, así como el abuso de facultades del tribunal arbitral) con el artículo V.1(b)-(c) de la Convención de Nueva York y el artículo 5.1(b)(c) de la Convención de Panamá (permitiendo que las cortes nieguen reconocimiento y ejecución cuando no se otorgó a una de las partes la oportunidad de presentar su caso o cuando la sentencia arbitral se refiere a una diferencia no prevista en la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral); *ver Indocomex Fibres PTE v. Cotton Co.*, 916 F. Supp. 721, 727 (W.D. Tenn. 1996) (resaltando el papel de la § 10(a) del FAA en procedimientos de ejecución conforme al Capítulo 2); *ver también Lummus Global Amazonas, S.A.*, *supra* n. 7, 617 (haciendo notar la semejanza entre la § 10(a) del FAA y el artículo V de la Convención de Nueva York); *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic*, 939 F. Supp. 907, 914 (D.C. Cir. 1996) (comparando la § 10(a) del FAA y el artículo V de la Convención de Nueva York).

<sup>12</sup> *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, 21 UST 2517, 330 UNTS 3 (1958) (“Convención de Nueva York”).

<sup>13</sup> *Convención de Nueva York*, artículo I.

<sup>14</sup> *Convención de Nueva York*, artículo I (1).

<sup>15</sup> *Ver también* VON MEHREN, Robert B., “The Enforcement of International Arbitral Awards”, en *International Commercial Litigation*, Practising Law Institute, 1999, p. 325.

de “reciprocidad”, las cuales limitan su aplicación a controversias comerciales y a la ejecución de sentencias arbitrales con Estados signatarios.

La Convención de Panamá se aplica al reconocimiento y ejecución de acuerdos y sentencias arbitrales en transacciones comerciales internacionales entre personas de países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>16</sup>. Como en la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá se aplica en los Estados Unidos únicamente a los acuerdos arbitrales “relacionados con transacciones comerciales”<sup>17</sup> y se limita a la ejecución de sentencias arbitrales con países signatarios<sup>18</sup>. Toda vez que la Convención de Panamá no define la palabra “comercial”, las cortes han aplicado la definición de “comercio” amplia establecida por la Suprema Corte de Justicia<sup>19</sup>.

En aquellas ocasiones en las que tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá pueden ser aplicadas al reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, la Convención de Panamá establece que será dicha Convención la que se aplicará si la mayoría

de las partes involucradas en el acuerdo arbitral son ciudadanos de un Estado o Estados miembros de la OEA que hayan ratificado o se hayan adherido a la Convención de Panamá, ya que en todos los demás casos se aplicará la Convención de Nueva York, a menos que exista un acuerdo de las partes en contrario<sup>20</sup>.

Bajo ambas Convenciones, el reconocimiento o ejecución de una sentencia arbitral debe negarse en estos supuestos:

1. Incapacidad de una de las partes o invalidez del acuerdo arbitral bajo la ley a la que las partes lo hayan sometido o del país donde se emitió la sentencia arbitral<sup>21</sup>;
2. Notificación indebida de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral<sup>22</sup>;
3. Inhabilidad para presentar argumentos adecuadamente<sup>23</sup>;
4. Que la sentencia arbitral se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de arbitraje<sup>24</sup>;
5. Que el procedimiento arbitral o el tribunal arbitral no haya actuado conforme a lo establecido en el acuerdo de arbitraje o que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no

<sup>16</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, OAST No. 42, 14 ILM 336 (1975) (“Convención de Panamá”).

<sup>17</sup> 9 U.S.C. § 302.

<sup>18</sup> 9 U.S.C. § 304.

<sup>19</sup> *Citizens Bank v. Alabco, Inc.*, 539 U.S. 52, 56 (2003).

<sup>20</sup> 9 USC § 305.

<sup>21</sup> *Convención de Nueva York*, artículo V y 9 U.S.C. §302.

<sup>22</sup> *First State Insurance Co. v. Banco de Seguros del Estado*, 254 F.3d 354, 357 (1st Cir. 2001).

<sup>23</sup> *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 145 (2d Cir. 1992).

<sup>24</sup> *CBS Corp. v. WAK Orient Power and Light Ltd.*, 168 F.Supp. 2d 403, 412 (E.D. Pa. 2001).



se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje<sup>25</sup>;

6. Que la sentencia arbitral no sea aún obligatoria para las partes o que haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia<sup>26</sup>; y
7. Cuando la ejecución de la sentencia arbitral sea contraria al orden público<sup>27</sup>. La revisión por parte de una Corte de Distrito de una sentencia arbitral que cae bajo los supuestos de aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá es extremadamente limitada, ya que estas causales se aplican en forma estricta<sup>28</sup>. Esto sucede gracias a la política que existe en contra de la revisión de fondo de las sentencias arbitrales, la cual tiene su base en el principio de autonomía de voluntad de las partes.

### 2.3. Fundamentos No Estatutarios

Alrededor de la fecha de promulgación del FAA en 1925, por lo general las

cortes habían sostenido que las causales para negar ejecución, modificar o corregir una sentencia arbitral establecidas en las Secciones 10 y 11 de dicha legislación eran limitativas<sup>29</sup>.

Sin embargo, a pesar de la política en favor del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, las cortes estadounidenses poco a poco han llegado a la conclusión de que dichas sentencias arbitrales no deberían ser reconocidas y ejecutadas en ciertas circunstancias, aún cuando las mismas no contravengan las disposiciones del FAA. Por ello, además de las defensas enumeradas en las Convenciones, algunas cortes han adoptado defensas adicionales pero que se derivan del Capítulo 1 del FAA porque sus disposiciones se incorporan por referencia tanto en su Capítulo 2 (Convención de Nueva York) como en su Capítulo 3 (Convención de Panamá)<sup>30</sup>.

Estos estándares jurisprudenciales son excepciones de derecho anglosajón a las causales de impugnación previstas en el FAA y otorgan a los jueces un punto de partida para que efectúen una revisión judicial del proceso arbitral y de esta manera puedan negar el reconocimiento y

<sup>25</sup> *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 19 (2d Cir. 1997).

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, 141 F.3d 1434, 1442 (11th Cir. 1998).

<sup>28</sup> Ver artículo V de la Convención de Nueva York y el artículo 5 de la Convención de Panamá.

<sup>29</sup> Ver *supra* p. 4, n. 11. La Sección 11 del FAA permite que una corte modifique o corrija una sentencia arbitral en los siguientes casos: (1) cuando existe un error de cálculo o un error grave en la descripción de una persona o propiedad referido en la sentencia arbitral; (2) cuando los árbitros han decidido sobre cuestiones que no fueron sometidas al arbitraje; o (3) cuando la sentencia arbitral es defectuosa por lo que toca a su forma, pero ello no afecta el fondo del asunto.

<sup>30</sup> 9 U.S.C. §§ 208, 307.

ejecución a una sentencia arbitral. Dentro de las excepciones al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales establecidos por la jurisprudencia se encuentran: “arbitraria y caprichosa”<sup>31</sup>, “completamente absurda”<sup>32</sup>, “la sentencia arbitral no refleja la esencia del contrato”<sup>33</sup>, y la “omisión evidente de la aplicación de la legislación aplicable”<sup>34</sup>. En su mayor parte, estas causales tienen la misma finalidad: servir como punto de partida para el control judicial del proceso arbitral.

En 1953, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dictó su resolución en el caso *Wilko v. Swan*<sup>35</sup>. En *dicta*, la Corte decidió que, a diferencia de la doctrina de la omisión evidente de la aplicación de la legislación aplicable, las interpretaciones que los árbitros efectuaban a la legislación no se encontraban sujetas a revisión judicial en las cortes federales por error en su interpretación<sup>36</sup>.

Las cortes de apelación en todos los circuitos interpretaron la decisión en *Wilko*

v. *Swan* en el sentido de que una sentencia arbitral podía ser anulada con fundamento en la Sección 2 del FAA, cuando la corte revisora encontrara que la sentencia arbitral reflejaba una “omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable” por parte del árbitro<sup>37</sup>. Esta interpretación ha sido muy controversial porque tiene su origen en *dicta* y también porque abre la puerta a que se revise el fondo de las sentencias arbitrales.

### 3. BREVE RESEÑA DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

#### 3.1. En qué consiste la Doctrina de la Omisión Manifiesta de la Aplicación de la Legislación Aplicable

La doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable es una de las doctrinas de derecho anglosajón más reconocidas consistente en otorgar a

<sup>31</sup> *Ainsworth v. Kurnick*, 960 F.2d 939 (11<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>32</sup> *Val-U Constr. Co. v. Rosebud Sioux Tribe*, 146 F.3d 573, 578 (8<sup>th</sup> Cir. 1999); *Apex Plumbing Supply, Inc. v. U.S. Supply Co., Inc.*, 142 F.3d 188, 192 (4<sup>th</sup> Cir. 1998); *Hoffman v. Cargill, Inc.*, 59 F. Supp. 2d 861 (N.D. Iowa 1999).

<sup>33</sup> *Advest, Inc. v. McCarthy*, 914 F.2d 6, 8 (1<sup>st</sup> Cir. 1990).

<sup>34</sup> *Wilko v. Swan*, 74 S. Ct. 182 (1953).

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*, 436-37.

<sup>37</sup> *Ver Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, 220 F.3d 22 (2d Cir. 2000), *cert. denied*, 531 U.S. 1075 (2001); *Brown v. ITT Consumer Fin. Corp.*, 211 F.3d 1217 (11<sup>th</sup> Cir.2000); *Dawahare v. Spencer*, 210 F.3d 666 (6<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 531 U.S. 878 (2000); *Williams v. Cigna Fin. Advisors Inc.*, 197 F.3d 752 (5<sup>th</sup> Cir.1999), *cert. denied*, 529 U.S. 1099 (2000); *Koveleskie v. SBC Capital Mkts., Inc.*, 167 F.3d 361 (7<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 528 U.S. 811 (1999); *Kiernan v. Piper Jaffray Cos., Inc.*, 137 F.3d 588 (8<sup>th</sup> Cir.1998); *Barnes v. Logan*, 122 F.3d 820 (9<sup>th</sup> Cir.1997), *cert. denied*, 523 U.S. 1059 (1998); *Cole v. Burns Int'l Security Servs.*, 105 F.3d 1465 (D.C.Cir.1997); *Kaplan v. First Options of Chicago, Inc.*, 19 F.3d 1503 (3d Cir.1994), *aff'd*, *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995); *ARW Exploration Corp. v. Aguirre*, 45 F.3d 1455 (10<sup>th</sup> Cir.1995), *cert. denied*, *Armenis v. Aguirre*, 525 U.S. 822 (1998); *Advest, Inc.; ver también Flex-Foot, Inc. v. CRP, Inc.*, 238 F.3d 1362 (Fed.Cir.2001).

las cortes el poder de negar ejecución a las sentencias arbitrales en las que esté presente una “omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable”. La doctrina cubre conducta tanto sustantiva como procesal y su formulación más común a lo largo de los circuitos federales fue adoptada en el caso *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*<sup>38</sup>, en el que se requiere “más que error o confusión de la legislación” por parte de los árbitros y que el récord demuestre que “los árbitros tenían conocimiento acerca de la ley e incuestionablemente no la aplicaron”<sup>39</sup>. En este sentido, la doctrina requiere que: (1) el árbitro haya tenido conocimiento de un principio legal y que no lo haya aplicado o lo haya ignorado en su conjunto, y (2) la legislación ignorada por el árbitro haya estado bien definida y haya sido explícita y claramente aplicable al caso<sup>40</sup>.

En la mayoría de las ocasiones, el hecho de que el árbitro se haya negado a aplicar el principio legal correcto acarrea una omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable.

### 3.2. La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el Caso *Hall Street Associates vs. Mattel, Inc.* y su interpretación en las Cortes de Circuito

En *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, la Suprema Corte de Justicia de

los Estados Unidos consideró para su estudio si las causales de impugnación y modificación de las sentencias arbitrales contempladas en las Secciones 9,10 y 11 del FAA pueden ser alteradas vía contractual<sup>41</sup>.

*Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* involucró una controversia en materia de arrendamiento en la que se reclamaba que Hall Street había dado por terminado un arrendamiento a Mattel en forma incorrecta, además de no haber dado cumplimiento a la legislación aplicable en materia ambiental durante el término del arrendamiento. Mientras que el litigio estaba pendiente en la corte federal, las partes firmaron un compromiso en árbitros para arbitrar la cuestión relacionada con el cumplimiento de la legislación aplicable en materia ambiental. El compromiso en árbitros permitía que las partes solicitaran la revisión judicial de la sentencia arbitral por errores legales manifiestos. Al otorgar esta facultad de revisión, el compromiso en árbitros representó un intento de las partes para crear causales adicionales de impugnación a las sentencias arbitrales que aquéllas establecidas por el FAA, el cual sólo permite la revisión por irregularidades procesales que equivalgan a una conducta desproporcionada e injusta<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Ver *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, *supra* n. 38, (citando a *DiRussa v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 121 F.3d 818, 821 (2nd Cir. 1997)).

<sup>39</sup> *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*, 254 F.3d 925, 932 (10<sup>th</sup> Cir. 2001); *Prudential-Bache Sec., Inc. v. Tanner*, 72 F.3d 234, 240 (1<sup>st</sup> Cir. 1995).

<sup>40</sup> *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, *supra* n. 38, 28; *Health Svcs. Mgmt. Corp. v. Hughes*, 975 F.2d 1253, 1267 (7<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>41</sup> La Suprema Corte no otorgó *certiorari* para considerar la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable.

<sup>42</sup> *Supra* p. 4, no. 11.

La Suprema Corte sostuvo que el FAA no permite que las partes de manera contractual aumenten las causales para impugnar o modificar una sentencia arbitral y concluyó que las Secciones 10 y 11 del FAA, establecen estándares exclusivos para la impugnación y modificación de las sentencias arbitrales. Con esta sentencia y al no sostener un punto de vista específico en relación con el rol que la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable tiene en la legislación estadounidense, la Suprema Corte dejó abierta esta interpretación a las cortes federales, las cuales han emitido opiniones contradictorias.

No es de sorprender que las discusiones de la Suprema Corte en relación con la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable fueron confusas; una de las cosas más interesantes acerca del caso *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* es que el mismo no involucró una reclamación en el sentido de que el tribunal arbitral hubiera actuado en omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable; más aún, la Suprema Corte no sostuvo que dicha doctrina no podía servir de base para impugnar una sentencia arbitral. La única cuestión legal que se presentó a la Suprema Corte fue si los fundamentos estatutarios para

la impugnación y modificación de una sentencia arbitral podían ser suplementados por acuerdo de las partes<sup>43</sup>.

Como resultado de estas interpretaciones contradictorias, se presentaron cuatro peticiones de *certiorari* en las que se buscó que la Suprema Corte determinara si los estándares de impugnación y modificación de sentencias arbitrales establecidos en la Sección 10 del FAA son “exclusivos o limitativos”, y si los estándares de impugnación establecidos por la jurisprudencia bajo diferentes doctrinas como lo son la de “omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable”, “completamente absurdo”, “contrario al orden público”, o cualquier otra doctrina equivalente, continúan siendo válidas<sup>44</sup>.

En octubre del 2009, la Suprema Corte rechazó las peticiones de *certiorari* en tres de los cuatro casos sometidos a su consideración<sup>45</sup>; sin embargo, la Suprema Corte otorgó *certiorari* en el caso *Stolt-Nielsen SA v. Animal Feeds International Corporation*<sup>46</sup>. En este caso, el Segundo Circuito decidió que la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable continuaba en vigor aún después de la decisión del caso *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* Si bien es cierto que la Suprema Corte debe decidir

<sup>43</sup> *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*, *supra* no. 2, 1400.

<sup>44</sup> *Ver Comedy Club, Inc. v. Improv West Assocs.*, 553 F.3d 1277 (9th Cir. 2009); *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, L.L.C.*, 300 Fex. Appx.415 (6th Cir. 2008); *Grain v. Trinity Health*, 551 F.3d 374 (6th Cir. 2008).

<sup>45</sup> *Comedy Club, Inc. v. Improv West Assocs.*, 553 F.3d 1277 (9th Cir. 2009), *cert. denied*, 502 U.S. 994; *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, L.L.C.*, 300 Fex. Appx.415 (6th Cir. 2008), *cert. denied*, 130 S. Ct. 81 (2009); *Grain v. Trinity Health*, 551 F.3d 374 (6th Cir. 2008), *cert. denied*, 130 S. Ct. 96 (2009).

<sup>46</sup> *Stolt-Nielsen SA v. Animal Feeds International Corporation*, 548 F.3d 85, 94 (2d Cir. 2008), *cert. granted*, 174 L. Ed. 2d 289 (2009).

si es procedente el inicio de una acción arbitral de grupo (*class action arbitration*) cuando la cláusula arbitral no lo contempló, es probable que la Suprema Corte decida cuestiones relacionadas con la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable.

Mientras tanto, la negativa de la Suprema Corte a otorgar *certiorari* en los otros tres casos es relevante para los practicantes del arbitraje comercial internacional porque significa que las partes aún pueden invocar la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, para buscar la negativa al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales sujetas a las disposiciones de los Capítulos 2 (Convención de Nueva York) y 3 (Convención de Panamá) del FAA en aquellos circuitos que así lo permitan.

Dentro de las interpretaciones contradictorias a la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable se encuentran:

- 1) Los Circuitos Segundo<sup>47</sup>, Cuarto<sup>48</sup>, Sexto<sup>49</sup>, y Noveno<sup>50</sup>, han determinado que *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* no excluye la aplicación de la doctrina, aunque han adoptado diferentes explicaciones al fundamento de la misma<sup>51</sup>.

El Segundo y Noveno Circuitos han concluido que la doctrina cae dentro de lo establecido en la Sección 10(a)(4) del FAA<sup>52</sup>, el Sexto Circuito ha determinado que la doctrina aún subsiste porque la Suprema Corte no la eliminó en forma expresa<sup>53</sup>; y el Cuarto Circuito, si bien

<sup>47</sup> *Id.* En contraste, ver *Vaughn v. Leeds, Morelli & Brown, P.C.*, 315 F. App'x. 327, 330 (2d. Cir. 2009) (describiendo la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable como una práctica en el derecho anglosajón aún después de *Hall Street*).

<sup>48</sup> *Qorvis Commc'ns., LLC v. Wilson*, 549 F.3d 303, 312 (4th Cir. 2008).

<sup>49</sup> *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, L.L.C.*, *supra* n. 45, 418, 419. El Sexto Circuito aplicó la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable al interpretar en forma limitada la decisión en *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, decidiendo que la Suprema Corte no había rechazado la doctrina sino que sólo la había aplicado a expansiones contractuales de las causales de impugnación establecidas en el FAA.

<sup>50</sup> *Comedy Club, Inc. v. Improv West Assocs*, *supra* n. 45.

<sup>51</sup> En los casos *Stolt-Nielsen SA v. Animal Feeds Int'l Corp.* y *Comedy Club, Inc. v. Improv West Assocs*, los Circuitos Noveno y Segundo aceptaron la revisión de sentencias arbitrales con base en la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, pero lo hicieron reconstruyendo la doctrina como una versión taquigráfica de la Sección 10(a)(4) del FAA, la cual permite a una corte impugnar una sentencia arbitral "cuando los "árbitros se han excedido en sus facultades, o las han ejercido tan deficientemente que no puede considerarse que han emitido una decisión final."

<sup>52</sup> Ver *Stolt-Nielsen SA v. Animal Feeds International Corporation*, *supra* n. 47, 93-95 y *Comedy Club, Inc. v. Improv West Assocs*, *supra* n. 45, 1281. Ver también *T.Co Metals, LLC v. Dempsey Pipe & Supply, Inc.*, 2010 WL 114832 (2nd Cir. 2010).

<sup>53</sup> Ver *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, L.L.C.*, *supra* n. 45, 419; ver también *Dealer Computer Servs. v. Dub Herring Ford*, 547 F.3d 558, 561 n.2 (6th Cir. 2008) (reconociendo la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable como una base separada para impugnación, pero refiriéndose a la posibilidad de que *Hall Street* no permitiera dicha interpretación).

reconoció la existencia de *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, no consideró su impacto en la doctrina<sup>54</sup>.

El Séptimo Circuito<sup>55</sup>, una corte de distrito en el Décimo Circuito<sup>56</sup>, otras cortes de distrito en el Tercer Circuito<sup>57</sup>, la Corte de la Cancillería de Delaware<sup>58</sup>, y una corte de primera instancia en Nueva York<sup>59</sup>; han determinado que la doctrina subsiste sólo cuando la misma es reconceptualizada como una invención estatutaria (una forma de “conducta inapropiada” o

“exceso de poder” contemplados en la Sección 10 del FAA)<sup>60</sup>.

2) *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* representa el fin de la doctrina y por tanto implícitamente representa el fin de cualquier otro fundamento de impugnación no estatutario. Esta es la postura del Quinto Circuito<sup>61</sup>, quien con anterioridad permitía la aplicación de la doctrina a las sentencias arbitrales internacionales<sup>62</sup>, y posteriormente concluyó en forma expresa que la doctrina dejó de existir a partir de *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*<sup>63</sup>.

<sup>54</sup> Ver *Qorvis Commc'ns., LLC v. Wilson*, *supra* n. 49, 311-13.

<sup>55</sup> Aún antes de *Hall Street*, el Séptimo Circuito reinterpretó la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable como una doctrina derivada de la ley y no del derecho común anglosajón. Ver *George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co.*, 248 F.3d 577, 581 (7th Cir. 2001).

<sup>56</sup> Ver *Abbott v. Mulligan*, No. 2:06-CV-593, 2009 WL 2497386, at \*4 (D. Utah Aug. 13, 2009). Otras cortes en el Décimo Circuito hacen alusión a la doctrina pero no se pronuncian al respecto con fundamento en los argumentos deficientes de las partes. Ver *Legacy Trading Co., Ltd. v. Hoffman*, 2008 wl 3876034 (w.d. Okla.) (10th Cir. 2010).

<sup>57</sup> Ver *Vitarroz Corp. v. G. Willi Food Int'l Ltd.*, No. 05-5363, 2009 WL 1844293, at \*5 (D.N.J. June 26, 2009). Ver la posición contraria en *infra* n. 68.

<sup>58</sup> Ver *TD Ameritrade, Inc. v. McLaughlin, Piven, Vogel Sec., Inc.*, 953 A.2d 726, 732 (Del. Ch. 2008) (aplicando la legislación federal de arbitraje).

<sup>59</sup> Ver *Chase Bank USA, N.A. v. Hale*, 859 N.Y.S.2d 342, 348-49 (N.Y. Sup. Ct. 2008) (aplicando la legislación federal de arbitraje).

<sup>60</sup> Ver, e.g., 9 U.S.C. § 10(a)(3)-(a)(4) (2006).

<sup>61</sup> Ver *Citigroup Global Mkts., Inc. v. Bacon*, 562 F.3d 349, 357-58 (5th Cir. 2009). La Decisión del Quinto Circuito no reconociendo como válida la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable tuvo como fundamento el argumento de que *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* no reconocía esta doctrina como una base independiente para impugnar sentencias arbitrales (cabe señalar que antes de esta sentencia, el Quinto Circuito sostenía una postura contraria). Sin embargo, el Quinto Circuito reconoció implícitamente que esta doctrina podría sobrevivir *Hall Street* si llegara a considerarse que la misma cae dentro de una de las causales de la § 10(a) del FAA para impugnar sentencias arbitrales, y sugirió que situaciones que tradicionalmente pudieran haber caído en el ámbito de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, tales como los árbitros burlándose de la legislación aplicable, podrían ser consideradas bajo la Sección 10(a)(4) del FAA.

<sup>62</sup> Ver *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 290 (5th Cir. 2004), rechazado por *Citigroup Global Mkts., Inc. v. Bacon*, *supra* n. 62.

<sup>63</sup> Ver *Citigroup Global Mkts., Inc. v. Bacon*, *supra* n. 62, 350.

El Primer Circuito ha tomado posturas contradictorias, indicando primero en *dicta* en una nota a pie de página de un caso que la doctrina dejó de existir a partir de *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*<sup>64</sup>, pero aplicando posteriormente la doctrina en un asunto laboral<sup>65</sup>.

El Octavo Circuito<sup>66</sup>, algunas cortes de distrito en el Tercer Circuito<sup>67</sup>, la Suprema Corte de Alabama<sup>68</sup>, la Corte de Apelaciones de Texas<sup>69</sup>, y el Décimo Primer Circuito<sup>70</sup> se han referido al fin de la doctrina así como al fin de cualquier otro fundamento de impugnación no estatutario.

- 3) El Sexto Circuito adopta una interpretación muy limitada

de *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* y considera que los estándares de impugnación exclusivos y limitativos del FAA no pueden ser ampliados por acuerdo entre las partes, pero sí por resolución judicial<sup>71</sup>.

El resto de los Circuitos aún no se ha pronunciado al respecto.

#### 4. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ<sup>72</sup>

Debido a su naturaleza, las impugnaciones a las sentencias arbitrales

<sup>64</sup> *Ramos-Santiago v. United Parcel Servs.*, 524 F.3d 120, 124 n.3 (1st Cir. 2008).

<sup>65</sup> *Ver Asociación de Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico v. Union Internacional de Trabajadores de la Industria de Automoviles, Aerospacio e Implementos Agrícolas, U.A.W. Local 1850*, No. 07-2636, 2009 U.S. App. LEXIS 4571, at \*6-11 (1st Cir. March 6, 2009).

<sup>66</sup> *Ver Med. Shoppe Int'l, Inc. v. Simmonds*, No. 4:08CV90 FRB, 2009 WL 367703, at \*3 (E.D. Mo. Feb. 11, 2009); *Prime Therapeutics, L.L.C. v. Omnicare, Inc.*, 555 F. Supp. 2d 993, 999 (D. Minn. 2008). Sin embargo, la postura del Octavo Circuito aún no es clara. *Ver Crawford Group, Inc. v. Holekamp*, 543 F.3d 971, 976 (8th Cir. 2008) (especificando, en un caso que no involucró omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, que la impugnación sólo es procedente por las razones enumeradas en el FAA).

<sup>67</sup> *Ver Martik Bros., Inc. v. Kiebler Slippery Rock, L.L.C.*, No. 08CV1756, 2009 WL 1065893, \*2 n.2 (W.D. Pa. Apr. 20, 2009); *Southco, Inc. v. Reell Precision Mfg. Corp.*, 556 F. Supp. 2d 505, 509-10 (E.D. Pa. 2008). *Ver la posición contraria en supra* n. 58.

<sup>68</sup> *Hereford v. D.R. Horton, Inc.*, No. 1070396, 2009 WL 104666, at \*5, \*5 n.1 (Ala. Jan. 9, 2009).

<sup>69</sup> *Ver Ancor Holdings, LLC v. Peterson, Goldman & Villani, Inc.*, No. 05-08-00739, 2009 WL 2596120, \*5 (Tex. App. (Dallas) Aug. 25, 2009); *ver también Allstyle Coil Co. v. Carreon*, No. 01-07-00790-CV, 2009 WL 1270411, \*2 (Tex. App. (Houston) May 7, 2009); *ver también Chandler v. Ford Motor Credit Co., L.L.C.*, No. 04-08-00100-CV, 2009 WL 538401, at \*3 (Tex. App. (San Antonio) Mar. 4, 2009). En contraste, *ver Xtria L.L.C. v. Int'l Ins. Alliance Inc.*, 286 S.W.3d 583, 594 (Tex. App. (Texarkana) 2009) reconoce la existencia de la doctrina.

<sup>70</sup> *AIG Baker Sterling Heights, LLC v. Am. Multi-Cinema, Inc.*, 579 F.3d 1268, 1271 (11th Cir. 2009).

<sup>71</sup> *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, L.L.C.*, *supra* n. 45.

<sup>72</sup> Este artículo no analiza si la revisión judicial del fondo de una sentencia arbitral constituye una violación a las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

con base en la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, implican una revisión del fondo de la controversia<sup>73</sup>; como consecuencia, es frecuente que una de las partes invoque la doctrina para así frustrar la aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, las cuales no la contemplan dentro de sus causales para negar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral. Los comentaristas sugieren que estas causales contempladas en las convenciones son limitativas y que por tanto no existen causales implícitas<sup>74</sup>.

A pesar de lo anterior, algunas cortes federales en los Estados Unidos permiten

la aplicación de la doctrina cuando las sentencias arbitrales se encuentran sujetas a las disposiciones de los Capítulos 2 o 3 del FAA<sup>75</sup>, mientras que otras no lo permiten<sup>76</sup>.

La viabilidad de la doctrina federal de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable bajo las Convenciones de Nueva York y de Panamá depende en gran forma de, si la sentencia arbitral fue emitida en los Estados Unidos o si la sentencia arbitral fue emitida en el territorio de un estado diferente a los Estados Unidos pero se busca el reconocimiento y ejecución de la misma en dicho país.

<sup>73</sup> Ver *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RATKA)*, 508 F.2d 969, 977 (2d. Cir. 1974) (haciendo notar hasta qué punto la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable requiere de un estudio del récord del procedimiento arbitral); ver también *InterDigital Communs. Corp. v. Nokia Corp.*, 407 F. Supp. 2d 522, 525 (S.D.N.Y. 1995) (haciendo notar que es frecuente que el desenlace de un arbitraje internacional sea el tener que litigar el asunto nuevamente en cortes federales).

<sup>74</sup> Ver VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Convention of 1958: Towards A Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer Law International, 1981, pp. 265, 269; ver también BOWMAN, John P., "The Panama Convention and Its Implementation Under the Federal Arbitration Act", en 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1, 2002, p. 82. No obstante lo anterior, otros comentaristas opinan que cuando la parte perdedora busca anular una sentencia arbitral, se aplica la legislación nacional de la corte de anulación, aún cuando la misma establezca una revisión judicial mayor que la que la Convención de Nueva York permite en el contexto del reconocimiento y ejecución. Ver BORN, GARY. *International Commercial Arbitration, Segunda Edición*. Kluwer Law International, 2001, pp. 727-28.

<sup>75</sup> Ver *ESSO Exploration & Prod. Chad, Inc. v. Taylors Int'l Servs.*, 293 Fed. Appx. 34, 35 (2d Cir. 2008) (considerando un ataque a una sentencia arbitral de la CCI por omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable y resaltando el impacto de *Hall Street* en la doctrina); *Jacada (Europe), Ltd. v. Int'l Mktg., Inc.*, 401 F.3d 701 (6th Cir. 2005) (permitiendo un ataque con base en la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable a una sentencia arbitral que cae bajo el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York) rechazada en parte por *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*.

<sup>76</sup> Ver *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, *supra* n. 28, 1443, 1446 (rechazando la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable a las sentencias arbitrales internacionales); ver también *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, *supra* n. 63 (permitiendo una impugnación con base en la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable a una sentencia arbitral a la que se aplica la Convención de Nueva York), rechazada por *Citigroup Global Markets Inc. v. Bacon*, *supra* n. 62 (concluyendo que la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable dejó de existir después de *Hall Street*).



#### 4.1. La Doctrina de la Omisión Manifiesta de la Aplicación de la Legislación Aplicable y la Impugnación de Sentencias Arbitrales No Consideradas Nacionales Expedidas Fuera de los Estados Unidos de América

Por lo general, las cortes estadounidenses reconocen que las Convenciones de Nueva York y Panamá conceden a la corte competente del lugar del arbitraje o bien del Estado de la legislación aplicable, la facultad para anular una sentencia arbitral. Bajo este principio, la doctrina de la omisión manifiesta de la legislación aplicable como fundamento para anular una sentencia arbitral en principio no debería de tener lugar en un procedimiento tramitado en los Estados Unidos en el que se buscara el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera.

Debido a lo anterior, en ocasiones las partes han buscado encuadrar la doctrina de la omisión manifiesta de la legislación aplicable dentro de las causales de denegación de reconocimiento y ejecución previstas en las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

La mayor parte de la jurisprudencia en los Estados Unidos de América indica la dificultad de atacar el reconocimiento y

ejecución de una sentencia arbitral emitida fuera de los Estados Unidos con base en la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, en aquéllos casos en que son aplicables las Convenciones de Nueva York y de Panamá; y se busca ligar esta doctrina a la causal de impugnación de violación al orden público establecida en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York<sup>77</sup>. La doctrina tampoco es aplicable cuando la misma se considera como causal independiente de anulación de una sentencia arbitral a la que se le aplica la Convención de Nueva York<sup>78</sup>.

La validez de la doctrina también se ha cuestionado en el caso de sentencias arbitrales emitidas fuera de los Estados Unidos en las que la legislación sustantiva aplicable es la norteamericana. En este sentido, el Sexto Circuito ha negado la aplicación de la doctrina en un caso en el que se buscó introducir la misma bajo la causal prevista en el artículo V(I)(e) de la Convención de Nueva York<sup>79</sup>.

Por su parte, el Quinto Circuito rechaza la aplicación de la doctrina en el caso de sentencias arbitrales internacionales a partir de *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*<sup>80</sup>. Conforme a lo anterior, el único fuero disponible para atacar la validez de una sentencia arbitral emitida fuera de los Estados Unidos

<sup>77</sup> *Ver Brandeis Intsel Ltd. v. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F. Supp. 160,165. (S.D.N.Y. 1987); *see also Int'l Standard Elec. Corp. v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera, Industrial y Comercial*, 745 F. Supp. 172 (S.D.N.Y. 1990).

<sup>78</sup> *Id.* 162 n.1; *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L.*, *supra* n. 26, 20.

<sup>79</sup> *MC Corp. v. Erwin Behr GmbH Co.*, 87 F.3d 844, 848 (6th Cir. 1996); *ver también Int'l Standard Elec. Corp. v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera, Industrial y Comercial*, *supra* n. 77.

<sup>80</sup> *Ver Citigroup Global Mkts., Inc. v. Bacon*, *supra* n. 62, 350.

a la que los árbitros han aplicado en forma incorrecta la legislación sustantiva estadounidense, sería el territorio en donde se emitió la sentencia arbitral.

Adicionalmente, en algunos casos existiría la posibilidad de argumentar en forma exitosa que, al actuar los árbitros en omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, con el objeto de decidir acerca de cuestiones que no fueron sometidas al arbitraje, los árbitros están de hecho tomando decisiones “que están fuera del alcance del acuerdo arbitral”, o “actuando en exceso de sus facultades”, lo cual facilitaría la aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

#### **4.2. La Doctrina de la Omisión Manifiesta de la Aplicación de la Legislación Aplicable y la Impugnación de Sentencias Arbitrales No Consideradas Nacionales Expedidas en los Estados Unidos de América**

Si la sentencia arbitral se emitió en los Estados Unidos y una de las partes presenta una solicitud de anulación en contra de la sentencia arbitral, las cortes pueden considerar la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable.

Aunque la Convención de Nueva York se aplica principalmente a sentencias

arbitrales emitidas fuera del territorio de reconocimiento y ejecución, dicho instrumento internacional también se aplica a las sentencias arbitrales emitidas en los Estados Unidos que provienen de una transacción comercial y que no son consideradas como nacionales en dicho país<sup>81</sup>. Conforme al FAA, la calificación de una sentencia arbitral emitida en los Estados Unidos como “no nacional”, tiene lugar cuando la sentencia arbitral “involucra propiedad localizada en el extranjero, tiene lugar o deberá ser ejecutada en el extranjero, o tiene cualquier otra relación razonable con uno o más Estados extranjeros”<sup>82</sup>. La jurisprudencia de las cortes de circuito se encuentra dividida en relación a si la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable es aplicable a estos casos.

Tanto el Segundo Circuito en *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*<sup>83</sup>, y el Sexto Circuito en *Jacada (Europe) Ltd. v. International Marketing Strategies, Inc.*<sup>84</sup> han permitido la aplicación de la doctrina. Por el contrario, si bien es cierto que no se refirió en forma expresa a la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable, podríamos llegar a la conclusión de que el Onceavo Circuito en *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH* no la reconocería, ya que dicho circuito rechazó la impugnación de una sentencia arbitral

<sup>81</sup> Convención de Nueva York, artículo I; 9 U.S.C. § 2007.

<sup>82</sup> 9 U.S.C. § 202; ver *supra* p. 13.

<sup>83</sup> Ver *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L.*, *supra* n. 26, 16, 19.

<sup>84</sup> *Jacada (Europe), Ltd. v. Int'l Mktg., Inc.*, 401 F.3d 701, 712 (6th Cir. 2005).

con base en el argumento de que la misma era “arbitraria y caprichosa”<sup>85</sup>. La Corte basó su resolución en el hecho de que dicha causal no se encuentra expresamente prevista dentro de las siete defensas en contra del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral enlistadas en el artículo V de la Convención de Nueva York, las que la corte consideró como limitativas.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo general, el ataque al reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral emitida con base en la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable a la que se aplican las Convenciones de Nueva York y de Panamá no es fácil y su éxito dependerá de la jurisprudencia del circuito en el que se busque el reconocimiento y ejecución. La parte impugnante deberá tomar en consideración la postura que en relación a dicha doctrina ha tomado ese circuito, junto con el hecho de si la sentencia arbitral es una sentencia arbitral extranjera a la que se aplica una legislación extranjera, una sentencia extranjera emitida bajo la legislación nacional de la corte en donde se ejecutará, o una sentencia arbitral no nacional emitida dentro de los Estados Unidos.

A la fecha de esta publicación, hay un gran número de circuitos en los Estados Unidos que consideran que la doctrina es aplicable. Hasta que el Congreso o la Suprema Corte se pronuncien al respecto o bien los circuitos federales lleguen a un acuerdo común, los resultados de la aplicación de esta doctrina bajo las Convenciones de Nueva York y de Panamá continuarán siendo inciertos. Las partes que se encuentren involucradas en procedimientos ejecución bajo los Capítulos 2 o 3 del FAA deben seguir muy de cerca los resultados del caso *Stolt-Nielsen SA v. Animal Feeds International Corporation* a efecto de saber si la Suprema Corte decidirá acerca de la aplicación de la doctrina de la omisión manifiesta de la aplicación de la legislación aplicable. Si la doctrina se elimina, eso reforzará la finalidad del procedimiento arbitral, ya que las partes tendrán certeza acerca del criterio de la corte aplicará cuando se impugne una sentencia arbitral y ya no tendrán que necesitan preocuparse acerca de la posturas individuales de los jueces federales.

Por lo anterior, es recomendable que las partes tomen en cuenta esta situación al redactar sus cláusulas arbitrales, especialmente por lo que toca a la legislación sustantiva y procesal aplicable, así como la legislación del lugar de reconocimiento y ejecución.

<sup>85</sup> Ver *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, supra n. 28, 1443.



# DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

ARIF HYDER ALI (\*)  
ERICA FRANZETTI (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Consideraciones sobre la fase de pre-redacción.* 2.1. *¿Cláusula de arbitraje o cláusula compromisoria?* 2.2. *¿Hay algún requisito formal obligatorio?* 2.3. *¿Hay algún acuerdo para resolución de controversias previo o conexo?* 2.4. *¿Qué nivel de detalle debe tener la cláusula?* 2.5. *¿La cláusula debe prever condiciones previas para el arbitraje?* 2.6. *¿Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc?* 3. *Elementos fundamentales de una cláusula de arbitraje.* 3.1. *Definir las controversias a que se refiere la cláusula arbitral.* 3.2. *Elegir el lugar del arbitraje.* 3.2.1. *La importancia de la sede del arbitraje.* 3.2.2. *Elección de la sede arbitral.* 3.3. *Requisitos, número y nombramiento de árbitros.* 3.3.1. *La importancia de designar el método para elegir al árbitro o árbitros.* 3.3.2. *¿Conviene especificar el número de árbitros?* 3.3.3. *¿Conviene nombrar específicamente al árbitro o árbitros?* 3.3.4. *¿Conviene especificar las aptitudes del árbitro o árbitros?* 3.3.5. *¿Conviene calificar la nacionalidad del árbitro o árbitros?* 4. *El idioma del arbitraje.* 5. *La ley sustantiva aplicable al arbitraje.* 6. *Elementos situacionales o adicionales.* 6.1. *Exhibición de pruebas.* 6.2. *Conflictos multipartes.* 6.3. *Confidencialidad y privacidad.* 6.4. *Amiable compositeur o ex aequo et bono.* 6.5. *Revisión judicial y efecto del laudo.* 7. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En términos generales, el arbitraje requiere un acuerdo entre las partes que documente su intención de someter una

controversia al mismo. Este acuerdo puede tener la forma de una cláusula específica a ser incluida en el contrato original de las partes, expresando su intención de someter todas las controversias futuras a arbitraje

---

(\*) Director del equipo de Resolución de Controversias Internacionales de Crowell & Moring, Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, y Profesor Honorario del Centro para el derecho y políticas en materia de energía, petróleo y minerales de la Universidad de Dundee.

(\*\*) Abogada en el equipo de Resolución de Controversias Intencionales Crowell & Moring, graduada del programa de maestría en Derecho de la Universidad de Georgetown, y admitida a la práctica en Brazil y en el Estado de Nueva York, además de ser licenciada como *Special Legal Consultant* en el Distrito de Columbia.

(es decir, una *cláusula arbitral*); o, alternativamente, pactarse en un convenio posterior a ser suscrito por separado reflejando la intención de las partes de someter una controversia concreta a arbitraje, después de ocurrida la misma (*cláusula compromisoria*). En este trabajo, a menos que se indique expresamente lo contrario, los términos “cláusula arbitral”, “acuerdo arbitral” y “cláusula de arbitraje” se utilizan indistintamente.

La importancia de la redacción de una cláusula de arbitraje eficaz no debe ser subestimada. Una cláusula de arbitraje correctamente redactada brinda previsibilidad y celeridad. Una cláusula mal redactada, dará lugar a gastos y demoras innecesarios, derivados del tiempo y esfuerzo que las partes van a tener que dedicar a resolver cuestiones que podrían haber sido cubiertas en una cláusula bien redactada. A continuación presentamos ciertas directrices que sugerimos tener en cuenta al redactar la cláusula arbitral.

## **2. CONSIDERACIONES SOBRE LA FASE DE PRE-REDACCIÓN**

### **2.1. ¿Cláusula de arbitraje o cláusula compromisoria?**

Normalmente es preferible incluir la cláusula arbitral en el convenio original en vez de esperar a que surja la controversia para después negociar una cláusula compromisoria. Esto es así porque una vez producido un conflicto, puede resultar difícil que las partes se pongan de acuerdo sobre los procedimientos a seguir para resolver la controversia.

### **2.2. ¿Hay algún requisito formal obligatorio?**

Sugerimos investigar si la cláusula arbitral será válida y eficaz en todas las jurisdicciones potencialmente competentes para resolver aspectos relativos al arbitraje. En el arbitraje internacional, se debe investigar: (i) la normativa vigente en la jurisdicción a que estén sujetas cada una de las partes, (ii) la legislación de arbitraje del lugar seleccionado por las partes como sede del arbitraje, y (iii) la legislación de cada jurisdicción donde se prevea ejecutar el laudo arbitral.

Aunque no es posible identificar en un trabajo de esta naturaleza todos los aspectos a ser investigados, típicamente se considera: (i) si cada parte tiene la capacidad o la autoridad formal para someterse al arbitraje, (ii) si existen limitaciones respecto del tipo de disputas que pueden someterse a arbitraje, (iii) si un acuerdo puede ser válidamente hecho para arbitrar futuras disputas; (iv) si una cláusula de arbitraje puede ser incorporada por referencia a un contrato ya existente, y (v) si existe alguna formalidad relativa a la forma o al contenido del acuerdo arbitral.

### **2.3. ¿Hay algún acuerdo para resolución de controversias previo o conexo?**

Los contratos que tengan por objeto regular negocios complejos, con múltiples partes, o múltiples operaciones, así como las modificaciones o novaciones de acuerdos existentes, pueden plantear cuestiones particularmente difíciles para la redacción de cláusulas de arbitraje.

En estas situaciones, debe llevarse a cabo una cuidadosa investigación para asegurar la coherencia de las disposiciones contractuales correspondientes a la resolución de controversias, incluyendo, por ejemplo, en relación con la sede del arbitraje, las reglas institucionales, el sitio donde tendrán lugar las audiencias del arbitraje, el número de árbitros, el idioma del arbitraje, la elección por las partes de la ley aplicable y demás aspectos pertinentes.

#### **2.4. ¿Qué nivel de detalle debe tener la cláusula?**

Una cláusula de arbitraje puede consistir de unas pocas palabras o, en transacciones complejas, requerir varias páginas. La extensión y complejidad de una cláusula arbitral dependerá de una variedad de factores, incluyendo el número de partes implicadas en la transacción, la naturaleza de la relación comercial entre las partes, su nivel de sofisticación, y la capacidad de negociación de cada una de ellas.

Sin perjuicio del cuidado que se debe poner en la redacción de la cláusula arbitral, es aconsejable evitar incluir excesivos detalles relacionados con el procedimiento a seguir por los árbitros a partir de su designación. Los costos relacionados con las negociaciones detalladas respecto del procedimiento raramente las justifican. Por el contrario, incurrir en excesivos detalles respecto del procedimiento en una cláusula arbitral puede limitar la flexibilidad del árbitro, o árbitros, designados para determinar el procedimiento más apropiado para la resolución de la controversia y/o para

conducir el procedimiento de acuerdo con las reglas de arbitraje de la institución o cuerpo arbitral que las partes hayan seleccionado para administrar la disputa, causando confusión, demoras y costos adicionales innecesarios.

#### **2.5. ¿La cláusula debe prever condiciones previas para el arbitraje?**

Las partes pueden incluir en la cláusula arbitral la exigencia de que antes de la iniciación del arbitraje sean las mismas partes las que deban tratar primero de resolver la controversia mediante una negociación directa o recurriendo a la mediación de un tercero.

El beneficio más relevante de pactar la necesidad de una negociación directa o mediación como condición previa al arbitraje es que una negociación y/o mediación bien conducida puede ayudar a preservar la relación entre las partes. La contrapartida es que una de las partes puede hacer uso de la condición previa para tratar de impedir o postergar el inicio del arbitraje. Una parte interesada en tácticas dilatorias puede argumentar que no se hizo un verdadero esfuerzo para solucionar la disputa, o que no todas las controversias sometidas a arbitraje fueron objeto de la negociación o de la mediación. Para obtener el beneficio de una cláusula contentiva de condiciones previas para el arbitraje, es aconsejable incluir términos que delimiten claramente los esfuerzos a ser requeridos de las partes y el período de tiempo a ser empleado para tratar de resolver la controversia por medio de negociación directa o de una mediación, al cabo del cual cualquiera de

las partes podrá solicitar la iniciación del procedimiento arbitral.

## 2.6. ¿Arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*?

Los procedimientos de arbitraje pueden llevarse a cabo de conformidad con un conjunto de normas o reglas de procedimiento de un determinado cuerpo u organismo arbitral proveedor de servicios institucionales para la resolución de controversias, cuyas reglas se incorporaran por referencia a la cláusula arbitral. A este tipo de arbitraje nos referiremos en adelante como “arbitraje institucional”. Los arbitrajes realizados sin la supervisión administrativa de un organismo arbitral, sea según los procedimientos acordados por las partes sobre la base de su propia percepción de las circunstancias específicas, o sobre la base de un conjunto de reglas formales, como las reglas del CNUDMI (UNCITRAL), son referidos en adelante como “arbitrajes *ad hoc*”.

Cuando las partes eligen el arbitraje *ad hoc* generalmente lo hacen porque (i) desean resolver sus controversias de acuerdo a las normas de resolución de controversias adaptadas a la naturaleza de sus relaciones comerciales, o (ii) asumen que será menos costoso que el arbitraje institucional, ya que no tendrán necesidad de pagar todos los costos administrativos, o (iii) porque no alcanzan acuerdo sobre el organismo arbitral a ser designado.

Cualesquiera que sean las ventajas percibidas respecto de adaptar los procedimientos a las circunstancias específicas de las partes en una cláusula *ad hoc*, por lo general, éstas deben

ser contrabalanceadas con los riesgos involucrados por tal procedimiento. De hecho, cuando las partes están dispuestas a cooperar, el arbitraje *ad hoc* puede ser menos costoso que el arbitraje institucional. Sin embargo, esta cooperación suele ser escasa, especialmente en el marco de una disputa. Además, si se requiere la intervención judicial, los costos del arbitraje *ad hoc* pueden llegar a exceder rápidamente los del arbitraje institucional.

Aunque la utilización de los servicios de un organismo arbitral para controlar el proceso de designación de los árbitros y el desarrollo del procedimiento arbitral de acuerdo a las reglas del mismo implica costos administrativos adicionales imputables a los honorarios cobrados por el organismo arbitral, los beneficios recibidos a cambio de ésto son considerables. Estos incluyen:

- Una infraestructura administrativa y de supervisión, que puede incluir asistencia a las partes respecto del trámite de la solicitud de arbitraje y otras presentaciones, el mantenimiento de listas de árbitros aprobados y calificados, el nombramiento o remoción de los árbitros, y la organización de las instalaciones de la audiencia. Además, un organismo arbitral normalmente asiste a las partes en lo referente al control de los costos y cargos asociados con el arbitraje, incluida la administración de los pagos que deben hacerse a los árbitros, limita considerablemente el alcance de cualquier incorrección y ayuda a preservar la



percepción de la neutralidad del tribunal arbitral;

- Un personal capacitado concentrado en la supervisión eficiente del procedimiento arbitral;
- Un marco independiente para resolver las cuestiones complejas que puedan surgir en el curso del arbitraje;
- La disponibilidad de un conjunto de normas de procedimiento que establecen una estructura conocida y predecible.

A la luz de lo anterior, los profesionales del arbitraje más experimentados suelen recomendar un arbitraje institucional en vez de un arbitraje *ad hoc*. Sin embargo, si las partes aún desean tener un arbitraje *ad hoc*, es aconsejable que tengan en cuenta lo siguiente:

- Incorporar un conjunto de reglas formales de arbitraje *ad hoc*. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que ha sido aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el más frecuentemente elegido en contratos internacionales;
- Designar la sede del arbitraje;
- Especificar el idioma a ser utilizado para el arbitraje;
- Especificar el número de árbitros y el procedimiento para su nombramiento; e
- Identificar una organismo arbitral debidamente calificado para servir como una “autoridad nominadora” en el caso que una de las partes no cumpla con su

obligación de nombrar el arbitro que le corresponda.

### 3. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE UNA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

Aunque son muchas las cuestiones que pueden ser incluidas y reguladas a través de una cláusula de arbitraje, hay ciertos elementos fundamentales que, casi invariablemente, son incluidos en cláusulas de este tipo. Estos elementos se analizan a continuación.

#### 3.1. Definir las controversias a que se refiere la cláusula arbitral

La cláusula arbitral debe aclarar si todas las controversias entre las partes, cualesquiera sea su conexión con sus relaciones contractuales, se someterán a arbitraje, o si solamente las controversias derivadas de ciertas relaciones, a ser especificadas, entrarán en el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral.

A menos que haya razones de peso para hacerlo de otra manera, se deberá incluir lenguaje que asegure que todas las controversias relativas a la relación de las partes estén cubiertas por la cláusula arbitral. Un ejemplo de lenguaje apropiado es el siguiente:

*Todas las disputas, reclamaciones, controversias o desacuerdos relativos a, o que surjan de, o tengan conexión con este Contrato (incluyendo su formación, existencia, validez, ejecución, terminación, interpretación o incumplimiento), o con el objeto del presente Contrato, serán resueltas de forma definitiva por un arbitraje vinculante.*

*“Todas las disputas, reclamaciones, controversias o desacuerdos”* – Este lenguaje minimiza la posibilidad de que una parte demandada pueda argumentar que las cuestiones que son objeto de la solicitud de arbitraje no están cubiertas por la cláusula de arbitraje.

*“Relativo a, que surjan de, o tengan conexión con”* – Estas expresiones pueden ayudar a refutar el planteamiento de que las reclamaciones extracontractuales no están cubiertas por la cláusula de arbitraje.

*“La formación, existencia, validez, ejecución, terminación, interpretación o incumplimiento”* – Este texto aclara que todos las disputas relativas a la relación contractual de las partes estarán sujetas a la cláusula de arbitraje, incluidas las reclamaciones relativas a la formación y a la terminación del contrato.

*“O con el objeto del presente Contrato”* – Este lenguaje amplía el ámbito de aplicación de la cláusula de arbitraje y también puede ayudar a asegurar que los conflictos derivados de la formación y validez del contrato subyacente también entren en el ámbito de aplicación de la cláusula de arbitraje.

### 3.2. Elegir el lugar del arbitraje

El lugar del arbitraje es la sede formal del arbitraje. Aunque es posible que las audiencias o las deliberaciones del tribunal arbitral tengan lugar en una ciudad o país que no sea la sede del arbitraje, esto no afectará la sede jurídica del arbitraje.

#### 3.2.1. La importancia de la sede del arbitraje

Elegir la sede del arbitraje es una de las cuestiones más importantes a negociar en un acuerdo arbitral internacional.

Esto es así por una variedad de razones, incluyendo las siguientes:

- Aunque los tribunales en algunas jurisdicciones normalmente hacen cumplir los acuerdos de arbitraje, decidiendo a favor de la arbitrabilidad de las disputas y absteniéndose de interferir en el proceso arbitral, esta actitud “pro-arbitraje” no es generalizada. La interferencia de los tribunales locales en arbitrajes internacionales que se desarrollen dentro de su jurisdicción puede tomar muchas formas, incluyendo la anulación de acuerdos o laudos arbitrales, la paralización del procedimiento arbitral, y/o el nombramiento de árbitros no calificados.
- La normativa (que no debe confundirse con el derecho sustantivo aplicable al arbitraje) que regirá el procedimiento arbitral será la de la ley de la sede del arbitraje. Como resultado, una variedad de cuestiones relativas a la supervisión judicial de un procedimiento de arbitraje estarán sujetas a la ley y a los tribunales arbitrales de la sede, a menudo, independientemente de la voluntad de las partes.
- En ciertas jurisdicciones, independientemente de la ley de fondo elegida por las partes, las normas de carácter imperativo locales y las normas de orden público de la sede arbitral determinarán si ciertas

cuestiones o reclamaciones pueden ser sometidas a arbitraje;

- La ley de la sede arbitral podrá contener reglas imperativas a ser aplicadas por el tribunal arbitral en relación con los plazos de prescripción, la elección de la ley aplicable al fondo de la disputa y otras cuestiones de procedimiento;
- Cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable al fondo de la disputa, el tribunal arbitral podrá aplicar la ley sustantiva del lugar del arbitraje para decidir la controversia o, aplicar las normas de Derecho Internacional Privado del lugar del arbitraje para determinar cual ley sustantiva debe ser aplicada;
- En ausencia de acuerdo entre las partes, los árbitros pueden aplicar la ley sustantiva y procesal del lugar de arbitraje para llenar los vacíos de las normas institucionales. Por ejemplo, un árbitro o el tribunal podría examinar las normas locales sobre el alcance y los métodos de “discovery” (divulgación de información) para decidir si se puede permitir “discovery” en el arbitraje.
- La ejecución del acuerdo y del laudo arbitral se verá afectada por los tratados sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales firmado por

el Estado en que se encuentra la sede del arbitraje.

- Un laudo arbitral dictado fuera de la jurisdicción donde va a ser ejecutado puede estar sujeto a diferentes requisitos de procedimiento aplicables para el cumplimiento de un laudo dictado en la jurisdicción de ejecución.
- Típicamente los tribunales nacionales de la sede del arbitraje son los que, en primera instancia, resolverán los recursos de anulación de un laudo arbitral. Así, como las normas para la revisión de los laudos arbitrales pueden ser significativamente diferentes en una u otra jurisdicción, la elección de la sede arbitral puede tener importantes consecuencias.

Cuando las partes no hayan especificado la sede arbitral en su acuerdo arbitral, la mayor parte de las reglas de los organismos arbitrales especifican que la decisión respecto de la sede del arbitraje será hecha por el organismo arbitral o por el tribunal arbitral.

### 3.2.2. Elección de la sede arbitral

La elección de la sede arbitral es generalmente uno de los elementos más arduamente negociados en una cláusula de arbitraje internacional. Esto se debe principalmente a la percepción de alguna de las partes de que los árbitros actuarán como un “tribunal local” si un arbitraje se desarrolla en el lugar principal de comercio

o domicilio de la otra. El desenlace típico es la especificación de un lugar neutro para todas las partes o, aunque menos preferible, directamente la no especificación del mismo. Si esto último ocurre, el lugar del arbitraje no se determinará hasta que haya comenzado un proceso arbitral, y podrá resultar en acciones en tribunales nacionales que pretendan anular o ejercer un derecho preferente sobre la selección del lugar efectuada por la institución o tribunal arbitral.

Los siguientes lineamientos se establecen a fin de asistir a las partes en lograr una elección acertada respecto de la sede del arbitraje en el contexto de negociaciones contractuales, o bien para evaluar cualquier recomendación sobre ese tema que pueda ser ofrecida por la contraparte.

- Intente seleccionar sólo aquellas jurisdicciones que hayan accedido a la Convención de Nueva York, dado que ésto aumentará la probabilidad de que el acuerdo de arbitraje entre las partes y/o el laudo arbitral sea respetado. En ciertas circunstancias, si el país no es parte de la Convención de Nueva York, se debe efectuar una consulta para determinar si el país es parte de otros acuerdos multilaterales, como la Convención de Panamá, que pudiera facilitar la ejecución del laudo arbitral.
- Intente seleccionar jurisdicciones cuya legislación nacional de arbitraje sea predecible, esté bien desarrollada, y que no sea demasiado intrusa con respecto

al procedimiento arbitral, sino que lo apoye. La legislación nacional relativa al arbitraje de gran cantidad de países se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI, que tiene como objetivo principal lograr acuerdos de arbitraje internacional y laudos cuya ejecución sea más predecible, fácil, y uniforme, y minimizar el potencial de interferencia judicial en los procedimientos internacionales de arbitraje. Perú se encuentra entre los países que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI de manera plena. Sin embargo, aún cuando una jurisdicción haya adoptado o basado su ley de arbitraje en la Ley Modelo de la CNUDMI, son sus jueces y tribunales locales los que finalmente deberán aplicar las disposiciones de dicha ley. Su idoneidad a tal efecto dependerá de una variedad de factores, incluyendo el grado de desarrollo del país en cuestión y de su sistema judicial; la independencia de los juzgados respecto a cualquier influencia política; el grado de familiaridad de los jueces nacionales con el arbitraje, tanto doméstico como internacional; y consideraciones de orden público interno. Algunas de las jurisdicciones arbitrales más populares seleccionadas por las partes de acuerdo a (1) su actitud amigable hacia el arbitraje, y (2) disponibilidad de facilidades desarrolladas para procedimientos de arbitraje (p. ej., sistemas desarrollados de

transporte aéreo, terrestre y ferroviario; facilidad de acceso; hotelería de nivel internacional; estabilidad política y seguridad pública; relatores judiciales; intérpretes) son las siguientes: Nueva York, Nueva York, EE.UU.; Miami, Florida, EE.UU.; París, Francia; Londres, Inglaterra; Ginebra, Suiza. En Latinoamérica, la elección de las siguientes ciudades como lugares de arbitraje está aumentando: Santiago, Chile; Lima, Perú; San Pablo, Brasil, Ciudad de México, México.

- Intente seleccionar una jurisdicción donde la legislación nacional de arbitraje y sus tribunales reconozcan la “doctrina de la separabilidad, o autonomía del pacto arbitral” y se inclinen hacia el reconocimiento de acuerdos arbitrales. La doctrina de la separabilidad estipula la continuidad de la validez de una cláusula de arbitraje, aún si el contrato subyacente donde se establece la cláusula resulta de alguna manera nulo o no aplicable. En la práctica, a raíz de la doctrina de la separabilidad, una objeción al pacto subyacente de las partes (p. ej. basada en que el contrato fue inducido fraudulentamente, nulo por falta de causa o sustituido) no afectará la validez del acuerdo de arbitraje, que es considerado como un contrato separado con un efecto legal separado. En consecuencia, un laudo del
- tribunal sobre una cuestión de fondo será válido aún cuando se determine que el contrato entre las partes no es válido. Las excepciones a la aplicación de la doctrina de la separación son limitadas, por ejemplo, cuando las partes han expresamente excluido su aplicación o cuando la base para objetar su competencia constituye fraude que vicia al acuerdo de arbitraje en sí mismo. Las normas de la mayoría de las instituciones arbitrales reconocen la doctrina de la separabilidad.
- Intente evitar jurisdicciones donde no queda claro si los reclamos en particular o las categorías de reclamos potencialmente aplicables a la relación jurídica se pueden someter a arbitraje o no.
- Intente evitar jurisdicciones que pretendan regular a quién las partes pueden designar como árbitro, o quién puede actuar como único árbitro, o como presidente de un tribunal tripartito.
- Intente evitar jurisdicciones donde los tribunales tienden a tomar un rol activo en la supervisión de arbitrajes dentro de su jurisdicción, o que no posean experiencia en la interpretación y la aplicación de la legislación nacional de arbitraje.
- Intente evitar jurisdicciones donde existe una tendencia por parte de los tribunales hacia la revisión de cuestiones de fondo de laudos arbitrales.

- Intente evitar jurisdicciones que limiten el rol de abogados calificados no locales en la representación de una parte en el arbitraje.

### 3.3. Requisitos, número y nombramiento de árbitros

#### 3.3.1. La importancia de designar el método para elegir al árbitro o árbitros

Es fundamental que las partes indiquen claramente el método para la designación de los árbitros en el acuerdo de arbitraje. Las partes pueden delinear un procedimiento propio en la cláusula de arbitraje o acordar en someterse a una autoridad (típicamente una institución arbitral) que realice el nombramiento conforme a sus propias reglas. Si ninguna de las opciones anteriores es elegida, es usual que los tribunales competentes del lugar de arbitraje, o del domicilio de las partes, determinen cómo se designará el tribunal. Esto puede conducir a múltiples acciones judiciales en distintas jurisdicciones, resultados contradictorios, demoras, gastos, y el nombramiento de un tribunal arbitral mucho menos calificado del que se hubiera conformado si las partes hubieran llegado a un acuerdo previo.

#### 3.3.2. ¿Conviene especificar el número de árbitros?

Existen varios aspectos que deben considerarse en relación al número de árbitros que deben ser analizados al preparar la cláusula de arbitraje, incluyendo por ejemplo, si conviene indicar o no el

número de árbitros y la cantidad de árbitros a designar.

Generalmente, es recomendable especificar en la cláusula arbitral el número de árbitros que habrán de resolver la disputa entre las partes. Cuando no exista acuerdo entre las partes respecto a este tema, se dejará al organismo arbitral designado por las partes la determinación de este número o, si no se ha designado una institución, el tribunal nacional apropiado tendrá competencia para resolver este tipo de asuntos. No tomar una decisión respecto al número de árbitros hasta que acontezca una disputa permite a las partes la flexibilidad de elegir el número de acuerdo a la naturaleza y complejidad del conflicto en cuestión, asumiendo que éstas logran llegar a un acuerdo en este sentido. Asimismo, si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo, siendo ésta usualmente la situación, el organismo arbitral o tribunal debe decidir qué número debe asignar basándose en una evaluación independiente de la controversia. Pero mientras esta flexibilidad puede ser ventajosa, la falta de especificación del número de árbitros puede causar atrasos en el procedimiento y significativos costos.

Las consideraciones que deben tomarse en cuenta respecto a la elección del número de árbitros incluyen, entre otras, el valor del contrato, el domicilio de las partes, su nacionalidad, el lugar de arbitraje. La práctica común es que las partes acuerden en uno o tres árbitros, aunque las partes suelen designar dos y hasta cinco; en el caso de dos árbitros, casi inevitablemente se llega a un impasse y, en el caso de cinco, el resultado son retrasos y gastos innecesarios.

Las ventajas de un árbitro único incluyen una planificación y una logística más simple, honorarios de arbitraje y costos más bajos, así como un camino más rápido hacia una decisión final que con un tribunal arbitral compuesto por tres miembros. Sin embargo, aunque un tribunal tripartito consume más tiempo hasta la obtención de la sentencia y el costo demandado es más alto, el riesgo de un fallo erróneo baja considerablemente. Asimismo, en un escenario internacional, donde conviven distintas tradiciones legales y culturas de negocios, un tribunal tripartito puede involucrar importantes ventajas para las partes. Esto se da puesto que típicamente cada parte tiene el derecho de nominar un árbitro, dejando la elección del árbitro presidente a estos últimos. Cada árbitro designado por la parte asegura que el caso de la parte sea comprendido por el tribunal; aclara los temas que puedan surgir debido a diferencias idiomáticas, diferente terminología legal, y principios y conceptos legales poco familiares; asimismo influye en la forma en que se conduce el arbitraje, de esa manera asegurando un terreno procesal parejo (p. ej., un árbitro con formación en derecho civil, seguramente se opondrá a un proceso arbitral tramitado al estilo del litigio usual en los EE.UU.)

Cuando un árbitro único deba fallar sobre alguna entre las partes, las mismas podrán ponerse de acuerdo respecto a la identidad del mismo, o dejar esta tarea a la autoridad de nombramiento o ente administrativo designado a tal fin. Cuando deba designarse un tribunal tripartito, existen diversas formas de lograrlo. La más común incluye (1) el nombramiento o designación por cada parte de un “árbitro

de parte” o “co-árbitro”, árbitros que luego seleccionarán al tercer árbitro que habrá de actuar como árbitro presidente, y de no mediar acuerdo entre los árbitros de parte, el nombramiento del árbitro presidente será efectuado por la autoridad de designación; o (2) el nombramiento de la totalidad de los tres árbitros por la autoridad de designación.

### 3.3.3. ¿Conviene nombrar específicamente al árbitro o árbitros?

Las partes ocasionalmente intentarán nombrar específicamente a un árbitro o árbitros en su contrato. Si bien esta práctica puede acelerar el nombramiento de un tribunal arbitral, específicamente en casos donde las partes están presentando una controversia ya existente a arbitraje, es una práctica que debería evitarse. La razón es que el individuo nombrado podría no estar disponible para actuar como árbitro cuando surja el conflicto entre las partes, por ejemplo, dada una incapacidad, conflicto de intereses o conflictos de agenda. La persona o personas nombradas en la cláusula arbitral podrían asimismo no ser las más apropiadas o calificadas a fin de resolver las disputas que eventualmente pudieran surgir con posterioridad. Por último, abogados con buena reputación que sean árbitros de probada experiencia estarán reticentes a que su nombre sea incluido en acuerdos arbitrales, dado que esto podría resultar en cuestiones que le generen conflictos de interés.

Si se nombra específicamente a un árbitro, sea bien en una cláusula arbitral o en un acuerdo de sometimiento, es recomendable especificar una autoridad de designación, como contingencia para

el supuesto de que el sujeto nombrado no pueda prestar esa función.

### 3.3.4. ¿Conviene especificar las aptitudes del árbitro o árbitros?

Es posible, aunque no siempre recomendable, especificar las aptitudes y características de los árbitros directamente en la cláusula arbitral. El nombramiento de un sujeto neutro técnicamente sofisticado puede reducir la necesidad de una opinión experta en asuntos complejos. Asimismo, puede traer aparejados resultados más rápidos y menos costosos para las partes. En la práctica, sin embargo, la elección de un sujeto neutro técnicamente sofisticado debe ponderarse en virtud de la necesidad de que el sujeto neutro sea asimismo un especialista en la resolución de disputas y posea la aptitud de manejar el procedimiento de forma eficiente. Adicionalmente, cuando un conflicto eventualmente se materializa, puede no necesariamente requerirse de un sujeto neutro con la aptitud particular delineada en la cláusula de resolución de disputas.

Así como suelen requerirse aptitudes técnicas o profesionales específicas, no es poco común encontrar requisitos en cuanto al idioma dentro de cláusulas arbitrales, requiriendo que los árbitros hablen con fluidez algunos idiomas en particular, o hayan tenido práctica o hayan sido certificados en el campo particular de su especialización por un mínimo determinado de años. Dependiendo de la naturaleza de la relación contractual subyacente entre las partes, la consideración de estos temas en la cláusula arbitral suele ser de extrema utilidad. Dicho esto, es menester adoptar los pasos necesarios a fin

de no sobredimensionar las aptitudes que deberían poseer los árbitros, asegurándose asimismo, que para aquellos casos donde estas aptitudes sean explícitamente delineadas, se lo haga de una manera tan objetiva y específicamente pensada para evitar el aumento de conflictos, retrasos, y gastos innecesarios.

### 3.3.5. ¿Conviene calificar la nacionalidad del árbitro o árbitros?

En ciertas circunstancias, puede ser recomendable considerar la inclusión de lenguaje tendiente a regular la nacionalidad de los árbitros; por ejemplo, cuando, dado que una de las partes y el árbitro comparten la misma nacionalidad, exista riesgo de comprometer su independencia e imparcialidad. Además, la nacionalidad del árbitro refleja muy frecuentemente su entorno y entrenamiento legal, y puede afectar la forma en que el procedimiento se llevará a cabo. El lenguaje típico abordando la nacionalidad de los árbitros excluye el nombramiento de un árbitro presidente o único que comparta la misma nacionalidad que una de las partes. Menos común es incluir lenguaje que requiera que ninguno de los árbitros comparta la misma nacionalidad que alguna de las partes.

## 4. EL IDIOMA DEL ARBITRAJE

En una relación contractual internacional se debe especificar el idioma que se utilizará en un proceso de arbitraje. Esto podrá eliminar la necesidad de utilizar intérpretes y traductores. Aún más importante, puede tener un efecto sobre quién sea la persona que una institución arbitral seleccione para actuar



como árbitro cuando se debe efectuar un nombramiento por defecto u omisión. Al seleccionar el idioma del arbitraje, se debe prestar consideración a la ley aplicable del contrato, el lugar del arbitraje, el idioma del contrato, el idioma de los documentos principales, entre otros factores.

Una cláusula modelo sería: *El proceso del arbitraje deberá llevarse a cabo en [especificar idioma]. Toda presentación escrita y de pruebas deberá estar redactada en [especificar idioma]. Las pruebas documentales, declaraciones de testigos y otras pruebas que no se encuentre en [especificar idioma], deben entregarse en su original junto con una traducción certificada al [especificar idioma]. Los testimonios orales deberán prestarse en [especificar idioma] o bien serán traducidos simultáneamente al [especificar idioma] por un traductor certificado. Cada parte deberá incurrir en los costos que le demanden los servicios de traducción o interpretación requeridos por ella.*

## 5. LA LEY SUBSTANTIVA APLICABLE AL ARBITRAJE

Usualmente, la ley de fondo aplicable al contrato suscrito entre las partes y sus relaciones suele especificarse en una cláusula distinta a la cláusula de resolución de conflictos. Sea con un encabezamiento distinto o como parte de la cláusula de resolución de disputas, la ley de fondo aplicable al contrato provee una mayor certidumbre respecto a la interpretación y ejecución de las obligaciones contractuales entre las partes, y como tal, no debe ser omitida de la negociación contractual.

Un ejemplo de cláusula de ley aplicable es el siguiente: *Este Acuerdo se interpretará y regirá conforme a lo dispuesto en las leyes de [jurisdicción] (con exclusión de las normas en materia de conflicto de leyes). Los conflictos, controversias o demandas en relación con el presente acuerdo, o que sean resultado del mismo, se resolverán de acuerdo a las leyes de [jurisdicción] (con exclusión de las normas en materia de conflicto de leyes).*

- **Alcance.** Es importante asegurar que el alcance de la cláusula de ley aplicable refleje el alcance de la cláusula de resolución de conflictos. Por lo tanto, si esta última se redacta a fin de incluir tanto reclamos contractuales como no contractuales (p. ej. hechos ilícitos civiles o responsabilidad extracontractual) entonces la cláusula de ley aplicable también deberá redactarse a fin de incluir dichos reclamos. De igual modo, si la cláusula de resolución de conflictos se redacta a fin de incluir cuestiones de interpretación, ejecución, validez, cumplimiento o incumplimiento del contrato, cuestiones de hechos ilícitos civiles o responsabilidad extracontractual y otros derechos no contractuales, y reclamos legales, entonces estas cuestiones también deben quedar abarcadas en la cláusula de ley aplicable.
- **Ley de fondo.** Debe quedar claro que se aplicarán las leyes de fondo de la jurisdicción

seleccionada, y no las normas en materia de conflicto de leyes de dicha jurisdicción.

- Normas de procedimiento. Cualquier esfuerzo por incluir cuestiones de “procedimiento” dentro del alcance de la cláusula de elección de ley aplicable puede resultar en confusión, dado que dicha ley puede contraponerse a las reglas institucionales que las partes hayan seleccionado a fin de regir el arbitraje. Usualmente, no se considerará que una cláusula de elección de ley aplicable se extiende a asuntos tales como exhibición de pruebas, litis consorcio y consolidación de procedimientos. Se puede cuestionar si las normas de prescripción, o términos de prescripción, carga de la prueba, derechos a costos legales e intereses serán considerados de fondo o de procedimiento. La practicidad de requerir a un tribunal de arbitraje internacional que aplique normas de procedimiento de una jurisdicción en particular también es cuestionable.
- Normas de orden público. Es importante verificar si la ley aplicable pretendida genera conflictos con los principios aplicables de orden público de la ley nacional de las partes o de las jurisdicciones donde el laudo es presentado para su ejecución; los principios y las reglas de orden público en el lugar del

arbitraje también pueden ser relevantes. Como regla general, principios de orden público y normas imperativas de derecho interno no pueden ser avasallados por principios en conflicto o contrarios a aquellos existentes en la ley aplicable al fondo seleccionada por las partes.

- Elección de leyes. Por supuesto, no es posible establecer lineamientos definitivos respecto a la ley de fondo que debe elegirse para regir la relación contractual entre las partes, dado que esta elección se basará en varios factores, incluyendo la identidad de las partes, la solidez de sus respectivas posiciones dentro de la negociación, el objeto mismo de la transacción, los puntos específicos de las leyes nacionales potencialmente aplicables, y el punto hasta el cual existe verdaderamente un conflicto entre los principios legales que podrían resultar en los distintos desenlaces posibles. Como norma general, se aconseja hacer referencia a un cuerpo bien desarrollado de leyes comerciales, contractuales, corporativas, y de propiedad y derechos intelectuales, en especial cuando se contrata con partes de Estados recientemente formados. También es importante insistir sobre la elección de una ley familiar para las partes o cuyo

contenido puedan comprender con facilidad y certidumbre.

## 6. ELEMENTOS SITUACIONALES O ADICIONALES

Sujeto al lineamiento general de evitar el impulso de sobredimensionar la regulación de procedimientos en la cláusula arbitral, existen varios elementos adicionales cuya inclusión las partes podrían desear considerar, dependiendo de las circunstancias del objeto de la transacción o de la relación comercial. Estos elementos adicionales se discuten en la presente sección.

### 6.1. Exhibición de pruebas

El término “exhibición de pruebas”, en el contexto de la resolución de conflictos, se refiere generalmente a herramientas procesales que pueden ser utilizadas por una parte a fin de obtener hechos e información de terceros sobre el conflicto a fin de asistir a esa parte en la preparación del caso. Las herramientas de exhibición de pruebas incluyen disposiciones respecto a preguntas escritas y verbales, interrogatorios escritos, y producción de documentos o elementos. El amplio procedimiento de solicitud de exhibición de pruebas existente en la tradición legal anglo-americana (“discovery”) no es habitual en el Derecho Civil (p. ej., Europa Continental y Latinoamérica) y otras tradiciones legales, y como tal, suele ser la causa de muchas discusiones, retrasos y costos en el contexto del arbitraje internacional.

Aunque la posibilidad de circunscribir y especificar la exhibición de pruebas es

citada como una de las ventajas principales del arbitraje, este beneficio particular es contrareestado por los poderes limitados de coacción que gozan los árbitros cuando una de las partes se rehúsa a cumplir con una orden de exhibición de pruebas. Los árbitros generalmente no disponen de la autoridad coercitiva y de desacato que gozan los jueces nacionales, y no están facultados para imponer sanciones a fin de obligar su cumplimiento. Sin embargo, dependiendo de las leyes del lugar de arbitraje, puede ser posible para un tribunal arbitral o una de las partes, solicitar a los tribunales competentes de la jurisdicción (que pueden hacerlo discrecionalmente) para que se ejecute la orden de exhibición de pruebas. Dado que el alcance de poder coercitivo de los árbitros es limitado, yace en la autoridad del tribunal adoptar inferencias puntuales respecto al no cumplimiento de la parte de la orden de exhibición de pruebas. Esto, por sí mismo, es usualmente un recurso suficiente y efectivo.

En el arbitraje internacional, el alcance, mecanismos de procedimiento y principios para la toma de evidencia que afectan la exhibición de pruebas son determinados por varios factores: (i) la ley o leyes aplicables al arbitraje; (ii) la elección de las partes de reglas institucionales; (iii) el acuerdo de las partes respecto a cualquier régimen suplementario que trate específicamente con el alcance y la disponibilidad de la exhibición de pruebas; (iv) el entrenamiento legal, antecedentes y la experiencia de los representantes de las partes; y (v) el entrenamiento legal, antecedentes y la experiencia de los árbitros.

De los factores mencionados con anterioridad, el último es quizás el de

mayor importancia. La mayoría de las reglas institucionales permiten al árbitro amplias facultades, tendientes a poder determinar si otorgar, o no, una orden de exhibición de pruebas y si ésta deberá ser amplia o limitada. El ejercicio de esta discreción, por supuesto, está sujeto a limitaciones que pueda imponer cualquiera de los regímenes legales aplicables al arbitraje; por ejemplo, muy comúnmente, las de la ley del lugar de arbitraje.

De todas maneras, dado que la mayoría de las reglas institucionales dejan la exhibición de pruebas a discreción de los árbitros, a las partes que desean una mayor precisión y seguridad respecto a la disponibilidad y alcance de la exhibición de pruebas, se les aconseja incluir lenguaje que atienda estos asuntos en sus cláusulas de resolución de conflictos. En este sentido, las partes pueden excluir todo tipo de exhibición de pruebas, o pueden invocar reglas de procedimiento específicas que regulen la exhibición de pruebas en procedimientos civiles domésticos, o bien referirse a reglas que hayan sido específicamente generadas a fin de atender el tema de la exhibición de pruebas dentro del arbitraje internacional.

En los contratos internacionales, donde las partes desean ser más precisas sobre los estándares y procedimientos respecto a la toma de exhibición de pruebas, podemos hacer referencia a las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association-IBA) sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (“las Reglas IBA sobre Pruebas”), que establecen un sólido equilibrio entre las distintas interpretaciones y tradiciones de procedimientos a nivel comparado.

Las Reglas IBA sobre Pruebas establecen un régimen bastante detallado en lo relativo a la exhibición de pruebas documentales, declaraciones de testigos, y audiencia de pruebas, así como para el interrogatorio cruzado. Están diseñadas para ser utilizadas conjuntamente, ya sea con reglas institucionales o reglas *ad hoc* que rijan el procedimiento de arbitraje, pudiendo ser utilizadas en todo, en parte, o con modificaciones.

## 6.2. Conflictos multipartes

Con frecuencia, los conflictos que involucren a varias partes pueden verse beneficiados por la institución del *litis consorcio* en los procesos de resolución de conflictos o a la consolidación de procedimientos separados. Sin embargo, cuando no existan cláusulas contractuales específicas que dispongan el *litis consorcio* o la consolidación de procedimientos, los conflictos que se puedan tratar más efectivamente de manera conjunta, de todas formas, deben tratarse por separado, y normalmente se deberán organizar varios procedimientos, basándose en las cláusulas de resolución de conflictos individuales, aún cuando las cuestiones comunes de derecho o de hecho afecten a todas las partes.

*Amén* del hecho de que la cláusula de resolución de conflictos multipartes debe ser técnicamente correcta, el alcance, respecto a la posibilidad de que exista un proceso multipartes dependerá, en mayor medida, del nivel de cooperación entre las partes. También podrá depender del nivel de similitud entre las varias cláusulas arbitrales. (p. ej., mismo lugar de arbitraje, mismo idioma, mismo número de árbitros).

Adicionalmente, factores tales como las leyes aplicables al arbitraje, las reglas procesales subyacentes y la experiencia y capacidad organizativa de la entidad competente, y los árbitros, también será importante.

### 6.3. Confidencialidad y privacidad

La confidencialidad y la privacidad suelen mencionarse entre las principales ventajas del arbitraje. Aunque ciertas reglas y leyes de arbitraje abordan cuestiones como la confidencialidad de la existencia del arbitraje, o la confidencialidad de divulgaciones efectuadas durante los procedimientos arbitrales, o la confidencialidad del laudo arbitral, no existe consistencia entre los regímenes. En consecuencia, dependiendo del régimen institucional que se haya elegido y la ley aplicable al arbitraje, es aconsejable que las partes incluyan lenguaje adicional a fin de aclarar el nivel de confidencialidad y privacidad que se debe aplicar al ejercicio del arbitraje, la información revelada en el contexto del arbitraje y el laudo arbitral.

### 6.4. Amiable compositeur o *ex aequo et bono*

Los términos “amiable compositeur” o “*ex aequo et bono*” hacen referencia al poder conferido por las partes a los árbitros a fin de resolver el conflicto sin tener que regirse por normas estrictas de derecho o los términos precisos del acuerdo entre las partes; en otras palabras, el poder de decidir el conflicto de acuerdo también a principios de justicia y equidad.

En el marco de las reglas de las instituciones arbitrales más importantes, un árbitro sólo puede resolver un conflicto

como “amiable compositeur” o “*ex aequo et bono*” si las partes han acordado expresamente autorizarlos a tal efecto. Dada la amplia discreción otorgada a los árbitros, si las partes así lo acuerdan, y la incertidumbre resultante que se introduce al proceso arbitral, no es común encontrar cláusulas de “amiable compositeur” o “*ex aequo et bono*” en contratos que involucran a transacciones comerciales complejas.

### 6.5. Revisión judicial y efecto del laudo

La posibilidad y alcance de la revisión judicial de un laudo arbitral es una cuestión que típicamente se rige por la ley del lugar del arbitraje. La ley de la jurisdicción o jurisdicciones de ejecución también puede resultar relevante. En el marco de la mayoría de las legislaciones arbitrales nacionales desarrolladas, el laudo arbitral se considera definitivo y vinculante, y salvando ciertas circunstancias muy limitadas, es prohibido a las partes recurrir a un tribunal de derecho u otra autoridad a fin de apelar, o de alguna manera dejar sin efecto el laudo.

Cuando las reglas procesales elegidas no dejan en claro el acuerdo entre las partes respecto de los efectos del laudo arbitral, se aconseja incluir en la cláusula arbitral lenguaje que aclare el efecto del laudo arbitral. Dicho lenguaje típicamente establece que una vez que las partes acuerdan someterse a un arbitraje, las mismas se obligan a la ejecución del laudo sin ningún tipo de retraso, y rechazan el derecho a cualquier tipo de apelación o presentación de recurso ante un tribunal o autoridad judicial, siempre y cuando

dicho rechazo sea válido en el marco del derecho aplicable.

## 7. CONCLUSIÓN

Las sugerencias apuntadas en este trabajo reflejan la importancia de la redacción de una cláusula de arbitraje correctamente redactada, capaz de brindar

previsibilidad y celeridad a un eventual conflicto. Aún cuando son muchas las consideraciones que se debe tener en cuenta al redactar una cláusula arbitral, los elementos señalados en este trabajo pueden minimizar considerablemente los gastos y demoras que las partes tendrían que discutir de no ser por lo esfuerzo dedicado a redactar una cláusula completa y eficaz.

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

RICHARD C. LORENZO (\*)  
MARÍA EUGENIA RAMÍREZ (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Arbitraje Institucional vs. Arbitraje Ad Hoc.* 3. *Sede del Arbitraje.* 4. *Derecho sustantivo aplicable.* 5. *Selección de los Árbitros.* 6. *Idioma del Arbitraje.* 7. *Carácter definitivo del laudo arbitral.* 8. *Otros aspectos claves.* 8.1. *Ambito de aplicación de la cláusula arbitral.* 8.2. *Confidencialidad.* 8.3. *Producción de evidencias.* 8.4. *Procedimiento para la notificación de la ejecución del laudo.* 8.5. *Daños que puede reconocer el Tribunal Arbitral.* 9. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el arbitraje comercial internacional ha ganado aceptación mundial como uno de los medios preferidos de resolución de disputas internacionales. Sin embargo, los avances recientes en la receptividad latinoamericana hacia el arbitraje internacional requieren de un nuevo enfoque en la manera en que las empresas y los abogados negocian y

redactan las secciones de arbitraje en sus acuerdos. Estos cambios ameritan una nueva revisión de los asuntos principales que las partes deben abordar cuando negocian y redactan una cláusula arbitral en transacciones relacionadas con América Latina. Este artículo se referirá a los varios aspectos que necesitan ser entendidos, analizados y considerados al negociar y redactar una cláusula arbitral internacional en una transacción relacionada con América Latina.

---

(\*) Socio de la firma jurídica Hogan Lovells, L.L.P., en Miami, Florida. Miembro del Grupo de Práctica de Litigio y Arbitraje Internacional (International Litigation and Arbitration Practice Group) de la firma. Profesor adjunto de arbitraje internacional de la Facultad de Derecho de St. Thomas University y de la Facultad de Derecho de Stetson University.

(\*\*) Abogado de la firma jurídica Hogan Lovells, L.L.P., en Miami, Florida. Miembro del Grupo de Práctica de Litigio y Arbitraje Internacional (International Litigation and Arbitration Practice Group) de la firma.

## 2. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD HOC

Una de las principales decisiones a tomarse en consideración cuando se redacta un acuerdo arbitral es si el arbitraje debe ser *ad-hoc* (es decir, conducido sin ninguna administración institucional o supervisión arbitral preseleccionada) o institucional (es decir, bajo la administración y supervisión de una institución arbitral). Como norma general, el arbitraje institucional es recomendado en controversias de gran magnitud o complejidad, o cuando se requiera de un alto grado de previsibilidad y confiabilidad, como cuando una o ambas partes son relativamente poco sofisticadas y necesitan de apoyo institucional, o cuando las partes no tienen (o podrían no tener, cuando surge una disputa) una buena y larga relación, no están familiarizadas la una con la otra, y/o presentan alto riesgo de no cooperar durante los procedimientos.

Por otro lado, el arbitraje *ad-hoc* se recomienda para arbitrajes que involucran asuntos menores o más simples, donde las partes son relativamente sofisticadas, y/o cuando las partes tienen expectativas razonables de tener una buena relación que les permitiría continuar comunicándose efectivamente al surgir una disputa. Las partes que escogen el arbitraje *ad-hoc* deben (a) explicar en detalle las principales

normas de procedimiento que regirán el arbitraje, o (b) someter los aspectos procesales del arbitraje a un conjunto específico de normas de procedimiento arbitral (tales como el reglamento de arbitraje de una de las instituciones de arbitraje indicadas a continuación). Las partes que escogen el arbitraje *ad-hoc* a menudo seleccionan el reconocido y aceptado Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para regir los aspectos procesales de sus disputas.

Las siguientes son algunas instituciones nacionales e internacionales de arbitraje comúnmente designadas en la resolución de disputas que surgen de transacciones en América Latina:

- Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito en Quito, Ecuador<sup>1</sup>;
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Perú<sup>2</sup>;
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas en Caracas, Venezuela<sup>3</sup>;
- Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)<sup>4</sup>;
- Centro Internacional de Resolución de Disputas (“CIRD”) de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”)<sup>5</sup>; y

<sup>1</sup> Al respecto ver: [www.lacamaradequito.com](http://www.lacamaradequito.com)

<sup>2</sup> Al respecto revisar: [www.camaralima.org.pe](http://www.camaralima.org.pe)

<sup>3</sup> Al respecto ver: [www.arbitrajeccc.org](http://www.arbitrajeccc.org)

<sup>4</sup> Ver: [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org)

<sup>5</sup> Ver: [www.adr.org](http://www.adr.org)



- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”)<sup>6</sup>.

### 3. SEDE DEL ARBITRAJE

La selección por las partes del lugar, “sede” o “foro” donde se llevará a cabo el arbitraje y donde se deberá emitir el laudo (el cual es normalmente, aunque no necesariamente, donde se celebran todas o algunas de las audiencias) es uno de los elementos más cruciales de una cláusula arbitral. Esto se debe a que la ley del foro determinará o influirá aspectos todos de suma relevancia, tales como la forma en que se ejecutará el laudo, las normas procesales que podrían aplicar al arbitraje, bajo cuáles circunstancias y en qué medida se podrá revisar y revocar el laudo, el nivel de intervención de los tribunales locales en el arbitraje, y el alcance del procedimiento de descubrimiento o producción de evidencia y otros asuntos probatorios. Además, la selección del foro le proveerá o denegará a las partes las instalaciones necesarias y el apoyo profesional y técnico requerido para tramitar los procesos.

Las siguientes recomendaciones –por lo general– aplican al momento de seleccionar el lugar de arbitraje en una transacción con partes de América Latina: (1) para facilitar la ejecución

del laudo, si la otra parte tiene bienes importantes en un país que ha ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”) (lo cual es el caso para todos los países latinoamericanos) o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Convención de Panamá”) de 1975 (Cuba y Haití son los únicos países latinoamericanos que no son partes de la Convención de Panamá), el lugar de arbitraje deberá ser en un país que sea parte de una de estas convenciones. En el caso de la Convención de Nueva York, debido a que muchas de las partes que suscriben esa convención han hecho la reserva de reciprocidad por medio de la cual sólo ejecutarán laudos arbitrales emitidos en países que hayan suscrito la Convención de Nueva York (los Estados Unidos es uno de ellos), es particularmente importante que el lugar de arbitraje se encuentre dentro del territorio de una de las partes que suscriben dicha Convención a fin de facilitar la ejecución del laudo<sup>7</sup>; (2) las partes deben evitar jurisdicciones que permitan una amplia intervención judicial en procesos arbitrales, o que dispongan de fundamentos amplios para revocar el laudo; (3) la sede del arbitraje debe ser geográficamente conveniente y debe proveer instalaciones, servicios

<sup>6</sup> Ver: [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid).

Las disputas interpuestas ante la CIADI son entre ciudadanos extranjeros y estados soberanos que han suscrito la Convención sobre el Arreglo de Disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (la “Convención del CIADI”).

<sup>7</sup> En América Latina, solamente Argentina, Cuba, Ecuador, Guatemala y Venezuela, han hecho la reserva de reciprocidad. Por lo tanto, al tratar de hacer cumplir un laudo arbitral extranjero en estos países, será especialmente importante que el laudo sea emitido en un país que sea parte de la Convención de Nueva York.

y apoyo adecuados; (4) las partes deben evaluar cuidadosamente si la ley del lugar de arbitraje admite un procedimiento flexible de recopilación y presentación de pruebas como el *discovery* en el sistema anglosajón, y la admisibilidad de prueba testimonial; y (5) es recomendable que las partes consideren si las leyes del foro aplicable al arbitraje contienen algunas garantías procesales tales como el derecho a consolidar procesos arbitrales separados en caso de ser necesario, la disponibilidad de medidas cautelares o acciones precautorias, e incluso la capacidad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia.

Si bien –por lo general– América Latina ha tenido éxito mejorando su receptividad hacia el arbitraje, muchos de estos pasos de avances son recientes. No todos los tribunales, árbitros, litigantes o partes locales en procesos arbitrales han tenido la oportunidad de interpretar y aplicar estas nuevas legislaciones, por lo que aún no podemos juzgar completamente su impacto práctico sobre el arbitraje. Por consiguiente, con respecto al foro del arbitraje, aún es demasiado temprano para saber cuánta certeza y tranquilidad pueden aportar estos loables esfuerzos legislativos a las partes estadounidenses involucradas en negocios en América Latina. Mientras tanto, consideramos como buena práctica a aplicar en los negocios en esta región, el intentar seleccionar una sede que se encuentre ubicada dentro de los Estados Unidos, como en Miami, Florida, o en la ciudad de Nueva York, en Nueva York, o en el caso de que la parte no estadounidense objete, que se ubique entonces en la ciudad capital latinoamericana que guarde mayor relación con el acuerdo, siempre y

cuando el país en cuestión haya ratificado la Convención de Nueva York y/o la Convención de Panamá.

#### 4. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

La selección del cuerpo sustantivo de leyes que rigen las disputas que pueden surgir según el contrato es un elemento esencial de todo acuerdo arbitral, ya que determinará los méritos de la disputa y los derechos y las obligaciones contractuales de las partes. La opción de ley –por lo general– no se incluye en la cláusula arbitral en sí, sino que constituye una disposición separada del acuerdo. Las consideraciones principales a tener en cuenta al escoger la ley sustantiva aplicable a un contrato incluyen la familiaridad de las partes con dicha ley, la ejecución de los derechos y las obligaciones de las partes conforme a la norma, la existencia de jurisprudencia bien desarrollada en conexión con tales derechos y obligaciones, la ejecución del laudo arbitral y los motivos para solicitar la anulación del mismo según la ley relevante, y la disponibilidad de un grupo de árbitros con conocimientos y experiencia suficientes respecto del cuerpo normativo que regirá el contrato.

Las partes que negocian contratos –en su mayoría– preferirán que sus respectivas leyes nacionales rijan los acuerdos relevantes, y tanto las partes estadounidenses como las latinoamericanas no son la excepción. Las partes estadounidenses y sus abogados frecuentemente ven a los sistemas legales latinoamericanos con cierto grado de recelo, debido en parte a la relativamente desconocida tradición

del derecho civil (en lugar del derecho consuetudinario o anglosajón) en el que esos sistemas se basan. Por otro lado, las partes latinoamericanas y sus abogados, a menudo se sentirán de la misma manera cuando contemplan la posibilidad de que las leyes sustantivas de jurisdicciones con derecho consuetudinario, como Nueva York o Florida, rijan sus acuerdos. Factores tales como la sofisticación de las partes y el poder de negociación determinarán –por lo general– cuál opción de ley prevalecerá.

## 5. SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

Excepto como se menciona más adelante, los asuntos relevantes a la selección del número y método de selección de los árbitros no varían significativamente en base a la geografía de la transacción (América Latina u otra). Algunas recomendaciones comunes incluyen: (1) designe el número de árbitros en la cláusula arbitral; (2) normalmente se recomienda un árbitro para arbitrajes que involucren cantidades menores de dinero (de 2 a 4 millones de dólares de Estados Unidos), y –por lo general– se recomiendan tres árbitros para casos más complejos y/o de alto riesgo; (3) evite nombrar a árbitros en el acuerdo, pero considere disponer que una autoridad de nombramiento<sup>8</sup> designe a los árbitros en el caso dado de que ninguno

de los árbitros nombrados pueda o esté dispuesto a desempeñar sus deberes; (4) donde haya sólo dos partes en un acuerdo y se disponga de un tribunal arbitral de tres árbitros, podría ser útil (y de hecho es común) que cada parte nombre a uno de los árbitros, y el tercer árbitro sea nominado por los árbitros designados por las partes o por la autoridad de nombramiento relevante; (5) disponga que la selección de los árbitros sea finalmente decidida por una autoridad de nombramiento si los árbitros designados por las partes no pueden llegar a un acuerdo; y (6) cuando quiera que más de dos partes sean demandadas o requeridas, o puedan ser demandadas o requeridas, y sus intereses están en conflicto o puedan no estar alineados (es decir, un arbitraje de múltiples partes), disponga que el nombramiento de los tres árbitros lo haga una institución de arbitraje u otra autoridad.

Otra consideración importante a tener en cuenta con respecto a la selección de los árbitros es si podrá ser necesario o útil imponer ciertos requisitos o restricciones sobre los potenciales árbitros. En el caso de clientes que tienen contratos de servicio que cubren servicios específicos en América Latina, podría ser extremadamente útil especificar ciertas calificaciones profesionales deseadas de cada árbitro (por ejemplo, antecedentes

<sup>8</sup> Las Autoridades de nombramiento comúnmente usadas incluyen las instituciones de arbitrajes principales discutidas anteriormente (CCI, AAA y otras). Estas instituciones podrán seleccionar árbitros de sus propias listas de árbitros, tomando en cuenta las características específicas de la disputa y cualquier requisito de las partes tal y como los mismos se especifican en la cláusula arbitral. La selección de árbitros por estas instituciones se hace normalmente, ya sea (a) proponiendo una lista de árbitros a las partes, quienes pueden entonces borrar nombres y clasificar los nombres restantes (el sistema de "lista"), o (b) seleccionando directamente el árbitro o los árbitros de la lista.

legales o técnicos en computación, trabajo de propiedad intelectual o de otro tipo, o una cantidad específica de años de experiencia en una industria dada), nacionalidad neutral, y habilidades lingüísticas. Las instituciones más importantes de arbitraje propondrán a personas con antecedentes y experiencia adecuados. Sin embargo, es importante recordar que mientras más requisitos y restricciones se impongan sobre los potenciales árbitros, particularmente en lo que respecta a calificaciones profesionales, más reducido y limitado será el grupo de árbitros disponible.

Finalmente, si bien los elementos arriba mencionados son comúnmente aplicables a cláusulas arbitrales en cualquier tipo de transacción, se deben tener presentes algunas consideraciones especiales al seleccionar árbitros para negocios que involucren leyes, partes o bienes latinoamericanos. En primer lugar, debido a que la disponibilidad de árbitros con experiencia es relativamente limitada en ciertas partes de América Latina, la imposición de un gran número de requisitos respecto de las calificaciones de un árbitro podrá ocasionar enormes demoras en el proceso arbitral. Además, cada calificación de los árbitros puede (y a menudo sucede) originar una serie de interpretaciones conflictivas, demorando aún más el proceso de selección.

Por ejemplo, si las partes en una transacción convienen en que un solo árbitro debe dominar tanto el idioma español como el inglés, tener altos conocimientos de la ley sustantiva que rige los contratos (es decir, la jurisdicción latinoamericana), y tener por lo menos cinco años de

experiencia en *software* informático, estas estipulaciones restrictivas podrían muy probablemente detener el arbitraje mientras las partes intentan conseguir un árbitro con todas esas calificaciones. En segundo lugar, si los árbitros han de ser designados institucionalmente, las partes deben evaluar si la lista de árbitros de la institución relevante incluye un número suficiente de árbitros capacitados en los sistemas de derecho civil o continental (en vez de derecho consuetudinario), o que tengan conocimientos de, por ejemplo, las leyes de la jurisdicción latinoamericana que puedan ser aplicables a la disputa.

## 6. IDIOMA DEL ARBITRAJE

Siempre que las partes en una transacción hablen diferentes idiomas, y siempre que la sede del arbitraje sea en un país con un idioma diferente, la cláusula arbitral debe especificar el idioma en que se conducirá el arbitraje. Al escoger el idioma del arbitraje, las partes deben considerar, entre otras cosas, el idioma que predomina en los contratos y otros documentos relevantes; el idioma hablado por aquellos individuos que servirán como testigos principales en el arbitraje; la ley sustantiva que rige los contratos; el idioma del lugar del arbitraje; y la disponibilidad de árbitros y abogados locales que dominen el idioma relevante.

Además de lo anterior, las partes deben intentar prever los gastos, generalmente altos, incurridos en la traducción e interpretación de documentos, testimonios y procedimientos, y determinar quién será responsable por dichos costos. Asuntos relacionados con el idioma, además de las traducciones e interpretaciones,

también pueden ser sorprendentemente costosos para las partes. Por ejemplo, en la mayoría de los idiomas excepto el inglés, los expedientes del tribunal normalmente deben ser formalizados en letra manuscrita, sin la ayuda de equipos modernos de taquigrafía. Como consecuencia de este simple factor, el costo por cada audiencia puede incrementarse en decenas de miles de dólares.

Dado que el idioma mundial para los negocios es el inglés, es muy común para las partes latinoamericanas involucradas en transacciones internacionales de gran envergadura, aceptar el idioma inglés como el idioma de arbitraje. Por la misma razón, encontrar abogados y árbitros latinoamericanos con suficiente dominio del inglés no constituye una gran preocupación. Sin embargo, cuando los contratos subyacentes son en español o portugués, o cuando la parte latinoamericana relevante pueda no estar dispuesta a aceptar el inglés como el idioma del arbitraje, el cliente podrá verse en la obligación de seleccionar el español o el portugués como el idioma del arbitraje. Consideramos buena práctica el que las partes elijan conducir el arbitraje en el mismo idioma del acuerdo arbitral y/o de la mayoría de los documentos relevantes que se usarán durante el arbitraje.

Finalmente, si por cualquier motivo las partes no logran estipular cuál será el idioma del arbitraje, las normas de la AAA establecen, por ejemplo, que el proceso arbitral se conduzca en el idioma de la cláusula arbitral. Por otro lado, las normas de la CCI disponen, por ejemplo, que los árbitros escojan el idioma del arbitraje si las partes no logran hacerlo.

## 7. CARÁCTER DEFINITIVO DEL LAUDO ARBITRAL

Uno de los elementos esenciales de una cláusula arbitral es la declaración de que el laudo arbitral deberá ser definitivo y vinculante y no deberá estar sujeto a recurso o apelación alguna de las partes. Aún cuando las normas institucionales relevantes adoptadas por las partes o las leyes procesales del lugar del arbitraje disponen el carácter definitivo del laudo, para mayor certeza las partes contratantes deben estipular expresamente dicha declaración en la cláusula arbitral. Esta estipulación es particularmente importante cuando de otra forma las leyes del país donde se lleva a cabo el arbitraje permiten a las partes apelar un laudo arbitral emitido en dicho país.

Algunos países latinoamericanos todavía estipulan el derecho a apelar con respecto a laudos arbitrales. Sin embargo, por lo general, en tales casos las partes pueden renunciar al derecho a apelar en la cláusula arbitral. Otros países latinoamericanos no disponen de un derecho general a apelar en contra de laudos arbitrales, aunque en algunos casos las partes podrán valerse de tal derecho si ellas así lo estipulan en la cláusula arbitral. Sin embargo, aún cuando las leyes o normas de arbitraje locales prohíban una apelación, o aún cuando las partes hayan incorporado el texto de “definitivo y vinculante” a sus cláusulas arbitrales, el laudo aún podrá ser disputado. Tal y como se expone más adelante, las leyes locales de arbitraje estipulan ciertas causas para revocar o anular un laudo arbitral emitido en su jurisdicción, aún cuando las partes hayan estipulado que el laudo

será definitivo y vinculante y no estará sujeto a apelaciones, o cuando las leyes locales o normas procesales relevantes limitan o niegan el derecho a apelar. En definitiva, si las partes quieren limitar el riesgo de apelaciones generales, necesitan establecer claramente en la cláusula arbitral que no existe ningún derecho de apelación o recurso, y que el laudo arbitral será definitivo.

Un laudo arbitral usualmente puede ser revocado únicamente por los tribunales del país donde se emite el laudo y de acuerdo con las leyes arbitrales de ese país. Por consiguiente, ya que las leyes del lugar de arbitraje regirán si el laudo podrá o no ser revocado, los fundamentos para revocar un laudo son una consideración importante a tener presente cuando se decide sobre el lugar del arbitraje. Por ejemplo, si la sede arbitral se encuentra en los Estados Unidos, entonces la ley arbitral que rige será la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act* - "FAA"). Los fundamentos para revocar un laudo según la FAA son (a) el laudo se logró por medio de corrupción, fraude o medios indebidos, (b) la parcialidad o corrupción de los árbitros era evidente, (c) los árbitros fueron culpables de mala conducta afectando los derechos de una de las partes, y (d) los árbitros se excedieron en sus facultades, o las ejercieron de manera tan imperfecta que no se emitió un laudo mutuo y definitivo sobre el asunto sometido a arbitraje. *Ver* 9 U.S.C. sec. 10. Además de estos fundamentos para revocar un laudo arbitral, los tribunales de Estados Unidos han reconocido varias causas fuera de la

ley que permiten a los tribunales federales revocar un laudo arbitral, tales como laudos arbitrarios y caprichosos, laudos en contravención del orden público, o laudos emitidos en "violación manifiesta de las leyes"<sup>9</sup>.

Si bien las leyes domésticas en América Latina difieren en lo que respecta a los fundamentos para anular laudos arbitrales, como regla general los tribunales latinoamericanos revocarán un laudo arbitral emitido en sus respectivos países si (a) el laudo decidía sobre asuntos que no habían sido sometidos a arbitraje por las partes, (b) el laudo se emitió después de la fecha límite acordada por las partes, o (c) el laudo se emitió con violación del debido proceso o como resultado de un error procesal grave. Otros fundamentos para revocar laudos arbitrales contemplados en las leyes arbitrales latinoamericanas incluyen la no arbitrabilidad de la disputa; el laudo es contrario al orden público; la nulidad de la cláusula arbitral y/o del compromiso de las partes de seleccionar a los árbitros y someterse a arbitraje suscrito luego de surgida la disputa; la mala conducta de los árbitros; la insuficiencia del laudo para resolver todos los asuntos sometidos a arbitraje; y la declaración de un laudo *ex aequo et bono* (es decir, basado en los principios de equidad y sin fundamentarse en las leyes del país relevante) cuando las partes no otorgaron dichos poderes a los árbitros.

Finalmente, las Convenciones de Nueva York y Panamá también ofrecen fundamentos para que un tribunal se

<sup>9</sup> *Ver*, por ejemplo, *Montes v. Shearson Lehman Bros., Inc.*, 128 F.3d 1456 (11th Cir.1997).

niegue a hacer cumplir un laudo arbitral. Según las Convenciones de Nueva York y Panamá, un tribunal puede rehusarse a reconocer y hacer valer un laudo arbitral únicamente después de encontrar evidencia de uno de los siguientes siete motivos: (i) las partes se encuentran bajo alguna incapacidad con respecto al acuerdo arbitral aplicable, o el acuerdo es de otra forma inválido; (ii) la parte en contra de la cual se invoca el laudo no fue debidamente notificada del arbitraje o del nombramiento de un árbitro, o no tuvo oportunidad de presentar su caso y hacer valer sus medios de defensa; (iii) el laudo excede el alcance de los términos del acuerdo arbitral; (iv) la conformación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no fue conforme al acuerdo de las partes; (v) el laudo aún no es vinculante para las partes; (vi) la controversia decidida mediante el laudo arbitral que se pretende ejecutar no es susceptible de ser resuelta mediante arbitraje según las leyes del tribunal donde se buscan el reconocimiento y ejecución del laudo; o (vii) el reconocimiento o la ejecución del laudo es contraria al orden público<sup>10</sup>.

## 8. OTROS ASPECTOS CLAVES

### 8.1. Ámbito de aplicación de la cláusula arbitral

La cláusula arbitral debe expresar claramente las disputas que podrán ser sometidas a arbitraje, o si hay algunos asuntos específicos que escapan a su ámbito de aplicación.

A menos que existan motivos contundentes en sentido contrario (*i.e.* políticas de la compañía, restricciones impuestas por la ley del lugar del arbitraje o del lugar donde se pretende ejecutar el laudo, o la ley nacional aplicable a las partes), es recomendable que se incluya un lenguaje lo suficientemente amplio como para abarcar todas las disputas que puedan surgir entre las partes derivadas de la relación contractual que las vincula, como por ejemplo: “Cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él, incluyendo su formación, existencia, validez, ejecución, incumplimiento, violación, terminación e interpretación (...)”.

A pesar de que se puede excluir ciertos tipos o categorías de disputas de la cláusula arbitral, el hacerlo puede resultar en continuas solicitudes de declaratoria de incompetencia del tribunal arbitral para conocer de determinadas controversias, o puede resultar en procedimientos paralelos ante los tribunales judiciales y el tribunal arbitral, ocasionando retrasos y gastos adicionales. En caso de ser necesaria la exclusión de ciertas categorías de disputas, sugerimos que se utilice un lenguaje detallado y específico que no dé lugar a dudas sobre la intención de las partes.

### 8.2. Confidencialidad

Puede ser de suma importancia para las partes en un arbitraje que el objeto de la misma no sea objeto de conocimiento público, contrario a lo que sería un litigio ante los tribunales judiciales. Someter

<sup>10</sup> Ver Artículo 5º de la Convención de Nueva York; Artículo 5º, de la Convención de Panamá.

una controversia a la solución de árbitros permite mantener cierta confidencialidad del procedimiento, evitar la creación de un registro público del caso y minimizar el impacto que este precedente pudiera tener sobre futuras disputas. Sin embargo, contrario a lo que puede entenderse como una característica inherente al arbitraje, la confidencialidad no viene dada más que como resultado del acuerdo entre las partes.

En ese sentido, es importante resaltar que no todas las instituciones arbitrales prevén en sus reglamentos el deber de mantener confidencial los procedimientos y las evidencias, como es el caso del Reglamento de Arbitraje de la CCI. No obstante, el Reglamento de Arbitraje de CIRD sí impone sobre los árbitros y el administrador del caso el deber de no divulgar la información confidencial revelada en el curso del proceso por las partes o por los testigos, y de preservar la confidencialidad de todas las cuestiones relacionadas con el arbitraje o el laudo<sup>11</sup>.

De ahí que al redactar una cláusula arbitral se debe primero revisar las reglas de la institución aplicable, y cuando estas normas no prevean la confidencialidad o estén incompletas, las partes lo establezcan expresamente en el acuerdo arbitral.

### 8.3. Producción de Evidencias

Como corolario al principio de la autonomía de la voluntad, las partes tienen la libertad de definir el procedimiento de

la forma que estimen más conveniente, incluyendo el aspecto relativo al alcance de la producción, descubrimiento o presentación de evidencias. La determinación de este aspecto del procedimiento puede generar conflictos entre las partes si éstas provienen de sistemas legales distintos, como sería el caso de un contrato suscrito entre una parte estadounidense y una parte latinoamericana. Esto así, puesto que en Estados Unidos los principios básicos que rigen la fase de la presentación de las pruebas en un caso ante un tribunal del orden judicial son la completa revelación de todos los documentos y medios de prueba de que dispone cada una de las partes, y la igualdad de información entre ambas partes, evitando así sorpresas en la audiencia. Es lo que se conoce como el procedimiento de ‘descubrimiento de pruebas’, que le permite a una parte requerir a la otra cualquier documentación que ésta entienda pertinente, aún desconociendo o no teniendo la certeza de si existe o no.

Por el contrario, el sistema de derecho civil que predomina en la mayoría de los países de la región, propone básicamente que cada parte tiene la carga de la prueba de los argumentos y medios de defensa que invoca, y en modo alguno puede verse compelida una parte a aportar al caso un documento que la incrimine o evidencie su culpabilidad. En este último sistema, a diferencia del anglosajón, se entiende que la prueba por excelencia es la prueba escrita, y de ahí las discrepancias que existen también en lo que se refiere al valor de la prueba testimonial, quiénes son los

<sup>11</sup> Ver artículo 34º del Reglamento de Arbitraje de la CIRD.



llamados testigos, el mecanismo de los interrogatorios y contra-interrogatorios.

Este ‘choque cultural’ que se presentaba con frecuencia en los procedimientos arbitrales, motivó a que abogados expertos en esta materia trabajaran para lograr buscar un balance y permitir que el arbitraje continuara evolucionando adoptando elementos de uno y otro sistema de derecho. Producto de esta iniciativa resultaron las Reglas del Colegio Interamericano de Abogados para la Presentación de Pruebas en un Arbitraje Comercial Internacional (“*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*”), a través de las cuales se persigue establecer un compromiso entre los rasgos distintivos de ambos sistemas, y que éstas sean consideradas una guía eficaz para toda la fase probatoria, ya que reglamenta aspectos relacionados con la presentación de prueba documental, testimonial, declaración de las partes, descenso e inspección de lugares y declaración de peritos o expertos. Estas reglas han ido ganando la aceptación de los abogados que ejercen en esta materia, y son frecuentemente utilizadas por los árbitros y las instituciones arbitrales como material de referencia, aún cuando las partes no hayan acordado someterse a éstas.

La conveniencia de uno u otro sistema se medirá en función de cada caso y cada parte en particular. Ahora bien, basado en lo anteriormente expuesto e independientemente de optar por regirse conforme a dichas disposiciones, es recomendable que las partes definan y así consignen en la cláusula de arbitraje el alcance que deseen darle a la producción de pruebas.

#### **8.4. Procedimiento para la notificación de la ejecución del laudo**

Tratándose de disputas en las que cada parte tiene su domicilio y sus bienes en diferentes Estados, la parte que pretende ejecutar un laudo dictado a su favor puede enfrentar obstáculos procesales que hagan inadmisibles o inefectivas su acción si no ha cumplido con determinadas formalidades exigidas por las normas del lugar donde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.

Tomemos el caso en específico de la FAA, que exige a la parte que persigue la ejecución de un laudo en los Estados Unidos el efecto del medio de notificación de la moción para ejecutar el laudo arbitral en cuestión. Dado que las convenciones internacionales sobre ejecución de laudos arbitrales extranjeros no prevén nada al respecto, es recomendable que las partes traten de evitar estos problemas al momento de suscribir la cláusula arbitral al acordar que bastará para una solicitud de ejecución forzosa que la parte interesada notifique, por ejemplo, vía entrega a la mano o mensajería expresa internacional a los abogados y representantes de la otra parte, sin necesidad de proceder mediante una citación formal.

#### **8.5. Daños que puede reconocer el Tribunal Arbitral**

Finalmente, las partes son libres de establecer en la cláusula arbitral un límite a las condenaciones monetarias que el tribunal arbitral pueda conceder a favor de una parte gananciosa, en atención a la magnitud de la violación contractual

que esté en disputa. De esta manera, se evitarían demandas por sumas de dinero exorbitantes. Igualmente, al redactar la cláusula arbitral se debe evaluar si las partes desean obtener una reparación adicional a una compensación, como son daños punitivos y especiales.

En ocasiones, las reglas procesales o los reglamentos arbitrales indican la naturaleza de las condenaciones que puede imponer el tribunal como es el caso del Reglamento de Arbitraje de la CIRD. Ahora bien, si éstas no se refieren a eso, y las partes estiman que será necesaria una reparación adicional, la mejor práctica para evitar disputas al respecto durante el arbitraje es que las partes autoricen expresamente al tribunal arbitral, en la

cláusula arbitral, a otorgar dichos daños adicionales.

## 9. CONCLUSIÓN

En conclusión, estar consciente de, y manejar por anticipado los posibles problemas que una parte pueda tener que abordar al negociar y redactar una cláusula de arbitraje internacional, ayudará a disminuir algunos de los desafíos que una parte pudiera encontrar si alguna vez se viera en la necesidad de hacer valer una cláusula arbitral en contra de una parte incumplidora, confirmando aún más la noción de que el arbitraje comercial internacional continúa siendo una alternativa viable y efectiva para la resolución de disputas.

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

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA (\*)

*“No hay cuestiones pequeñas; las que lo parecen son cuestiones grandes no comprendidas”.*

SANTIAGO RAMÓN Y CAJAL,  
*Los Tónicos de la Voluntad*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Breve reseña histórica: Cláusula de arbitraje-intervención v. intervención judicial. 3. El museo negro –“Musée Noir”– de arbitraje y las perlas –“Perle”. 3.1. El caso ReliaStar como paradigma de una nueva patología. 3.2. Los ocho fundamentos de segundo circuito representan nuevas adquisiciones para el museo oscuro: cada premisa es una perla. 4. El razonamiento del segundo circuito violenta el segundo, tercero y cuarto elemento del criterio de Eisemann. 5. Esclarecimiento de los fundamentos de la nueva patología esgrimida por el segundo circuito en ReliaStar: “La enmienda judicial”. 5.1. La “Cláusula Amplia” y los poderes de los árbitros. 6. La autoridad inherente de árbitros para ordenar el pago de honorarios legales y costes del proceso como sanción punitiva por conducta de mala fe en el manejo del arbitraje. 7. Las opiniones de los circuitos noveno y undécimo mencionadas por el segundo circuito en ReliaStar no sustentan la proposición novedosa de éste caso. 8. El dictamen de ReliaStar de modo equívoco utiliza como sinónimos los términos “remedios” y “sanciones punitivas” tanto como “Árbitro” y “Juez”. 9. En el museo oscuro tropezamos con el dictamen en Hallstreet Associates, LLC. V. Mattel, Inc. causando que se resalten las debilidades jurídicas del segundo circuito en ReliaStar Life Ins. V. EMC Nat’l Life Co. 10. Conclusión.

---

(\*) Socio del despacho DLA Piper en Latinoamérica y el Estado de Florida. Catedrático en las Universidades de Navarra y Miami. Profesor honorario de la Universidad San Ignacio de Loyola en Lima, Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

El criterio que por vez primera fue utilizado en 1974 para identificar a una “cláusula patológica”, es decir, una patología circunscrita por una cláusula arbitral, es tan vigente hoy día como lo fue entonces. No obstante la utilidad teórica y práctica que dicho criterio ofrece a fin de detectar y eliminar posibles “patologías” que pudiesen distorsionar a un proceso arbitral y, por ende, frustrar el cumplimiento de los pilares fundamentales del arbitraje internacional, la relevancia de esta pauta se potencia y perfila al ser aplicada a la jurisprudencia del arbitraje. En este sentido, aquí se propone utilizar a la pauta clásica que identifica patologías, pero al reverso, no a fin de identificar irregularidades o ambigüedades *dentro* de la propia cláusula de arbitraje sino un nuevo paradigma que resalta la manera en que la intervención judicial en procesos arbitrales es capaz de hacer de una “cláusula sana” una “cláusula patológica” por virtud de un efecto jurídico que bautizamos como “la Enmienda Judicial”.

Esta proposición es sencilla. Conforme con los preceptos de *autonomía de parte*, predicibilidad, transparencia de pauta y uniformidad, conjuntamente con el criterio utilizado tradicionalmente a fin de identificar la patología en la cláusula patológica, se esboza un esquema que recalca el modo en la cual, la intervención judicial en el proceso de arbitraje conlleva a la creación de toda una jurisprudencia que tiene el efecto

de enmendar judicialmente una cláusula de arbitraje “sana” transformando a ésta en una cláusula patológica que desafía la intención de las partes y a la vez viola los cuatro preceptos anteriormente mencionados que pretenden formar parte esencial del propio fundamento del arbitraje internacional. Se intenta dibujar e impartirle forma a este efecto de “*enmienda judicial*” por medio de un análisis que cuenta con cinco secciones fundamentales. Primero, brevemente se explora la tensión histórica entre la intervención judicial y la autonomía del arbitraje. Aquí se asevera que, a pesar que el arbitraje ha sido reconocido como una metodología de resolución de disputa en *pari materia* con procesos judiciales, la intervención judicial, sin embargo, sigue siendo capaz de generar todo un cuerpo jurisprudencial capaz de desnaturalizar a los fundamentos normativos de una cláusula de arbitral.

Segundo, se repasa el criterio que ideó FRÉDERIC EISEMANN para identificar cláusulas patológicas o patologías en cláusulas de arbitraje y se aplica éste a casos en los cuales el efecto jurídico causa que una cláusula de arbitraje “sana” sea transformada a una cláusula patológica que violenta hasta la propia intención de las partes tal y como dicha intención quedó plasmada en la cláusula arbitral originalmente sana.

Tercero, se utiliza la problemática basada en el caso *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*<sup>1</sup>, como modelo de un escenario en el cual una cláusula

<sup>1</sup> Ver opinión emitida por la Corte de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos de America, *ReliaStar Life Inc., Co., of New York v. EMC Nat'l Life Ins. Co.*, 564 F3d 81 (2d Cir. 2009).

de arbitraje “sana” es transformada y deformada por virtud de “enmienda judicial” y convertida a una “cláusula patológica”.

Cuarto, se compara y contrasta la opinión del Segundo Circuito en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, con el dictamen del Supremo Tribunal de los Estados Unidos en el caso *HallStreet Associate, LLC v. Mattel, Inc.*<sup>2</sup> con la finalidad de mostrar un paradigma distinto en el cual la intervención judicial sirve de cura a la cláusula patológica.

Finalmente, se aspira a mostrar la relevancia y vigencia contemporánea del sencillo criterio articulado por FRÉDÉRIC EISEMANN hoy día, ampliando su aplicabilidad de tal modo que sea capaz de identificar una nueva patología que en esta escritura se le impone la nomenclatura de “enmienda judicial”. Veremos a que conlleva.

## 2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA: CLÁUSULA DE ARBITRAJE-INTERVENCIÓN V. INTERVENCIÓN JUDICIAL

La administración equitativa de la justicia en el contexto de una subdivisión geopolítica entre estos privados sin recurrir directa o indirectamente al ejercicio más emblemático y de mayor trascendencia de soberanía por parte del estado, al uso de los tribunales judiciales: ¡nada menos se le pide a la pobre cláusula de arbitraje! En este

sentido, aunque se rechace, se entiende, particularmente al contextualizarse a través de esta prisma, el prejuicio jurídico tan severo, si no siempre riguroso, que azotó a la cláusula de arbitraje de modo sistemático e inquebrantable a raíz del siglo XVII.

A continuación de haber entrado en vigor en 1687 en El Reino Unido, el *Estatuto de Multas y Penalidades (Statute of Fines and Penalties)*<sup>3</sup>, las cláusulas arbitrales por múltiple razones fueron despojadas de todo su fundamento jurídico. Los motivos principales, al menos inicialmente, se limitaban a tres premisas rudimentarias. Primero, la jurisprudencia unánimemente sostenía que las cláusulas arbitrales eran improcedentes en todo procedimiento judicial cuya competencia reposaba sobre *equity*. Segundo, se sostenía que una cláusula de arbitraje no justificaba la interposición de medidas cautelares dirigidas al aplazamiento de un procedimiento judicial que se basaba en los *mismos* hechos y ventilando por las *mismas* partes. Tercero, la filosofía judicial de la época entendía que las cláusulas arbitrales existían en derogación de las políticas subyacentes de la ley positiva tanto como de la jurisprudencia ya que al ser la justicia administrada por un tribunal arbitral dicho tribunal carecía del interés de administrar justicia conforme con la política que acompaña a la jurisprudencia y la ley positiva al enfatizar exclusivamente la resolución práctica de una sencilla contención comercial<sup>4</sup>. Significativamente,

<sup>2</sup> *HallStreet Associates, LLC v. Mattel, Inc.*, 170 L.Ed.2d 254 (2008).

<sup>3</sup> Statute of Fines and Penalties, 1687, 8 y 9 Will the III cemi II, §II, §8 (ing).

<sup>4</sup> El Estatuto de Multas (*The Statute of Fines*) establecía que cualquier acción judicial para ejecutar de una garantía emitida a fines de garantizar la ejecución y el cumplimiento de un

la legislación Inglesa de 1854<sup>5</sup> vertía a los tribunales la discreción de emitir una prórroga dirigida a procedimientos legales en referencia a cláusulas de arbitraje. Dichas prórrogas eran irrevocables salvo por virtud de un dictamen judicial. Así las cosas, la Ley de Arbitraje Inglesa de 1889 (*Arbitration Act of 1889*)<sup>6</sup> sostenía que cláusulas de arbitrajes eran irrevocables con la única excepción de dictámenes judiciales. Esta legislación disfrutaba de la característica adicional de detallar que cláusulas de arbitraje gozaban del mismo efecto normativo como si fuesen emitidas por tribunales judiciales y, por ende, autorizaba a los tribunales a desempeñar la función de segunda instancia ya que podían repasar cuestiones legales esgrimidas durante la vista de causa arbitral<sup>7</sup>. La influencia y alcance de dicha legislación, a pesar de su visión progresiva, fue poca y algo empobrecida. De manera que a mediados del siglo XVIII las cláusulas de arbitraje se consideraban contrarias a la política pública por dos razones rudimentarias. Una de éstas mantenía que las cláusulas de arbitraje consistían

en contratos que ilegalmente privaban a tribunales judiciales de su competencia (jurisdicción)<sup>8</sup>. Un segundo argumento sostenía que el arbitraje era imposible y poco práctico sin la supervisión constante de un tribunal judicial durante la conducta del propio procedimiento arbitral.

Significativamente, estas dos premisas fueron desvirtuadas por la legislación inglesa tanto como por el derecho inglés consuetudinario de la época. Por ejemplo, es inconsistente mantener que cláusulas de arbitraje violan la política pública del estado porque éstas “le restan competencia” (jurisdicción) a tribunales competentes y, sin embargo, a la vez reconocer la ejecución de laudos arbitrales fundando dicha ejecución tanto en ley como en *equity*. Igualmente asimétrico e inconsistente es la ejecución rigurosa y estricta de finiquitos y convenios de no iniciar contenciones judiciales ya que ambos, a menos se puede aseverar, le restan competencia a tribunales que de no existir dichos acuerdos pudiesen ejercer su competencia. En cuanto la supuesta

---

acuerdo sería limitada exclusivamente a daños y perjuicios sufridos por la demandante. Véase, por ejemplo, §9C.J.12, 129; 11C.J.S. *Bonds* §120; William Holdsworth, 12 *History of English Law 519-520 (1938)*. Consecuentemente, esta legislación revocaba la jurisprudencia asentada por Coke en el caso *Lapidario, Vynoir's Case*, 8 *Coke Rep.* 81B, manteniendo que garantías penales emitidas a fines de asegurar cumplimiento con una cláusula de arbitraje o un acuerdo de arbitraje resultaría en una sentencia por el monto de los daños y perjuicios equivalentes a la suma idéntica a aquella de la garantía, es decir, el quantum de la propia penalidad. A pesar que en 1698 el parlamento del Reino Unido emitió un estatuto, 9 Will. III c15 (ing), que aspiraba remediar esta problemática ya que el estatuto mantenía que cláusulas de arbitrajes podrían ser convertidas a sentencias judiciales y, por ende, un incumplimiento resultaría el equivalente a un desafío a una sentencia judicial, el mandato del estatuto se reduciría a una irrelevancia jurídica.

<sup>5</sup> Act of 1854, 17 y 19 Vict. c 125 (Ing).

<sup>6</sup> Arbitration Act of 1889, 52 y 53 Vict. c 49 (Ing).

<sup>7</sup> Véase Paul Sayre, *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 *Yale L.Y.* 595, 606-7 (1928); Zechariah Chaffee, Jr. & Sidney Post Simpson, *Cases and Materials on Equity* (193).

<sup>8</sup> De hecho la frase “Oust jurisdiction’ of otherwise courts of competent jurisdiction”, fue convertida en término jurídico en el caso *Kill v. Hollister*, 1 *Wils.* 129 (1746).

necesidad de supervisión judicial sobre arbitrajes, en lugar de forjar metodologías en aras de proteger a las partes en acuerdo de arbitraje, los tribunales ingleses consistentemente limitaron la construcción e interpretación otorgada a numerosos estatutos cuya intención era rendir viable y vinculante cláusulas de arbitraje<sup>9</sup>.

La aversión inglesa al arbitraje se reflejó en la proclividad de los tribunales de Estados Unidos durante el Siglo XIX en su rechazo de los procedimientos de arbitraje. Ilustrativo de este desdén judicial hacia las cláusulas de arbitraje es el caso del Supremo Tribunal de Estados Unidos –*Hamilton v. Liverpool*<sup>10</sup>– en el cual se espumaron tres premisas de importancia, adversas a la cláusulas de arbitraje. La primera de éstas mantiene que una cláusula de arbitraje no constituye fundamento suficiente sobre el cual se pudiese basar la prórroga de un procedimiento judicial que comprenda los mismos cargos, partes idénticas y las mismas circunstancias subyacentes de la contención. Una segunda premisa asevera que el cumplimiento del contrato en especie (“*specific performance*”) no constituía una categoría de daños y perjuicios que pudiese fundamentarse en una cláusula de arbitraje. Finalmente, se mantenía que una cláusula de arbitraje no constituía un alegato judicial (“*plea at bar*”), salvo en instantes limitados<sup>11</sup>.

Cabe destacar que a principios del siglo XX el Supremo Tribunal de Estados Unidos *aludió* a la posibilidad de un nuevo horizonte en el cual se interpretarían cláusulas de arbitraje bajo una luz más favorable y aceptable por parte de los tribunales judiciales. No obstante la sutileza positiva de estas insinuaciones, el tema no estuvo lo suficientemente maduro para ser adjudicado en aquellos pocos y extraordinarios procesos judiciales de la época que tropezaron con él<sup>12</sup>. Quizás sorprendentemente, el Supremo Tribunal en *Marine Transit Corp. v. Dreyfus*<sup>13</sup> observó que, a menos teóricamente, la Legislación Federal de Arbitraje (“*Federal Arbitration Act*” –el “Acto”– se forjó con la intención específica de disminuir y mermar significativamente al prejuicio judicial hacia el arbitraje<sup>14</sup>. En 1925 ya los archivos congresionales (“*Congressional Archives*”) reflejaban por vez primera un pronunciamiento claro, directo y contundente por parte del Congreso de Estados Unidos rechazando el prejuicio de la rama judicial hacia el arbitraje. De manera que el Acto facilitó todo un movimiento potenciando al arbitraje institucional. Por ejemplo, *El Acto de Industrias de Prisiones* (“*Federal Prison Industries Act*” 1930) contaba con una cláusula de arbitraje<sup>15</sup>. Otro ejemplo muy similar se encuentra en la legislación “*The*

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, *The Atlanten*, 252 US 313, 315 (1920); *Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co.*, 264 US 109, 123-4 (1934).

<sup>10</sup> *Hamilton v. Liverpool, London & Globe Ins. Co.*, 136 US 242 (1890).

<sup>11</sup> Id.

<sup>12</sup> Véase por ejemplo *The Atlante*, 252 US 313, 315 (1920); *Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co.*, 264 US 109, 123-4 (1934).

<sup>13</sup> *Marine Transit Corp. v. Dreyfus*, 284 US 263 (1932).

<sup>14</sup> Véase *H. R. Rep. No. 96* (1924).

<sup>15</sup> 18 USC §744 (g) (1930).

*Norris-La Guardia Act*”, que le otorgó reconocimiento a peticiones aseverando el remedio de medida cautelar en casos en los cuales las partes habían incumplido con la condición precedente de tomar “esfuerzos razonables” con miras hacia llegar a un arreglo en disputas laborales. Del mismo modo, la *Legislación de Ferrocarriles de 1926* (“*Railway Labor Act of 1926*”)<sup>16</sup> manifestaba provisiones muy elaboradas en torno a la cláusula de arbitraje contenida en dicha legislación.

Aún hasta este boceto escueto del bagaje histórico que representa el prejuicio judicial hacia el arbitraje en el Reino Unido como en los EE.UU. le sirve al lector para contextualizar la enormidad de los obstáculos que tuvo que sobrevivir la endeble cláusula de arbitraje simultáneamente que a la misma se le rogaba llevar a cabo la hazaña de servir como eje y motor de toda una metodología de curar y conciliar disputas.

Si bien el arbitraje representa un rubro distinto a cualquier otra metodología de resolución de disputas, los principios elementales de ese rubro consisten en los cuatro preceptos anteriormente mencionados (predicibilidad, autonomía de parte, transparencia de pauta y uniformidad). A continuación indagaremos sobre la medida en que estos cuatro principios, al ser violados por la jurisprudencia del arbitraje internacional, causan el desarrollo de toda una nueva generación de *patologías*, siguiendo aquella ilustrativa y venerable tradición analítica asentada por FRÉDERIC EISEMANN, antiguo Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje (CCI) en su

artículo “clásico” publicado en 1974-*La Clause d’Arbitrage Pathologique*. Perfilar esta nueva patología es imposible sin primero repasar y revitalizar el criterio ideado por FRÉDERIC EISEMANN a fin de identificar y evitar la famosa “cláusula patológica”. Sólo después de acariciar las coyunturas del criterio que EISEMANN enuncia es que podemos tomar el siguiente paso e identificar la “nueva patología”.

Mientras la cláusula patológica que hemos llegado a identificar es defectuosa *per se* por su contenido, la nueva patología no encuentra su génesis en la cláusula. De manera que esta patología es externa y afecta a la cláusula de arbitraje invisiblemente, deformándola y transformándola a pesar de su original pulcritud y nitidez. La nueva patología aquí se le identifica como la “enmienda judicial”. Ella nace de la intervención judicial que incumple con uno o más de los elementos del criterio enclítico de patología de EISEMANN.

### 3. EL MUSEO NEGRO – “MUSEÉ NOIR” – DE ARBITRAJE Y LAS PERLAS – “PERLE”

EISEMANN construye en su artículo lapidario un “museo oscuro” (*museé noir*) del arbitraje que ha acumulado “perlas” (“*perle*”) que él ha encontrado a través de sus tanto años en el campo de arbitraje internacional. El museo es oscuro porque ha atesorado perlas constituidas por errores, lecciones tan valiosas como las perlas pero que nacen del error y de aquello que no se debe perpetuar, ya que, conforme con la pedagogía de EISEMANN,

<sup>16</sup> 45 USC §157-159 (1926).



son mucho más ilustrativos los errores que un rosario de normas positivas. Mientras que se ha derramado considerable tinta citando a y comentando sobre el artículo de EISEMANN<sup>17</sup>, estos esfuerzos mayormente se han circunscrito a explorar patologías conforme con el patrón que EISEMANN nos muestra. El criterio fundamental de EISEMANN es muy elocuente en su simpleza para sencillamente limitar su aplicación meramente a errores en la cláusula de arbitraje. Como veremos a continuación, aplicaremos este criterio a aquella jurisprudencia del arbitraje que distorsiona la cláusula de arbitraje, *convirtiéndola* en una cláusula patológica.

El criterio esencial de EISEMANN nos sirve de estrella polar. Así nos cuenta:

*Après réflexion, nous avons choisi une voie moyenne, consistant à considérer comme "pathologique" toute clause d'arbitrage qui, de par son libellé ne peut remplir ses fonctions essentielles. Ceci implique bien entendu que soient définies les fonctions essentielles de la clause d'arbitrage. Celles-ci sont, selon nous, au nombre de quatre.*

- 1) *la première, commune à toutes les conventions est de produire des effets obligatoires pour les parties,*
- 2) *la seconde est d'écartier l'intervention des tribunaux étatiques dans le règlement d'un différend, tout au moins avant le prononcé d'une sentence,*
- 3) *la troisième est de donner pouvoir à des arbitres de régler les litiges susceptibles d'opposer les parties,*
- 4) *la quatrième est de permettre la mise en place d'une procédure conduisant dans les meilleures conditions d'efficacité au prononcé d'une sentence susceptible d'exécution forcée*<sup>18</sup>.

El criterio de EISEMANN ahora nos invita a ampliar las paredes de su museo oscuro y a reconocer "nuevas perlas". La que aquí trataremos está representada por aquella jurisprudencia que al desvirtuar el segundo precepto de Eisemann, convierte en "cláusula patológica" a una "cláusula sana". A esta perla la encontramos en el dictamen emitido por la opinión del tribunal, en el caso *ReliaStar Life Ins. Co. of New York v. EMC Nat'l Life Co.*<sup>19</sup> Un

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, por Benjamin G. Davis.

<sup>18</sup> Considerando el tema, nosotros hemos escogido una metodología consistente a fin de considerar como patológica toda cláusula arbitral que no pueda cumplir sus funciones esenciales, las cuales aquí detallo. De manera que bien entendidas se pueden reducir éstas, de acuerdo con lo que estamos considerando, a cuatro metas fundamentales:

- (1) La primera, que es común a todo acuerdo de arbitraje, es que la cláusula de arbitraje conlleve a consecuencias normativas para las partes,
- (2) La segunda es tener una cláusula de arbitraje que excluya la incidencia judicial en cuanto a los méritos de la disputa, o al menos limitar esta incidencia hasta que se haya emitido un laudo,
- (3) La Tercera, la cláusula arbitral debe suministrarle autoridad a los árbitros a fin de adjudicar las disputas que puedan surgir entre las partes,
- (4) La cuarta, es una cláusula de arbitraje que represente una metodología procesal que conduzca a la rápida y eficiente emisión de un laudo arbitral cuyo laudo sea susceptible de ser reconocido y ejecutado judicialmente.

<sup>19</sup> *ReliaStar Life Ins. Co., of New York v. EMC Nat'l Life Co.*, 564 F.3d 81 (2d Cir. 2009).

análisis sostenido de esta jurisprudencia se hace imprescindible en aras de reconocer y recalcar a esta nueva patología.

### 3.1. El Caso *ReliaStar* como paradigma de una nueva patología

Los hechos que configuran al caso son sencillos. *EMC Nat'l Life Co.*, (“EMC”), sucesor en interés de *National Travel Life Company* (“Nat'l Travelers”) firmaron dos contratos de reaseguro separados pero relacionados. Uno de estos contratos había entrado en vigor el 1 de enero 1998 y regía ciertas pólizas de seguro emitidas por *ReliaStar Life Ins. Co., of New York* (“*ReliaStar*”). El segundo contrato de reaseguro regía pólizas de seguro a ser emitidas por *ReliaStar* en esta fecha o *a posteriori*<sup>20</sup>. Ambos acuerdos contenían las mismas cláusulas y condiciones y, por tanto, para los fines de la apelación, el Segundo Circuito se refirió a ellos colectivamente como “los acuerdos de reaseguro”<sup>21</sup>. Significativamente, en primera instancia EMC interpuso una petición de anulación del laudo del tribunal arbitral que le había dirigido a

pagar los costes y honorarios legales de *ambas partes* ya que el tribunal concluyó que EMC entabló y persiguió el arbitraje en *mala fe*<sup>22</sup>. El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York revocó, en parte, el laudo y sostuvo que cada parte era responsable por sus propios costes de honorarios legales conforme con la cláusula arbitral<sup>23</sup>. De modo que el tribunal de primera instancia subrayó la preeminencia de la “Norma Americana” así como la autonomía de voluntad o de parte.

El análisis de la Corte de Apelación curiosamente reconoce que “el ámbito de la autoridad de árbitros” ‘generalmente depende de la intención de las partes y se determina por el acuerdo arbitral o los papeles sometidos en el proceso’<sup>24</sup>, de manera que muy al principio de su exégesis el tribunal también destaca que el mismo el [Segundo Circuito] “consistentemente ha interpretado esta pauta legal con rigor en aras de facilitar el propósito subyacente del mismo arbitraje y de esta manera proporcionándole a las partes una metodología eficiente en cuanto a la resolución de contenciones y así obviar la necesidad de encontrarse en

<sup>20</sup> Id.

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> Cómo veremos, la nueva patología empieza con la discreción del panel arbitral, pero ésta encuentra su expresión máxima en el dictamen del Segundo Circuito.

<sup>23</sup> Id at 85<sup>o</sup>. La subsección de la cláusula arbitral en cuestión debe ser citada en su totalidad en el idioma original:

*“Expenses of Arbitration. Each party shall bear the expenses of its own arbitrator (whether selected by that party, or by the other party pursuant to the procedures set out in Section 10.1) and related outside attorneys’ fees and shall jointly and equally assume with the other party the expenses of the third arbitrator.”*

<sup>24</sup> Id, citando a *Synergy Gas Co. v. Sasso*, 853 F2d 59,63-64 (2d Cir. 1998)[“La Sección 10 (a) (4) del *Federal Arbitration Act* permite que los tribunales anulen un laudo arbitral en situaciones en las cuales los árbitros han excedido su potestad. 9 USC §10 (a)(4) “].

litigios complicados(...)"<sup>25</sup>. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el Segundo Circuito observó que al adjudicar un reto conforme con la Sección 10 (b)(4) del Acto "la pregunta central a ser contemplada por el tribunal judicial es si el laudo arbitral reposa sobre la esencia del acuerdo de arbitraje, ya que el árbitro carece de autoridad para dispensar su formula particular *sui generis* de justicia"<sup>26</sup>. Si la respuesta es "afirmativa, no obstante, el ámbito y potestad del tribunal judicial en revisar el laudo arbitral sigue siendo limitado"<sup>27</sup>.

A pesar de esta recitación correcta y apta de la pauta determinativa de la potestad de un tribunal judicial para adjudicar un reto a un laudo conforme con la Sección 10 (a)(4) del Acto, la aplicación de la jurisprudencia a los hechos *sub judice* carece de rigor. Esta falta analítica tiene como consecuencia la desnaturalización de la intención de las partes y, por ende, el efecto de convertir una cláusula sana en una cláusula patológica. Al ser sometido a un análisis concienzudo es notable que el Segundo Circuito fundamenta su conclusión (opinión que

constituye *stare decidis*) sobre ocho (8) premisas rudimentarias que requieren ser detalladas.

### 3.2. Los ocho fundamentos del segundo circuito representan nuevas adquisiciones para el museo oscuro: cada premisa es una perla

En su inicio, el Segundo Circuito destacó el precepto que cuando "una cláusula arbitral es *amplia*"<sup>28</sup>, los árbitros poseen discreción a los fines de forjar los *remedios* que éstos consideren apropiados" (énfasis añadido por el autor)<sup>29</sup>. Es de notar que el Segundo Circuito justifica analíticamente esta proposición arguyendo que "no es el papel de los tribunales desvirtuar la autoridad amplia otorgada a los árbitros prohibiéndoles a éstos el derecho de forjar laudos o remedios que aseguren un laudo final significativo"<sup>30</sup>.

Segundo, conforme con este principio el Segundo Circuito concluye que un tribunal arbitral constituido de acuerdo con una "cláusula arbitral amplia"<sup>31</sup> posee la autoridad inherente de imponer sanciones

<sup>25</sup> Id., citando a *Amicicia Societa Navigazione v. Chilean and Nitrote & Idoine Sales Corp.* 274 F2d 805,808 (2d Cir. 1960)("La función de los tribunales en confirmar o anular un laudo arbitral es severamente limitada. Si fuese de otro modo el propósito ostensible del recurso al arbitraje, evadir el litigio, sería frustrado").

<sup>26</sup> Id. citando 187 *Concourse Assoc. v. Fishman*, 399 F3d 525, 527 (2d Cir. 2005).

<sup>27</sup> Id at 85-86.

<sup>28</sup> La palabra utilizada en el original es "*broad*".

<sup>29</sup> Id at 86, citando a *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Office, Inc.*, 344 F3d at 262.

<sup>30</sup> Id. El propio concepto de la "amplitud" de las cláusulas arbitrales en si "patológico" dentro del esquema clásico de EISEMANN ya que, como mínimo, facilita la violación del primer elemento de su criterio.

<sup>31</sup> El original: "*A broad arbitration clause*". La opinión no explica el concepto de "Cláusula arbitral amplia" ni brinda un contraste con una "cláusula normal" o "Cláusula estricta".

a la parte que el tribunal considere ha iniciado y/o perseguido el arbitraje en “mala fe”<sup>32</sup>. El Segundo Circuito también concluye que dicha sanción *puede* incluir un dictamen obligando a la parte que inició y/o persiguió el arbitraje en mala fe a responsabilizarse por los honorarios legales, costes y/o honorarios de los árbitros<sup>33</sup>.

Tercero, en su análisis el Segundo Circuito enfatizó que la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Noveno Circuito ya había rechazado un reto a un laudo arbitral que ordenó el pago de honorarios legales a la parte perdedora, basando dicho rechazo en un reconocimiento de la “excepción por mala fe a la ‘Norma Americana’ (*American Rule*) de acuerdo con la cual, cada parte al proceso arbitral es responsable por sus propios honorarios”<sup>34</sup>. De modo que, razonó el Segundo Circuito, la excepción a la Norma Americana inherente al poder judicial, es decir, un juez, es conceptualmente compatible con el otorgamiento que de la misma facultad

inherente se le haga a un tribunal arbitral; es decir, a un árbitro.

Cuarto, el dictamen del Segundo Circuito razonó que bajo “algunas circunstancias la parte prevaleciente podría recuperar honorarios, si las partes acordaron que los honorarios representarían un remedio conforme con el acuerdo arbitral, si la ley aplicable preveía el otorgamiento de honorarios, o *si se justifica por circunstancia en que la parte no prevaleciente actuó en mala fe*”. (Énfasis en el original)<sup>35</sup>.

Quinto, una interpretación algo novedosa fue aplicada a la Cláusula 10.3 del acuerdo arbitral *sub júdice*. Específicamente, ésta fue interpretada como una que no limita la autoridad de los árbitros a emitir un laudo ordenándole a una de las partes el pago de honorarios legales y costes como sanción por su conducta de mala fe<sup>36</sup>.

Sexto, el Segundo Circuito rechazó la contención por parte de EMC que la Cláusula 10.3 del contrato limitaba

<sup>32</sup> Id, tampoco encontramos en el dictamen elaboración alguna sobre qué hechos afirmativos u omisiones constituyen “mala fe” en este o en cualquier otro contexto.

<sup>33</sup> Id. La cita de la Corte a *Synergy Gas Co., v. Sasso*, 853 F2d 59, como apoyo jurídico a la proposición es desconcertante. En *Synergy Gas Co, v. Sasso*, no existía una cláusula arbitral de acuerdo con la cual las partes explícitamente habían acordado que cada cual, se haría responsable por los costes y honorarios del arbitraje, condición ésta fundamental de las partes en *ReliaStar* en donde el tribunal judicial *de jure* se encuentra configurando un término material de *la cláusula arbitral directa* y explícitamente en violación a la voluntad expresa de las partes.

<sup>34</sup> Id at 87, citando a *Todd Shipyards Corp. v. Cunard Line Ltd.*, 943 F2d 1056,1064 (9th Cir. 1991) (“La ley Federal tomo una visión expansiva de la autoridad otorgada a los árbitros en aras de decidir contenciones y forjar remedios(...)en vista de los poderes amplios de los árbitros en materia de daños y perjuicios y la reconocida excepción de mala fe a la Regla Americana, nosotros dictamos que estaba dentro de la potestad del panel arbitral emitir un laudo obligando a una parte a responsabilizarse por los honorarios profesionales”).

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> Id. at 88.

la autoridad del tribunal arbitral para imponer sanciones en la medida en que dichas sanciones constituirían un laudo obligando a una parte a responsabilizarse por honorarios de abogados o aquellos del tribunal arbitral. De modo que, la Corte reconoció como poco persuasivo el alegato de que la única interpretación razonable de la Cláusula 10.3 del contrato, es una que reconoce la autoridad inherente por parte del tribunal arbitral para emitir un laudo que asevere elementos de sanciones mientras que éstas no tengan que ver con honorarios de abogados o de los árbitros<sup>37</sup>.

Séptimo, la Cláusula 10.1<sup>38</sup> del Contrato de Reaseguro fue contrapuesta a la Cláusula 10.3 del mismo Contrato a fin de fundamentar la proposición de que las partes habían otorgado al tribunal arbitral una amplia discreción, mientras que la Cláusula 10.3 carece de todo mandato prohibiéndole a los árbitros emitir un laudo abrigando un elemento de honorarios como sanciones por la mala fe de una parte, de acuerdo, con la establecida y reconocida *excepción* a la Norma Americana<sup>39</sup>.

Por último, el Segundo Circuito utilizó como premisa para su dictamen

la interpretación unilateral que la mera recitación de la Norma Americana en la cláusula arbitral no constituye razón suficiente para despojar al tribunal arbitral de la autoridad de ejercer la excepción a esta norma<sup>40</sup>.

#### 4. EL RAZONAMIENTO DEL SEGUNDO CIRCUITO VIOLENTA EL SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO ELEMENTO DEL CRITERIO DE EISEMANN

Al analizar cuidadosamente la Sección 10.3 del Contrato de Aseguro en el tema *ReliaStar*, (que contenía la cláusula arbitral) queda claro que, la cláusula *per se* no es patológica conforme con las pautas de EISEMANN. El lenguaje específico de la cláusula es lo suficientemente explícita sobre este punto.

"10.3. Expenses of Arbitration: Each party shall bear the expense of its own arbitrator (whether selected by that party or by the other party pursuant to the procedure set out in Section 10.1) and related outside attorneys' fees and shall jointly and equally bare with the other party the expenses of the third arbitrator"<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Id.

<sup>38</sup> Ésta en su original reza: "Appointment of Arbitrators. In the event of any dispute or differences arising hereafter between the parties with reference to any transaction under or relating in any way to this Agreement as to which agreement between the parties hereto cannot be reached, the same shall be decided by arbitration. Three arbitrators shall decide any dispute or difference(...)"

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Id. 7647. Traducción:

10.3 Costes del Arbitraje. Cada parte será responsable por los costes de su propio árbitro (independientemente que el árbitro haya sido seleccionado por esa parte o por la contraparte conforme con los procedimientos detallados en la Sección 10.1) y relacionados con honorarios profesionales de abogados y cada parte del mismo modo se hará responsable [conjuntamente con la contraparte] por los costes del tercer árbitro.

Bajo cualquier análisis queda establecido que la voluntad de las partes es de dividir equitativamente entre demandante y demandada los costes, de manera que, cada parte sería responsable por el 50% de los mismos, mientras que cada parte también se limitaría a responsabilizarse exclusivamente por los honorarios de sus abogados-al margen de toda otra consideración. El texto de esta sección de la cláusula no refleja ambigüedad alguna capaz de ser clasificada como una de las perlas patológicas de EISEMANN. La voluntad de las partes quedó claramente plasmada en la sola oración que constituye la totalidad de la Sección 10.3 en cuestión. Significativamente, ni el propio tribunal en su análisis destaca ambigüedad con la cláusula, no obstante, los ocho fundamentos señalados, que más bien reflejan un esfuerzo ptolemaico.

La patología se cumple en su inicio por abuso de la discreción por parte del tribunal arbitral pero se realiza, convirtiéndose en precedente legal vinculante por virtud de la intervención judicial. Es esta intervención que logra el efecto práctico de enmendar la cláusula de un modo en el cual niega directa y explícitamente la voluntad o autonomía de las partes tal y como queda esta voluntad identificada en la propia cláusula. Al desvirtuar la aplicación de la Norma Americana el tribunal ha incidido excesivamente sobre un tema que trata los propios méritos de la contención subyacente y, por tanto, viola la segunda premisa del criterio EISEMANN<sup>42</sup>. Así mismo, en anular aquella sección de la cláusula que pertenece a los costes y

honorarios de abogados, la “enmienda judicial” del tribunal desatiende el tercer criterio de EISEMANN<sup>43</sup> dado que interfiere materialmente sobre la autoridad de los árbitros que, de haber intervenido correctamente el tribunal, dicha autoridad tendría que haberse circunscrito a la voluntad de las partes tal y como esa voluntad había sido expresada en la cláusula de arbitraje. De manera que la “enmienda judicial” ignora el aspecto fundamental de la naturaleza del arbitraje ya que el Segundo Circuito no toma en consideración que la propia jurisdicción de “temas arbitrables” conferida a los árbitros, en contraste con la autoridad jurídica de un juez, reposa exclusivamente sobre los parámetros (escuetos o amplios) de la propia cláusula. El árbitro al desempeñar sus obligaciones no participa en una actividad cuya función es parte del ejercicio de soberanía del estado, como le tocaría a un juez dentro del marco de un sistema judicial. Todo lo contrario, la jurisdicción del derecho internacional privado en el contexto del arbitraje internacional se limita a “resolver disputas” y no a la administración equitativa de la justicia. Este papel singular, por su propia naturaleza y carácter normativo, destaca y subraya la primacía de la cláusula de arbitraje y a la vez las limitantes de la discreción concebida a un panel arbitral.

La enmienda judicial de este caso patentemente viola la cuarta premisa del criterio EISEMANN en la medida en que la intervención judicial en cuestión altera a todo entendimiento procesal respecto a la conducta del arbitraje y necesariamente

<sup>42</sup> La Segunda es tener una cláusula de arbitraje que excluya la incidencia judicial en cuanto los meritos de la disputa, a menos limitar esta incidencia hasta que haya emitido un laudo.

<sup>43</sup> La Tercera, la cláusula arbitral debe suministrarle autoridad a los árbitros a fin de adjudicar las disputas que puedan surgir entre las partes.

prolonga la contención entre las partes, mientras que a la vez, aumenta los costes y honorarios. En este sentido “la enmienda judicial” también desafía los preceptos fundamentales de autonomía de parte (voluntad), predicibilidad, transparencia de criterio y uniformidad; visto que el resultado conllevó a que se ignorara tanto el lenguaje de la cláusula arbitral como la intención de las partes respecto a un coste tan fundamental como la repartición de obligación de honorarios de abogados.

## 5. ESCLARECIMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA PATOLOGÍA ESGRIMIDA POR EL SEGUNDO CIRCUITO EN RELIASTAR: “LA ENMIENDA JUDICIAL”

### 5.1. La “Cláusula Amplia” y los poderes de los árbitros

La aseveración del tribunal sobre la “*amplitud*” de una cláusula arbitral como fundamento normativo a fin de otorgarles mayor discreción a los árbitros, es realmente desconcertante. El expediente, tal y como lo recita el Segundo Circuito<sup>44</sup>, demuestra que la cláusula en cuestión comprende el universo de temas que generalmente es utilizado en todo arbitraje

internacional basado en un contrato. El análisis, en dejar de destacar sin ninguna especificidad la medida en que la cláusula es amplia (más allá que aquellas que usualmente perfilan la pauta a seguir si es que se pudiese hablar de tal cosa como una *lex arbitrai*) conlleva al lector a la conclusión inevitable que adicionalmente a la discreción que las normas procesales aplicables le pueden impartir a un tribunal arbitral, esta discreción se aumenta y multiplica de alguna manera opaca y desconocida por virtud de la supuesta “amplitud” de la cláusula arbitral. Este razonamiento es algo circular ya que en el supuesto caso prácticamente toda cláusula arbitral le otorgaría al tribunal arbitral una discreción que supera aquella que pudiese encontrarse en las normas arbitrales de la institución de arbitraje en cuestión y/o las normas procesales aplicables.

Significativamente, el Segundo Circuito es totalmente incapaz de mencionar autoridad vinculante o persuasiva en apoyo del precepto creativo que una cláusula arbitral “amplia” faculta al tribunal arbitral a poder ignorar la voluntad u autonomía de las partes al ordenar el pago de honorarios legales y costes incurridos en el proceso como medida *punitiva*, tras haber determinado que el arbitraje fue llevado en mala fe<sup>45</sup>. La jurisprudencia

<sup>44</sup> *ReliaStar*, *supra*.

<sup>45</sup> Es importante subrayar que la corte intenta basar su análisis en *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 256, 260 (2d Cir. 2003). El uso de esta autoridad por el Segundo Circuito es susceptible a ser cuestionado como tema de fondo. Específicamente, en *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, el tribunal meramente se limita a observar que “cuando una cláusula arbitral es amplia, como es el caso aquí, los árbitros poseen la discreción de forjar remedios que ellos consideren apropiados, *siempre y cuando no excedan la autoridad que se le otorga a ellos por virtud del contrato en cuestión.*” (énfasis agregado). Citando a *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of AM.*, 475 U.S. 643, 651, 89 L.Ed. 2d 648, 106 S.Ct. 1415 (1986) (anunciando que árbitros no pueden “imponer obligaciones fuera del contrato”); *Sperry Int’l Trade, Inc. v. Gov’t of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982) (dictando que conforme con la ley de Nueva York los árbitros no están limitados por las normas estrictas de los tribunales judiciales y, por ende, tienen la potestad

sobre la cual el Segundo Circuito descansa su análisis sólo establece que la discreción de los árbitros está circunscrita por el propio contrato que los capacita como árbitros y hace posible el mismo proceso arbitral.

## 6. LA AUTORIDAD INHERENTE DE ÁRBITROS PARA ORDENAR EL PAGO DE HONORARIOS LEGALES Y COSTES DEL PROCESO COMO SANCIÓN PUNITIVA POR CONDUCTA DE MALA FE EN EL MANEJO DEL ARBITRAJE

La aseveración que los árbitros poseen la facultad inherente de ordenar el pago de honorarios legales y costes del proceso como medida punitiva no encuentra fundamento en la opinión misma citada por el Segundo Circuito. Específicamente, el Segundo Circuito cita a su propio dictamen en *Synergy Gas Co. v. Sasso*<sup>46</sup> como precedente jurídico vinculante en cuanto éste precepto. El análisis es inquietante ya que *Synergy Gas Co. v. Sasso* sencillamente no representa la proposición por la cual es citado. Adicionalmente, los hechos que definen la arquitectura de esa jurisprudencia son materialmente distintos a aquellos que se

encuentran en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, ya que en *Synergy Gas Co. v. Sasso* no estaba en contención una cláusula arbitral que explícitamente reconoce que las partes al arbitraje son responsables por sus propios honorarios legales y costes, como es el caso en *ReliaStar*.

Como punto de partida se nota que *Synergy Gas Co. v. Sasso* trata la interrogante de si “una decisión sobre los méritos constituye una adjudicación o dictamen final dentro del ámbito de la Sección 1291 en situaciones en las cuales la disponibilidad o *quantum* de honorarios estaba por ser determinada”<sup>47</sup>. De manera que una parte significativa del análisis del Segundo Circuito en *Synergy Gas Co. v. Sasso* se limita exclusivamente a escrudiñar a este principio legal.

Un segundo factor que hace que *Synergy Gas Co. v. Sasso* sea inaplicable al dictamen en *ReliaStar* es el hecho no controvertido que *Synergy Gas Co. v. Sasso* se desarrolla dentro del marco de una contención de carácter laboral. Sobre esto, el Segundo Circuito destacó que impartir la obligación de costes y honorarios como un *remedio* en contenciones laborales encuentra vasto fundamento jurídico<sup>48</sup>.

---

de emitir un remedio que un tribunal no quisiera o pudiera otorgar). Análisis sostenido del propio dictamen del Segundo Circuito sobre el cual reposa su nuevo precepto respecto al fundamento normativo de la cláusula arbitral *amplia* establece que dicha jurisprudencia simplemente recita la norma universalmente aceptada y no controvertida que la autoridad y discreción de los árbitros está limitada por el mismo contrato que hace posible en primera instancia el proceso arbitral. *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, no menciona, recita, ni mucho menos establece la proposición que una cláusula arbitral “*amplia*” le otorga a los árbitros la potestad de emitir un laudo obligando a una parte a afrontar costes y honorarios en situaciones en las cuales el tribunal determina que tal parte llevó el arbitraje con mala fe, independientemente a la voluntad de las partes a lo contrario de acuerdo con la misma cláusula en cuestión.

<sup>46</sup> *Synergy Gas Co. v. Sasso*, 853 F.2d at 63.

<sup>47</sup> *Id.* at 62

<sup>48</sup> *Ver id.*



Otro factor que hace que *Synergy Gas Co. v. Sasso* sea inaplicable como precedente vinculante (*stare decisis*) es el hecho singular de que en ese caso, las partes habían estipulado que la jurisdicción del tribunal arbitral se extendía a considerar el tema, entre otros, de honorarios legales<sup>49</sup>. Por lo tanto, bajo ningún análisis razonable de la opinión emitida por el Segundo Circuito en *Synergy Gas Co. v. Sasso* se desprende, o se podría concluir, que un tribunal arbitral posee la facultad de ordenar el pago de honorarios legales y costes del proceso como sanción punitiva a la parte que ha iniciado y/o perseguido el proceso arbitral en mala fe. El salto conceptual en la lógica y análisis jurídico realizado por el Segundo Circuito en *ReliaStar* sencillamente no compagina con la jurisprudencia misma que la Corte cita como fundamento de su novedosa conclusión.

## 7. LAS OPINIONES DE LOS CIRCUITOS NOVENO Y UNDÉCIMO MENCIONADAS POR EL SEGUNDO CIRCUITO EN *RELIASTAR* NO SUSTENTAN LA PROPOSICIÓN NOVEDOSA DE ÉSTE CASO

Consciente o inconscientemente el Segundo Circuito en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* determinó que el precepto de discreción otorgado a árbitros prima sobre la autonomía y voluntad de partes, tal y como ésta última se manifiesta a través de la cláusula arbitral. Curiosamente, el tribunal declina admitir

que está forjando nueva jurisprudencia en este campo tan delicado. Todo lo contrario, el Segundo Circuito pretende encontrar fundamento analítico en lo que destaca como "precedente persuasivo" de las Cortes de Apelación de los Estados Unidos de América para los Circuitos Noveno y Undécimo<sup>50</sup>. La referencia a estas decisiones por el Segundo Circuito, sin embargo, deja mucho que desear ya, que ni el Noveno ni el Undécimo Circuito en los casos citados, aseveran la proposición por la cual la corte en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* los cita.

Como punto de partida el Noveno Circuito en *Todd Shipyards Corp., v. Cunard Line, Ltd.* específicamente limita el tema legal en cuestión a determinar si "conforme con 9 U.S.C. §4 está dentro de la autoridad arbitral decidir el ámbito o los parámetros de un acuerdo escrito"<sup>51</sup>. Al responder a esta interrogante en la afirmativa, el tribunal esclarece cuidadosa y nítidamente la premisa muy escueta y deliberadamente precisa que representa su dictamen como jurisprudencia vinculante: "Nosotros dictaminamos que la visión expansiva que se ha tomado en materia de la potestad de árbitros de decidir contenciones, junto con la incorporación de la norma de arbitraje comercial 43 de la AAA introducida [a la cláusula arbitral] por las partes, el panel arbitral aquí en cuestión poseía la facultad y autoridad de ordenar daños punitivos como parte de su laudo"<sup>52</sup>. De modo que la jurisprudencia vinculante forjada por el Noveno Circuito en *Todd*

<sup>49</sup> *Id.* at 64

<sup>50</sup> *ReliaStar.*, 564 F.3d at 87, citando a *Todd Shipyards Co., v. Cunard Line Ltd. et al*, 943 F.2d 1056 (9th Cir. 1991) y *Marshall Co., v. Duke*, 114 F.3d 188 (11th Cir. 1997).

<sup>51</sup> *Todd Shipyards Co.*, at 1059.

<sup>52</sup> *Id.*

*Shipyards Co., v. Cunard Line Ltd.* reconoce como su fundamento normativo la Norma de Arbitraje 43 de la AAA conjuntamente con la interpretación expansiva que la jurisprudencia ha desarrollado sobre las facultades de los árbitros y la discreción de éstos para decidir disputas. Habiendo perfilado la proposición legal vinculante o *stare decisis* del Noveno Circuito en *Todd Shipyards Co., v. Cunard Line Ltd.* hemos construido una rúbrica en aras de entender el *dictum* de la opinión, siempre enmarcado por el conocimiento que dichas aseveraciones, construidas en el contexto de la luz más favorable a las mismas, en su mejor y última expresión sólo pueden representar principios *persuasivos* pero bajo ninguna circunstancia preceptos *legalmente vinculantes*.

Como observación inicial, *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* no hace referencia alguna a la institución arbitral escogida por las partes en ese caso. Por tanto, el Segundo Circuito en su dictamen en ningún momento toma en consideración la norma arbitral 43 de la AAA. Adicionalmente, contrario a lo ocurrido en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, las partes en *Todd Shipyards Corp., v. Cunard Line, Ltd.* no habían identificado como vinculante la *Norma Americana* en la cláusula arbitral. Estas dos consideraciones, sin entrar en mayor análisis, bastan para entender la deficiencia conceptual analítica reflejada en el análisis del Segundo Circuito al intentar apoyarse sobre la jurisprudencia de *Todd Shipyards Corp., v. Cunard Line, Ltd.* como *stare decisis*.

Sin duda alguna el Noveno Circuito, en *dictum*, aborda la excepción a la *Norma Americana* al citar precedente jurisprudencial que apoya la proposición que “un *tribunal del orden judicial* tiene facultad y potestad para ordenar el pago de honorarios legales cuando la parte perdedora ha actuado en mala fe, arbitrariamente o de manera opresiva”<sup>53</sup>. (Énfasis agregado). Si bien este *dictum* reconoce que un *tribunal judicial* abriga esta facultad, esto no significa, como erróneamente concluyó el Segundo Circuito, que un tribunal arbitral se considere equivalente a un tribunal judicial a los fines de imponer la excepción a la *Norma Americana*. Es decir, ni bajo la construcción más generosa a favor del Segundo Circuito en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* es posible concluir que el Noveno Circuito en *Todd Shipyards Corp., v. Cunard Line, Ltd.* constituye autoridad vinculante para dicha proposición. El análisis sostenido del ámbito del imperio del Noveno Circuito en *Todd Shipyard Co.* indefectiblemente conlleva a la conclusión que este caso no constituye autoridad persuasiva, mucho menos vinculante, capaz de servir de apoyo analítico o sintético a la novedosa norma esgrimida por el Segundo Circuito en *ReliaStar*.

La referencia que el Segundo Circuito hace a *Mashall & Co., Inc. v. Duke*, es aún más enigmática<sup>54</sup>. Cabe observar y subrayar que *Mashall & Co., Inc. v. Duke* es una opinión emitida por el Undécimo Circuito en calidad de *per curiam* esto<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> *Id.* at 1064.

<sup>54</sup> *Marshall & Co., Inc., v. Duke*, 114 F.3d 188 (11th Cir. 1997).

<sup>55</sup> Las opiniones *per curiam* por definición no elaboran el razonamiento tras la conclusión y, por tanto, en rara ocasiones, ninguna de las cuales se presentan en *ReliaStar*, se utilizan como autoridad o precepto analítico en la construcción de un razonamiento de tal punto.

A pesar de esta peculiaridad, el Undécimo Circuito, al confirmar la sentencia del tribunal de primera instancia que reconoció y afirmó un laudo arbitral emitido bajo las normas y procedimiento del *Nacional Association of Securities Dealers*, observa que "las partes acordaron someter el tema de honorarios y costes al panel [tribunal arbitral] a los fines que existiera un acuerdo bilateral vinculante"<sup>56</sup>. Esta proposición, al margen de cualquier otra consideración, descalifica a *Mashall & Co., Inc. v. Duke* como autoridad (precedente) dentro del andamiaje fáctico presentado por *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* ya que en éste último las partes exclusivamente acordaron ser regidos por la *Norma Americana*. En contraste, en la empobrecida opinión *per curiam* del Undécimo Circuito en *Marshall v. Duke*, las partes voluntariamente sometieron el tema de honorarios y costes para ser decidido por el tribunal arbitral sin ninguna limitante y sugiriendo implícita, sino explícitamente, que se emitiera un laudo obligando a una de las partes a afrontar la obligación de abonar costes y honorarios.

Finalmente, la observación del Undécimo Circuito que "los árbitros tienen la potestad de ordenar el pago de honorarios legales y costes de acuerdo con la excepción de 'mala fe' a la *Norma Americana(...)*" es puro *dictum* y no es aplicable al paradigma presentado por *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* en vista de la proposición acordadas por las partes en la Cláusula 10.3 del

contrato objeto de dicha contención<sup>57</sup>. Analizadas en *pari materia* y siempre dentro del contexto de *dictum*, únicamente apoyan la proposición que un árbitro podría emitir un laudo ordenando el pago de honorarios legales y costes bajo la excepción a la *Norma Americana*. Ninguno de los dos casos, desde un punto de vista estrictamente técnico y vinculante, asevera esta posición como precepto jurídico capaz de asentar *stare decisis*, es decir, precedente vinculante. Cabe destacar que hasta la fecha, salvo en el caso *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, ningún tribunal de los Estados Unidos de América ha emitido una opinión de acuerdo con la cual, en explícito desafío a la voluntad de las partes tal y como ésta se manifiesta en la cláusula arbitral, un tribunal arbitral disfruta de la potestad de ordenar el pago de honorarios y costes como medida punitiva conforme con la excepción a la *Norma Americana*.

Así las cosas, es preferible que el Segundo Circuito hubiese resaltado que el tema ante sí a ser adjudicado era uno de primera impresión y, por tanto, la jurisprudencia citada exclusivamente sugiere un posible nuevo camino que debe ser analizado y reestructurado a la luz de los preceptos de *autonomía de parte* (voluntad de parte) y *discreción arbitral* conforme con una nueva jerarquía del precepto en casos específicos tal y como se presenta la coyuntura fáctica de *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* Presentar el análisis a través de este prisma, subraya los primeros principios que verdaderamente se encuentran en contención y libran al

<sup>56</sup> *Id.* at 189.

<sup>57</sup> Ver *Id.*

Segundo Circuito de tener que encontrarse en un ejercicio académico tortuoso en cuanto la lectura fundamental de lo que el Segundo Circuito considera ser precedente relevante y vinculante al tema *sub judice*.

**8. EL DICTAMEN DE RELIA STAR DE MODO EQUÍVOCO UTILIZA COMO SINÓNIMOS LOS TÉRMINOS “REMEDIOS” Y “SANCIONES PUNITIVAS” TANTO COMO “ÁRBITRO” Y “JUEZ”**

El dictamen del Segundo Circuito en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat’l Life Co.* es internamente inconsistente ya que, *inter alia*, al margen de interpretaciones muy peculiares y particulares de la autoridad que el propio tribunal escoge y cita, la inconsistencia fundamental se manifiesta como consecuencia de haber asumido *a priori* que la autoridad depositada y reconocida por la jurisprudencia a los jueces es conceptualmente indistinguible e igualmente determinativa cuando se trata de árbitros. Este error se multiplica y se hace aún peor.

El valor puramente estético de un análisis jurídico que trata a árbitros y jueces como entes iguales en carácter y naturaleza cuando el caso es todo lo contrario en la mayoría de las veces conduce a conclusiones defectuosas y al desafío de los preceptos más rudimentarios del arbitraje. Se entiende que existe toda una jurisprudencia, sobre todo bajo la ley del estado de Nueva York, que le otorga a un juez la facultad de dictaminar en el contexto de una sentencia una excepción

a la *Norma Americana*<sup>58</sup>. Claro queda que mientras un juez, en el contexto de un proceso judicial, es un funcionario del estado que participa en el ejercicio de soberanía mediante la administración equitativa de la justicia, un árbitro se nutre de una jurisdicción enraizada en un mero contrato. El juez ejerce y expresa parte de la soberanía del estado. El árbitro sencillamente intenta realizar la voluntad de las partes de acuerdo con un contrato privado dentro de los parámetros (jurisdicción) trazados por el propio acuerdo. En el contexto de un procedimiento judicial la jurisprudencia que los tribunales van forjando en cuanto las facultades inherentes de un juez, presuponen que el juez está administrando justicia con todo el auxilio de las normas de procedimiento civil, pruebas, y administración judicial aplicables, cuyas normas también se desprenden del ejercicio de soberanía del propio soberano. Ninguna de estas normas se aplican en la resolución de una contención por un tribunal arbitral. Es decir, sencillamente no forman parte del proceso arbitral que, por esencia, en puntualizar la particularidad de la disputa se deshace de la universalidad y aplicabilidad de estas mismas normas. Por lo tanto, los poderes inherentes de un juez no son, ni deben ser, los mismos atribuidos a un árbitro.

Mientras que se reconoce que entre la potestad otorgada a un juez está el poder de forjar dictámenes reposando sobre la excepción a la *Norma Americana*, de tal modo, que dicha excepción constituya una sanción punitiva, no es discernible ninguna premisa o precepto normativo que, a

<sup>58</sup> *ReliaStar, supra.*

*priori*, conlleve a la misma conclusión en caso de un árbitro.

El Segundo Circuito también supone, sin citar autoridad o avanzar explicación alguna, que la rúbrica de "mala fe" aplicable a un proceso judicial es la misma en el caso de un arbitraje. Esta falacia<sup>59</sup> conlleva al tribunal a tener que ignorar por completo o aceptar como absolutamente equivalente (en ambos casos procedimientos judiciales y procesos arbitrales) el andamiaje de pruebas, normas de procedimiento civil, normas de administración judicial, y fardo de prueba. La anomalía subyacente en tal proposición es dolorosamente evidente y no amerita aquí el derrame de tinta para su explicación o elaboración.

La conclusión conceptual se agudiza ya que a través de su análisis el Segundo Circuito no distingue con lucidez ni precisión, ni aún en términos generales, si la excepción a la *Norma Americana* significa en el contexto arbitral que un árbitro posee la facultad de ordenar el pago de honorarios legales y costes como un *remedio* (daños y perjuicios "clásicos") o una sanción (medida punitiva). Esta ambigüedad podría resultar en retos significativos y materiales a la propia jurisdicción del tribunal arbitral ya que, contrario al razonamiento del Segundo Circuito, sanciones, incluyendo honorarios, generalmente no se consideran un remedio inherente a la autoridad de un árbitro como

parte de su obligación de realizar las metas y objetivos de un arbitraje<sup>60</sup>.

Estos equívocos consecuentemente debilitan el precepto prácticamente sacrosanto de *autonomía de parte*. También crean un "meta-comentario" sobre la amplitud conceptual de remedios y discreción que el Acto le proporciona a las partes en un arbitraje. El delicado balance entre *autonomía de parte (voluntad de parte)* y las limitantes de las mismas en el contexto de condiciones enmarcadas por una cláusula arbitral, fue recalcado con elegancia jurídica por el Supremo Tribunal de los Estados Unidos de América en el caso *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.*<sup>61</sup>, en cuyo dictamen se "limita" el derecho de las partes a forjar una pauta de apelación en la cláusula arbitral que claramente violenta el imperio del Acto sobre este tema<sup>62</sup>.

La intervención jurídica en *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.*, ostensiblemente desafiando la voluntad de las partes, sirve de ejemplo didáctico en materia de amparo a la autonomía de las partes a pesar de un dictamen que superficialmente aparenta limitar esta propia voluntad. Mientras ambas decisiones, *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* y *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, a primera vista superficialmente, desafían la voluntad de las partes tal y como ésta se manifiesta en una cláusula arbitral, el razonamiento y los

<sup>59</sup> Fed.R.Civ.P. 11 (2009).

<sup>60</sup> La corte en *ReliaStar* mantiene la proposición diametralmente opuesta. Esta cita merece ser recitada en el inglés original. "Consequently, sanctions, including attorney's fees, are appropriately viewed as a remedy within an arbitrator's authority to affect the goals of arbitration." *ReliaStar*, 564 F.3d at 87.

<sup>61</sup> *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.*, 128 Sup.Ct. 1396 (2008).

<sup>62</sup> 9 U.S.C. §10.

principios en *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* reconfiguran en alto relieve las deficiencias analíticas del Segundo Circuito en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*

**9. EN EL MUSEO OSCURO TROPEZAMOS CON EL DICTAMEN EN HALLSTREET ASSOCIATES, LLC. V. MATTEL, INC. CAUSANDO QUE SE RESALTEN LAS DEBILIDADES JURÍDICAS DEL SEGUNDO CIRCUITO EN RELIASTAR LIFE INS. V. EMC NAT'L LIFE CO.**

Curiosamente, salvo en la opinión minoritaria disidente, el Segundo Circuito no hace referencia alguna a *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* Esta ausencia es notoria ya que ambos casos –*Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* y *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*– tienen en común una cláusula arbitral

con elementos fácticos/legales acordados por las partes que intentan circunscribir la autoridad y discreción del tribunal arbitral. En *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* el Supremo Tribunal de Justicia de los Estados Unidos de América identifica el tema legal a ser adjudicado en la siguiente interrogante: “pueden los fundamentos del estatuto que trata el tema de nulificación y modificación de un laudo arbitral ser suplementados contractualmente en virtud de una cláusula arbitral, de acuerdo con la voluntad de las partes?”<sup>63</sup> Al emitir una respuesta en negativa, el Supremo Tribunal puso fin a opiniones divergentes entre los circuitos federales de apelación<sup>64</sup> y el ostensiblemente limitar del precepto de *autonomía de parte*, en efecto amparó los parámetros de ésta por razón del análisis sostenido. De manera que, en alto relieve en comparación con el dictamen y sentencia del Segundo Circuito en *ReliaStar*, aquí “la enmienda jurídica” reposa sobre una verdadera patología dentro de la propia cláusula de arbitraje

<sup>63</sup> *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* 170 L.Ed 2d 254,259 (2008). Hay que recalcar que la cláusula arbitral en tela de juicio en *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* tendría el efecto de *limitar* la autoridad de un tribunal arbitral. Específicamente, por virtud de introducir a la cláusula pautas de error apelables más escuetas que aquellas aseveradas en el *Acto*.

<sup>64</sup> Los Noveno y Décimo Circuitos hasta aquel momento habían mantenido que las partes a un contrato carecen de potestad a los fines de expandir la base de apelación jurídica respecto a un laudo arbitral. Véase *Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Servs, Inc.*, 341 F.3d 987, 1000 (9th Cir. 2003); *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*, 254 F.3d 925, 936 (10Cir. 2001). Los circuitos Primero, Tercero, Quinto y Sexto a la vez habían dictaminado la proposición contraria. Véase *Puerto Rico Tel. Co. v. U.S. Phone Mfg. Corp.*, 427 F.3d 21, 31 (1st Cir. 2005); *Jacada (Europe) Ltd. v. International Marketing Strategy, Inc.*, 401 F.3d 701, 710 (6th Cir. 2005); *Rodeway Package System, Inc. v. Kayser*, 257 F.3d 287, 288 (3rd Cir. 2001); *Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications, Corp.*, 64 F.3d 993, 997 (5th Cir. 1995). Notoriamente, el Cuarto Circuito ha tomado la posición de autonomía de parte en cuanto expansión de pauta de recurso de apelación, véase *Symcor Int'l Corp. v. McLeland*, 120 F.3d 262 (1997) mientras que el Octavo Circuito comparte la visión que dicha premisa es jurídicamente sostenible, véase *dictum* en *U.H.C. Management Co., v. Computer Sciences, Corp.* 148 F.3d 992, 997-998 (1998). De manera que el ejercicio de jurisdicción *certiorari* por parte del Supremo Tribunal de los Estados Unidos en base de “conflicto entre los circuitos” no pudo haber sido mejor fundado. En *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* se impuso orden al caos jurídico.

en contención. En particular, el Supremo Tribunal articuló cuatro preceptos que configuran la totalidad de la arquitectura de su exquisitamente razonada opinión en cuanto los elementos de la cláusula de arbitraje<sup>65</sup>.

Específicamente, el Supremo Tribunal observó que "las Secciones 10 y 11 [del Acto], respectivamente, le imparten al Acto la normativa exclusiva para nulificar (*vacatur*) y modificar laudos arbitrales"<sup>66</sup>. En apoyo de esta premisa, el Supremo Tribunal rechazó la doctrina de "*Indiferencia Manifiesta de la Ley*" como una causal de nulidad de los laudos arbitrales independiente de las contenidas en las Secciones 10 y 11 del Acto y que, por ende, esta intervención judicial autoriza la expansión entre privados de forjar pautas de apelación al margen de aquellas que las secciones anteriormente referidas detallan<sup>67</sup>. De modo que, el Supremo Tribunal enfatizó que "quizás el término 'indiferencia manifiesta' [concepto por primera vez identificado por el Supremo Tribunal en *Wilko v. Swan*<sup>68</sup>] podría ser

un esfuerzo en aras de proporcionarle un nombre a una causal nueva de apelación, pero también pudo meramente referirse a las premisas de la Sección 10 del Acto colectivamente, en lugar de agregar un concepto nuevo a éstas"<sup>69</sup>. Así pues, el Supremo Tribunal también destacó que algunos circuitos federales han interpretado la doctrina de "*Indiferencia Manifiesta a la Ley*" como una abreviación dirigida a la Sección 10(a)(3) o la Sección 10(a)(4) del Acto, que autorizan la nulificación del laudo en los casos en los cuales los árbitros son "culpables de mala conducta" o "han excedido su autoridad"<sup>70</sup>.

Primero, se afirmó que el Acto comprende premisas claramente textuales que se contraponen al reconocimiento de cláusulas arbitrales que aspiren a ampliar la base de relación judicial del Acto<sup>71</sup>. Como ilustración que el texto apoya la exclusividad de las Secciones 10 y 11 del Acto, el tribunal recalca que éstas aseveran una conducta extrema por parte de los árbitros<sup>72</sup>. El tribunal finaliza este análisis aclarando que "en base del énfasis

<sup>65</sup> En otros aspectos, particularmente en lo que concierne el concepto de "indiferencia manifiesta a la ley", el dictamen deja mucho que desear ya que el tribunal no se pronuncia sobre el conflicto jurisprudencial entre los circuitos federales que pone en tela de juicio la existencia misma de este proceso de nulificación, mucho menos explica su significado y aplicación. De manera que en curar una patología, el dictamen destapa inquietudes mayores que aquellas que pretende curar. En este sentido, la opinión crea mayor número de preguntas de las que contundentemente contesta.

<sup>66</sup> *Id.* at 263.

<sup>67</sup> *Id.* at 1403-1404.

<sup>68</sup> *Wilko v. Swan*, 364 U.S. 427, 74 Supp. Ct. 182, 90 L.Ed. 168 (1953).

<sup>69</sup> *Id.* [Citando autoridad].

<sup>70</sup> *Id.* Como citando a *Kyocera*, *Supra* p. 997.

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> Aún un repaso muy general y superficial de las Secciones 10 y 11 muestran que el objetivo de estas secciones es señalar conducta radical en cuanto comportamiento del tribunal arbitral como base exclusiva de apelación ya que específicamente detallan hechos tan ilícitos como "corrupción", "fraude", "parcialidad evidente", "mala conducta", "mal comportamiento",

en conducta arbitral extrema, la norma de antaño, *ejusdem generis*, aquí aporta una lección determinativa”<sup>73</sup>.

Segundo, una ampliación de las categorías ya detalladas en las Secciones 10 y 11 del Acto sería contrario a la letra y el espíritu de la Sección 9 del Acto, que concierne a la actividad contrapuesta a las Secciones 10 y 9, (*confirmación del laudo*)<sup>74</sup>. Sobre este punto, el dictamen reza que “una solicitud aseverando emisión de un dictamen confirmando un laudo, ‘debe de ser afirmada y emitida a no ser que el laudo sea nulificado, modificado o corregido conforme con las Secciones 10 y 11 de éste título [Acto, 9 U.S.C. §1 et seq.]”<sup>75</sup>. Es decir, el término “debe

de ser afirmado”, es uno que obliga al tribunal a confirmar el laudo, en todo, caso salvo aquellos que están explícitamente prescritos como excepciones.

Tercero, en el análisis de el Supremo Tribunal revela que el historial legislativo del propio Acto milita contra la incorporación en una cláusula arbitral de un recurso consensual de apelación. Análisis de este historial legislativo, que encuentra su génesis en la ley de arbitraje del estado de Nueva York –sobre la cual se basa el texto del Acto– muestra explícitamente un compromiso inquebrantable con la proposición de que las causales para nulificar o modificar un laudo *tienen* que ser limitadas<sup>76</sup>. Consecuentemente,

---

“abuso de sus poderes”, “evidente falta de un cálculo material”, “evidente error material”, “laudos sobre temas no sometidos.” La única premisa con una pauta menos extremista es “imperfección[es]”, y un tribunal está autorizado a corregir estos temas únicamente cuando éstos conciernen “materia respecto a forma no afectando los méritos.”

<sup>73</sup> *Id.* Este precepto de interpretación de estatutos y cláusulas contractuales mantiene que cuando un estatuto detalla categorías específicas y concluye con una cláusula general es correcto que invita a que se incorporen dentro del ámbito del estatuto proposiciones que estén razonablemente relacionadas a las premisas detalladas. En la ausencia de dicha cláusula, no obstante, se debe de inferir todo lo contrario. Es decir, que ninguna construcción o interpretación del estatuto debe contemplar condiciones o términos materiales adicionales. El tribunal, por ejemplo, recalca que “fraude”, un término fundamental de la Sección 10, no es de la misma especie que un “error legal”.

<sup>74</sup> *Id.* at 1405.

<sup>75</sup> *Id.* at 1405.

<sup>76</sup> El Supremo Tribunal meticulosamente repasó secciones relevantes y materiales del Acto. Aquellos párrafos citados imperan ser reiterados en el inglés original:

*The history of the Acto is consistent with our conclusion. The text of the Acto was based upon that of New York’s arbitration statute. See S. Rep. No. 536, 68th Cong., 1st Sess., 3 (1924) (“The Bill... follows the lines of the New York arbitration law enacted in 1920...”). The New York Arbitration Law incorporated pre-existing provisions of the New York Code of Civil Procedure. See 1920 N.Y. Laws p. 806. Section 2373 of the code said that, upon application by a party for a confirmation order, “the court must grant such an order, unless the award is vacated, modified, or corrected, as prescribed by the next two sections.” 2 N.Y. Ann. Code Civ. Proc. (Stover 6th ed. 1902) (herein after Stover). The subsequent sections gave grounds for vacatur and modification or correction virtually identical to the 9 U.S.C. §§10 and 11 grounds. See 2 Stover §§§§ 2374, 2375. In a brief submitted to the House and Senate Subcommittees of the Judiciary, Julius Henry Cohen, one of the primary drafters of both the 1920 New York Act and the proposed Acto, said “The grounds for vacating, modifying, or correcting an award are limited. If the award [meets a condition of §10], then and then only the award may be vacated(...). If there was [an error*



impartirle a una cláusula arbitral un derecho de apelación no contemplado en las Secciones 9 y 10 del Acto, más aún cuando dicho derecho de apelación es más amplio que el establecido en la propia ley, no sólo desafía por completo la política jurídica subyacente de sostener apelaciones sólo en casos extremos como fraude, sino que también le hace violencia a la letra y al espíritu del Acto. Por lo tanto, es de esperar que conlleve a incertidumbre, ineficiencia y a la prolongación de procesos judiciales; lo cual, desmerita los preceptos más fundamentales del arbitraje.

En ambos *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc. y ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.*, la voluntad de las partes, tal y como ésta se manifestaba en la cláusula arbitral, no fue reconocida como vinculante a los fines del arbitraje. En este sentido, es importante subrayar que el hecho de que las premisas controvertidas en el caso de *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.*, ampliaban la discreción del tribunal mientras que aquellas en *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat'l Life Co.* limitaban la potestad de los árbitros, dicha diferencia en ningún aspecto fue determinativa a la adjudicación final del Supremo Tribunal o del Segundo Circuito. El dictamen del Supremo Tribunal sí indica que la pauta significativa a seguir es la medida en que los elementos de la cláusula arbitral entran

en conflicto con el Acto y, por ende, con los preceptos "sacrosantos" del arbitraje *per se*, a saber: *autonomía de parte, predicibilidad, transparencia de pauta, eficiencia y certidumbre*. En contraste, el Segundo Circuito simplemente libera un *tour de force* analítico que intenta "cuadrar el círculo" aseverando que la voluntad de las partes, tal y como ésta se expresa en la Cláusula 10.3 del contrato que dispone que cada parte individualmente sería responsable por sus propios costes y honorarios legales, no constituye una limitante para que el tribunal pueda imponer esto como sanción. De modo que el Segundo Circuito se encuentra sin apoyo jurídico, sintético o analítico y sencillamente reposa su dictamen y conclusión en una caracterización muy *sui generis* de la Cláusula 10.3 en cuestión.

Profundizando sobre lo anteriormente mencionado, el juez POOLER aptamente observa en el voto disidente:

"En vista de la claridad del significado de la Sección 10.3, la propia adjudicación de esta apelación, me parece a mí, es prácticamente evidente. Tal y como recientemente dictó un tribunal de distrito dentro de nuestro Circuito en un caso de arbitraje laboral, la autoridad de un tribunal arbitral para determinar daños compensatorios está circunscrito

---

*under §11], then and then only it may be modified or corrected..." Arbitration of Interstate Commercial Disputes, Joint Hearings before the Subcommittees of the Committees on the Judiciary on S. 1005 and H.R. 646, 68th Cong., 1st Sess., 34 (1924). The House Report similarly recognized that an "award may...be entered as a judgment, subject to attack by the other party for fraud and corruption and similar undue influence, or for palpable error in form." H.R. Rep. No. 96, 68th Cong., 1 Sess., 2 (1924). In a contemporaneous campaign for the promulgation of an uniform state arbitration law, Cohen contrasted the New York Act with the Illinois Arbitration and Awards Act of 1917, which required an arbitrator, at the request of either party, to submit any question of law arising during arbitration to judicial determination. See Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings 97-98 (1924); 1917 Ill. Laws p. 203.*

por la intención de las partes cuyo contrato creó al propio tribunal: ‘la autoridad de un árbitro a los fines de adjudicar una disputa bajo un “*collective bargaining agreement*” es contractual en su naturaleza y se limita a las facultades que el acuerdo le confiere. El árbitro no puede imponer un remedio que directamente contradiga al propio lenguaje explícito del *collective bargaining agreement*’<sup>77</sup>.

El mismo Segundo Circuito disfruta de un prolífico historial de jurisprudencia que articula la proposición que los árbitros carecen la potestad para dictaminar remedios que contradigan la voluntad de las partes tal y como esta voluntad se manifiesta en el idioma y términos sencillos de una cláusula arbitral<sup>78</sup>.

Finalmente, en aras de intentar ser lo más exhaustivo posible, se es de notar que el Acto no limita, modifica o circunscribe la autoridad de las partes para imponerle a un tribunal arbitral un límite a los daños y perjuicios que éste puede otorgar o la naturaleza de los mismos. Asimismo, el Acto también carece de fundamentos normativos que faculten a los árbitros a ordenar remuneración por daños y perjuicios o a forjar remedios independientemente a la voluntad expresa

y escrita de las partes expresada en la cláusula arbitral; la cual consiste en la razón de ser de los mismos árbitros que ahora intentan desafiarla. Es precisamente acá que la pauta de Eisemann no solamente conserva su vigencia jurídica respecto a las patologías clásicas que se encuentran en el museo oscuro del arbitraje, sino también por virtud de una nueva patología identificada como “la enmienda jurídica” que altera el lenguaje de la cláusula y la frustra voluntad expresa de las partes.

## 10. CONCLUSIÓN

El caso *ReliaStar Life Ins. v. EMC Nat’l Life Co.*, representa una aberración que violenta al precepto de *autonomía de parte*. Al debilitar este principio, también se desgastan los preceptos de *predicibilidad*, *transparencia de pauta*, uniformidad y *certidumbre*. Las *deficiencias* del dictamen crecen en sus inexactitudes en la medida en que el *tribunal* reinterpreta su precedente, ignora la rúbrica analítica de *Hallstreet Associates, LLC. v. Mattel, Inc.* y minimiza el significado no controvertido de las partes. El Segundo Circuito ha tomado un paso en la transformación y deformación del arbitraje que sólo puede conllevar la desnaturalización del mismo

<sup>77</sup> *ReliaStar*, 564 F.3d at 91.

<sup>78</sup> Véase, por ejemplo, *Poizig v. Dresdner, Kleinwort, Benson, North America, LLC.*, 497 F.3d 133, 140-141 (2d Cir. 2007) (Panel arbitral carecía autoridad para emitir un laudo otorgando honorarios que requerían que el abogado en cuestión, quien no era parte del arbitraje, reembolsara a su cliente); *187 Concourse Assocs. v. Fishman*, 399 F.3d 524, 527 (2d. Cir. 2005); *Catz v. Feinberg*, 290 F.3d 95, 98 (2d. Cir. 2002) (*per curiam*); *United States v. Am. Soc’y of Composers, Authors and Publishers*, 32 F.3d. 727, 732-733 (2d Cir. 1994); *Harry Hoffman Printing, Inc., v. Graphic Communications Int’l Union Local 261*, 950 F.2d 95,99 (2d. Cir. 1991); *Marine Pollution Serv., Inc., v. Local 282 Int’l Brotherhood of Teamsters Chauffeurs Warehouseman and Helpers of America*, 857 F.2d 91,95 (2d. Cir. 1988).

De hecho, el voto disidente destaca a esta autoridad como relieve contrastante al dictamen de la opinión mayoritaria.

de tal modo que la voluntad y autonomía de las partes quede como una mera metáfora de sugerencia en lugar de ser el primer principio y pauta a tomarse en consideración al espumar temas relativos al objeto del arbitraje, la jurisdicción del panel y la discreción de los árbitros. Depositar tal autoridad en un tribunal arbitral es convertir el *arbitraje* en lo *arbitrario* de tal modo que se perpetúe el

“museo oscuro” del arbitraje que EISEMANN forjó ya que empezamos a descubrir “perlas” nuevas, pero no por razón de patologías creadas por la voluntad de las partes, sino como consecuencia directa de la intervención judicial que conlleva a una nueva patología que existe fuera de la cláusula de arbitraje y quizás por esta razón de mayor peligro: *La Enmienda Judicial*.



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

CRAIG S. MILES (\*)  
SILVIA M. MARCHILI (\*\*)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las notificaciones en virtud del Artículo 25(4) del Convenio CIADI y la jurisdicción de los tribunales CIADI. 3. Las notificaciones de acuerdo al Artículo 25(4) del Convenio y los compromisos según los TBIs. 4. Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que la piedra fundamental del acuerdo arbitral es el consentimiento. En otras palabras, sin el consentimiento de ambas partes no hay jurisdicción arbitral. En el contexto particular de las disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversiones, estos Estados frecuentemente otorgan una especie de “pre-consentimiento” al arbitraje a través de una oferta unilateral de arbitraje contenida en un tratado bilateral de protección y promoción de inversiones (“TBI”) con el Estado del inversor extranjero. Frecuentemente, esa oferta incluye la posibilidad de dirimir la disputa ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), una institución arbitral (y

división del Banco Mundial) creada por un convenio internacional en 1965 (el Convenio CIADI). Entre los más de 150 Estados signatarios del Convenio CIADI se encuentran la mayoría de los países latinoamericanos, incluido Ecuador.

En los últimos años, Ecuador ha tomado una serie de medidas que han perjudicado gravemente a numerosos inversores, particularmente en el sector petrolero. En ese contexto, Ecuador intentó impedir la presentación de demandas por parte de inversores extranjeros enviando una notificación al CIADI en noviembre de 2007 según la cual ya no aceptaría someterse a la jurisdicción del CIADI con respecto a demandas en su contra que estuvieran relacionadas con sus recursos naturales. De esta manera, Ecuador pretendió utilizar una notificación en virtud del Artículo 25(4) del Convenio

(\*) Socio, King & Spalding, Houston. Las opiniones vertidas en este capítulo no representan necesariamente la postura de King & Spalding o sus clientes, sino la de los autores.

(\*\*) Asociada, King & Spalding, Houston.

CIADI para dejar sin efecto cualquier otro documento existente que incluyera una oferta de consentimiento de la jurisdicción del CIADI. Así, según la postura de Ecuador, el consentimiento que dicho Estado otorgó a través de los TBIs que firmó con varios estados se vería limitado por medio de esta notificación.

Posteriormente, de manera *in crescendo*, Ecuador denunció varios TBIs que incluían cláusulas de resolución de controversias entre inversores extranjeros y Estados huéspedes de esas inversiones. Finalmente en julio de 2009, Ecuador se retiró del Convenio del CIADI por completo<sup>1</sup>. Esta actitud, junto con la amenaza de otros Estados latinoamericanos de seguir los pasos de Ecuador plantea la interesante pregunta de cuáles son las consecuencias de las notificaciones de acuerdo al artículo 25(4).

En este capítulo explicamos las razones por las que consideramos que la notificación de los Estados de conformidad con el artículo 25(4) es simplemente eso: una notificación con fines puramente informativos, que no constituye una oferta de aceptación del CIADI ni deja sin efecto las ofertas previas, incluidas las realizadas a través de TBIs. De hecho, los estados no pueden bajo ningún concepto retirar unilateralmente sus ofertas de aceptación al arbitraje con inversores extranjeros incluidas en TBIs sin cumplir con los

procedimientos pertinentes estipulados por los propios TBIs y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La práctica de los gobiernos y de los tribunales arbitrales en esta materia es uniforme.

## 2. LAS NOTIFICACIONES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 25(4) DEL CONVENIO CIADI Y LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CIADI

Los Estados que firman y ratifican el Convenio CIADI quedan habilitados para resolver controversias con inversores en su territorio de acuerdo a las disposiciones de ese instrumento. De esa manera, los Estados quedan sujetos a los términos del Artículo 25 del Convenio, que define el alcance de las posibles controversias sobre inversiones:

“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 dicho Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

En particular, en el caso del Ecuador, ese Estado firmó y ratificó el Convenio del CIADI el 15 de enero de 1986.

<sup>1</sup> El 6 de julio de 2009, el Banco Mundial recibió la denuncia al CIADI por parte de Ecuador. Dicha renuncia se volvió efectiva en enero de 2010. Por lo tanto, la importancia de la notificación de Ecuador de acuerdo al Artículo 25(4) del Convenio CIADI es particularmente relevante para aquellos casos en que el inversor prestó su consentimiento entre noviembre del 2007 y enero del 2010. Sin embargo, los efectos de las notificaciones según el Artículo 25(4) del Convenio resultan de interés en caso de que otros Estados decidan seguir los pasos de la República del Ecuador.

Según el Artículo 68(2), el Convenio entró en vigencia en el ámbito internacional el 14 de febrero de 1986<sup>2</sup>. Asimismo, el Ecuador no opuso reparos con relación a ningún aspecto del Convenio, incluido el Artículo 25 al convertirse en Estado Contratante, como tampoco lo hizo con posterioridad.

En las últimas décadas –y en particular en la década del noventa– los Estados firmaron numerosos TBIs para promover las inversiones extranjeras en sus respectivos territorios. Dichos tratados generalmente incluyen cláusulas de resolución de controversias que incluyen como opción resolver las potenciales disputas ante el CIADI. Por ejemplo, en el caso de Ecuador, ese Estado firmó el TBI EE.UU.-Ecuador en 1993<sup>3</sup>. El Artículo VI de ese TBI establece el consentimiento del Ecuador con respecto a arbitrajes entre inversores extranjeros y el Estado receptor conforme a las disposiciones del Convenio del CIADI. Dicho artículo dispone:

“3. (a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

(i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio;

\* \* \* \*

(b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

(a) un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) (...).”

Tomados en conjunto, el Artículo VI de dicho TBI y la condición de Estados Unidos y el Ecuador como Partes Contratantes del Convenio del CIADI permitieron a los inversores estadounidenses presentar sus controversias sobre inversiones con el Ecuador

<sup>2</sup> El Congreso Ecuatoriano aprobó posteriormente, el 7 de febrero de 2001, el Convenio del CIADI que luego el Poder Ejecutivo ratificó el 6 de abril de 2001. Si estas tardías aprobaciones internas guardan alguna relación con la fecha 14 de febrero de 1986 que el CIADI reconoce como la fecha en que el Convenio entró en vigencia a nivel internacional plantea cuestiones interesantes, pero no resulta pertinente para ninguna cuestión relacionada con este capítulo.

<sup>3</sup> El TBI EE.UU.-Ecuador entró en vigencia el 11 de mayo de 1997.

al arbitraje del Centro del CIADI, sin otras salvedades que las incluidas en ese TBI y en el Artículo 25 del Convenio CIADI.

Sin embargo, en el contexto de una serie de medidas contra compañías extranjeras que habían invertido en ese país, en diciembre de 2007, el Ecuador notificó al CIADI de un pretendido condicionamiento del alcance de sus obligaciones conforme a lo dispuesto por el Convenio del CIADI y a la vez, se retiró unilateralmente del TBI<sup>4</sup>. En base a dicha notificación, el Ecuador ha alegado en algunos casos que los tribunales CIADI intervinientes no tienen jurisdicción sobre los reclamos de los inversores extranjeros debido a la supuesta falta de consentimiento escrito de parte del Ecuador. En nuestra opinión, esta posición parece ignorar la naturaleza y el significado de las notificaciones conforme al Artículo 25(4) del Convenio del CIADI, como así también ignora que un Estado no puede modificar unilateralmente los compromisos asumidos en un Tratado Internacional.

El Artículo 25(4) del Convenio del CIADI estipula:

“Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes.

Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

La simple lectura del texto de este artículo deja en claro que el mismo brinda a los Estados Contratantes del Convenio del CIADI la oportunidad de notificar al Centro y (a través del Centro) a otros Estados Contratantes, las categorías de controversias sobre las que no consideraría otorgar jurisdicción al Centro. Cabe destacar especialmente que la última oración del artículo expresamente dispone que la notificación de acuerdo a ese artículo no está relacionada con la declaración de consentimiento. En definitiva, el Artículo 25(4) brinda a los Estados Contratantes nada más que la capacidad de emitir una notificación. Es por eso que entendemos que el Artículo 25(4) no otorga a los Estados la facultad de enmendar las obligaciones contraídas conforme al Convenio del CIADI o a cualquier otro tratado.

En este sentido, Aron BROCHES, conocido como el “padre del Convenio del CIADI”<sup>5</sup> señaló:

“Aunque ningún Estado Contratante está obligado a prestar su consentimiento al proceso de arbitraje o conciliación del CIADI, algunos Estados percibieron que si aceptaban el Convenio algunos inversores podían interpretarlo en el sentido de alentar la expectativa de que los Estados Contratantes podrían dar

<sup>4</sup> Notificación del Ecuador al CIADI No. 4-3-74/07, 4 de diciembre de 2007.

<sup>5</sup> Ver N. RUBINS, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”. En *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*. Editor Norbert Horn. Kluwer, 2004, p. 283 (en el que se describe a Broches como el “padre del Convenio”); ver asimismo “Obituary for Aron Broches” (en el que se describe a Broches como “uno de los padres del Banco Mundial” y “el padre del CIADI”). En: *Revista News from ICSID*, Vol. 14(2), 1997, p. 3; A. LOWENFELD, *International Economic Law*. Oxford, 2003, p. 459.



un dictamen favorable a sus reclamos de presentar una controversia ante el Centro. A fin de evitar cualquier riesgo de mala interpretación, el Artículo 25(4) permite a los Estados Contratantes dar a conocer de antemano los tipos de controversias que deberían o no considerar para presentar al Centro. Estas declaraciones, que se enumeran en el Documento ICSID/8-D que se actualiza en forma periódica, tienen fines puramente informativos, y no constituyen consentimiento alguno, *ni afectan la validez del consentimiento prestado*<sup>6</sup>.

Mediante esta afirmación, Broches confirma que las notificaciones cursadas conforme al Artículo 25(4) del Convenio del CIADI tienen fines puramente informativos, y no constituyen nuevos consentimientos ni anulan el consentimiento previo de arbitrar una controversia conforme a lo dispuesto por el Convenio del CIADI.

De hecho, el Artículo 25(4) debe interpretarse en el contexto del Artículo 25(1) del Convenio, según el cual “[e]l

consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Otra fuente de interpretación –la propia historia de la redacción del Convenio CIADI– confirma que el rol del Artículo 25(4) se limita a brindar información al Centro y a otros Estados Contratantes. Según dicha historia, Aron Broches primero propuso la disposición que devino en el Artículo 25(4) como una manera de ayudar a los Estados importadores de capitales a manejar las expectativas sobre qué controversias debían considerar para presentar ante el CIADI<sup>7</sup>. Después de analizar exhaustivamente la disposición, los redactores del Convenio finalmente aprobaron la versión que refleja ampliamente el texto actual del Artículo 25(4). De hecho, la historia del Convenio nos informa que “las declaraciones generales conforme al inciso (2) de la propuesta están totalmente separadas de la cuestión del consentimiento específico mencionado en el inciso (1). Como la jurisdicción se basa en el consentimiento, regiría el consentimiento particular y específico”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> A. BROCHES, “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application”. En: *Revista YEARBOOK OF COMMERCIAL ARBITRATION*, Vol. 18, 1993, p. 627 (el resaltado nos pertenece); ver asimismo E. GAILLARD, “Anti-Arbitration Trends in Latin America”. En: *Revista New York Law Journal*, 2008, p. 239 (“Como tampoco una notificación enmarcada en el Artículo 25(4) una expresión de consentimiento o de falta de consentimiento”); R. DOLZER Y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2008, p. 67 (Artículo 25(4) la finalidad de las notificaciones “es puramente informativa y no restringen ni amplían la jurisdicción del CIADI *ratione materiae*”).

<sup>7</sup> Ver C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH & A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*. Segunda Edición. Cambridge, 2009, p. 342, p. 921. (cita de *History of the ICSID CONVENTION*, Vol. II, 57-58, 82, 83, 259, 260, 285, 471, 494, 499, 501, 540, 541, 548, 566, 653, 660, 700, 703, 704, 822).

<sup>8</sup> *History of the Convention*, Vol. II, p. 824; ver asimismo C.F. AMERASINGHE, “The Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”. En: *Revista Indian Journal of International Law*, Vol. 19, 1979, p.166 (confirma que una notificación no impediría una expresión contraria al consentimiento específico); G. DELAUME, “How to Draft an ICSID Arbitration Clause”. En *Revista ICSID Review*, Vol. 7. 1992, p. 168.

El hecho de que rija el consentimiento específico por encima de la afirmación de intención general es coherente con el comentario de Broches según el cual las declaraciones de los Estados sobre las controversias que considerarían o no arbitrar conforme al Convenio están “siempre sujetas al consentimiento específico de su parte sobre cualquier caso específico, haciendo uso del Centro”<sup>9</sup>.

Otra fuente relacionada con el origen del Convenio CIADI también respalda la misma postura. En efecto, el Informe de los Directores Ejecutivos, el órgano del Banco Mundial responsable de redactar la Convención del CIADI,<sup>10</sup> en su comentario sobre el Artículo 25(4) del Convenio confirmó las opiniones expresadas anteriormente:

“Aunque no se pueden incoar procedimientos de conciliación o arbitraje contra un Estado Contratante sin su consentimiento, y a pesar de que ningún Estado Contratante está bajo obligación alguna de prestar su consentimiento a dichos procedimientos, se ha estimado que la adhesión al convenio pudiera ser interpretada en el sentido de entrañar una expectativa de que los Estados Contratantes considerarían favorablemente las solicitudes de los inversionistas encaminadas a someter diferencias a la jurisdicción del Centro. En relación con esto, se ha señalado que pudieran existir

ciertas clases de diferencias que los gobiernos considerarían impropias para ser sometidas al Centro o que, conforme a su propia legislación, les estuviera prohibido someter al Centro. A fin de evitar el peligro de cualquier mala interpretación en este aspecto, el Artículo 25(4) permite expresamente a los Estados Contratantes notificar anticipadamente al Centro, si así lo desean, las clases de diferencias que aceptarían someter o no a la jurisdicción del Centro. El precepto deja aclarado que la declaración del Estado Contratante en el sentido de que aceptaría someter cierta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, es sólo de carácter informativo y no constituye el consentimiento necesario para otorgarle jurisdicción al Centro. Desde luego, una declaración que excluya la consideración de ciertas clases de diferencias no constituiría una reserva al convenio”<sup>11</sup>.

Este comentario de los Directores Ejecutivos resume nuestras conclusiones anteriores referidos al Artículo 25(4), en particular con respecto a que las notificaciones (1) se dan para evitar malentendidos y aliviar preocupaciones sobre las expectativas de los inversores; (2) se dan con fines informativos solamente; (3) no constituyen consentimiento ni afectan la validez del consentimiento otorgado; y (4) no constituyen reservas al Convenio<sup>12</sup>. La revisión de las siete notificaciones cursadas conforme al

<sup>9</sup> *History of the ICSID Convention*, Vol. II, p. 567.

<sup>10</sup> Ver Resolución Nº 214 adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964 (citada en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 1).

<sup>11</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. p. 31.

<sup>12</sup> Ver *The ICSID Convention: A Commentary*. Segunda Edición, p. 343, pp. 924-25; E. GAILLARD, “Anti-Arbitration Trends in Latin America”. En: *Revista New York Law Journal*. Vol. 239, 2008.

Artículo 25(4) confirma que los Estados Contratantes del Convenio interpretaron el Artículo 25(4) de manera congruente con las opiniones expresadas por Broches, los Directores Ejecutivos del CIADI y el profesor Schreuer<sup>13</sup>. Otros autores, en la misma línea sostienen:

“En primer lugar, las notificaciones según el Artículo 25(4) “no tienen ninguna consecuencia legal directa”. Por el contrario, solo tienen fines informativos. Por ejemplo, la práctica de los Estados revela que las notificaciones no son vinculantes para los Estados que las realizan, quienes pueden retirarlas o modificarlas en cualquier momento, o incluso firmar TBIs que pueden contradecir sus notificaciones previas.

\* \* \* \*

En Segundo lugar, las notificaciones, “por sus propios términos, no constituyen el consentimiento requerido por el Artículo 25(1) del [Convenio] CIADI. . . Esto está también en armonía con los trabajos preparatorios del CIADI y su jurisprudencia.

\* \* \* \*

Finalmente, las notificaciones solo se aplican hacia el futuro y no pueden utilizarse para retirar o limitar el consentimiento anteriormente otorgado<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, de acuerdo a G. Delaume, los Estados Contratantes del Convenio CIADI no pueden utilizar el Artículo 25(4) para alterar los términos del consentimiento otorgado con anterioridad<sup>15</sup>.

A pesar de este contexto que parece ser desfavorable, el Ecuador presentó la siguiente notificación ante el CIADI el 4 de diciembre de 2007:

“La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha<sup>16</sup>.”

<sup>13</sup> Ver Notificaciones Referidas a las Clases de Controversias Consideradas Apropiadas o Inapropiadas para Presentar ante el Centro conforme al Artículo 25(4) del Convenio del CIADI. Los siguientes Estados cursaron notificaciones conforme al Artículo 25(4): China, el Ecuador, Guatemala, Jamaica, Papua Nueva Guinea, Arabia Saudita y Turquía; *ver asimismo The ICSID Convention: A Commentary*. Segunda Edición, p. 344, p. 926 (que describe la naturaleza de las diversas notificaciones que los Estados cursaron según el Artículo 25(4)).

<sup>14</sup> ANDRADE CADENA, X. and MONTANES, M. *Introductory Note to Ecuador's Notice Under ICSID Article 25(4)* 47 ILM 154 (2008), 155 (traducción libre).

<sup>15</sup> G.R. Delaume, *ICSID Arbitration Practice*, 2 Int'l Tax & Bus. Law 58 (1994), 61. *Ver también* S. Schatz, *The Effect of the Annulment Decisions in Amco v. Indonesia and Klockner v. Cameroon on the Future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. En: 3 Am.U.J. Int'l L. & Pol. 62 481 (1988), 502.

<sup>16</sup> La notificación del Ecuador al CIADI No. 4-3-74/07, 4 de diciembre de 2004 (“La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo

La notificación del Ecuador parece tener dos finalidades. En la primera oración, el Ecuador notifica al CIADI y a otros Estados Contratantes que el Ecuador no aprobará cierto tipo de controversias en el futuro. En la segunda oración, el Ecuador pretende retirar inmediatamente “[c]ualquier instrumento que contenga la voluntad expresada anteriormente por la República del Ecuador de someter dicha clase de controversias a la jurisdicción del Centro, que no fue perfeccionada por el consentimiento expreso y explícito de la otra parte, expresado antes de la fecha de presentación de la presente notificación (...)”. En otras palabras, el Ecuador intentó, a través de la notificación relacionada con el Artículo 25(4) retirarse unilateralmente de los TBI de los que forma parte.

Sin embargo, las fuentes anteriormente mencionadas, como el propio texto del Artículo 25(4), las interpretaciones del Artículo 25(4) realizadas por prestigiosas autoridades en materia del Convenio del CIADI como el profesor Schreuer y Aron Broches, o la historia de la redacción del Artículo 25(4), parecen sostener la postura contraria,

en el sentido de que tal notificación es a mero título informativo y que no tiene consecuencias con respecto al consentimiento otorgado en TBIs con anterioridad<sup>17</sup>. La jurisprudencia parece encontrarse en esta misma línea de razonamiento.

En el caso *Tza Yap Shum c. Perú*, el cual el Tribunal rechazó el intento del Perú de basarse en la notificación de China conforme al Artículo 25(4) para interpretar la cláusula de jurisdicción del TBI China-Perú<sup>18</sup>. Al hacerlo, el Tribunal observó que las notificaciones no afectan el alcance del consentimiento al arbitraje del CIADI incluido en el TBI:

“El Tribunal constata que el mismo inciso cuarto del Artículo 25 del Convenio del CIADI aclara que las notificaciones a estos efectos no condicionan el consentimiento de las partes al Convenio CIADI. El Tribunal también ha considerado debidamente si esta notificación ayuda a dilucidar la intención de las partes Contratantes al firmar posteriormente en junio de 1997 el APPRI Perú-China. A este respecto, el Tribunal considera que *sería cuestionable interpretar el consentimiento de las partes al*

---

de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”).

<sup>17</sup> Ver *The ICSID Convention: A Commentary*. Segunda Edición, p. 347, p. 940 (en el que señala que “la consecuencia de esta declaración está sujeta a dudas” y que no “está de acuerdo con el texto del Art. 25(4)”).

<sup>18</sup> La notificación de China conforme al Artículo 25(4) expresa la intención de China de limitar las controversias que consiente en someter al arbitraje del CIADI a las referidas al monto de la compensación por una expropiación: “[C]onforme al Artículo 25(4) del Convenio, el Gobierno Chino sólo consideraría someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones las controversias sobre compensaciones que resulten de expropiaciones y nacionalizaciones”.

*APPRI en el artículo 8 del mismo, a partir de notificación que versa sobre un tratado completamente distinto como lo es el Convenio CIADI y cuyo tenor no condiciona siquiera el consentimiento de la República Popular China en el Convenio. Por estas razones, el Tribunal no considera que la notificación de la República China bajo el inciso cuarto del artículo 25 del Convenio, desvirtúe el alcance del artículo 8 del APPRI cuando es interpretado de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena*<sup>19</sup>.

En *PSEG v. Turkey*, Turquía objetó la jurisdicción del Tribunal en base a una notificación conforme al Artículo 25(4), que según argumentaba circunscribía el alcance del consentimiento del TBI EE.UU.-Turquía. Turquía había cursado la notificación después de firmar el TBI pero antes de que el inversor hubiera aceptado la oferta pertinente del TBI de aceptar el arbitraje del CIADI<sup>20</sup>.

El Tribunal del caso *PSEG* advirtió que las notificaciones conforme al Artículo 25(4) no tienen repercusiones legales en el alcance del consentimiento otorgado por un Estado<sup>21</sup>. En cambio, el Tribunal sostuvo que dichas notificaciones tienen el propósito, limitado en cuanto a las políticas, de anticipar la notificación, a fin de informar las expectativas de los inversores sobre el alcance de las controversias potenciales a las que el Estado podría prestar su consentimiento<sup>22</sup>.

Cabe destacar que el Tribunal del caso *PSEG* sostuvo además que una notificación conforme al Artículo 25(4) no podía revocar el consentimiento previo otorgado en el TBI:

“Si, como en este caso, el consentimiento se otorgó en el Tratado antes de que se cursara la notificación, dicho tratado podría haberse complementado mediante un Protocolo que incluyera las limitaciones de la notificación en el consentimiento prestado por el Estado. De lo contrario, la notificación no modifica el consentimiento prestado en el Tratado”<sup>23</sup>.

Mediante esta conclusión, el Tribunal rechazó el argumento de Turquía de que una notificación conforme al Artículo 25(4) podría afectar el alcance de su consentimiento conforme al Convenio del CIADI o al TBI Estados Unidos-Turquía.

En el caso *Alcoa Minerals Jamaica v. Jamaica*, el Tribunal también se expidió sobre el alcance de las notificaciones de acuerdo al Artículo 25(4) del Convenio. El Tribunal sostuvo:

“En el presente caso el consentimiento escrito [está] incluido en la cláusula de arbitraje entre el Gobierno y Alcoa. Este consentimiento, habiendo sido otorgado, no puede retirarse. La notificación de acuerdo al Artículo 25 sólo opera hacia el futuro informando al Centro y a potenciales futuros inversores respecto de compromisos

<sup>19</sup> *Tza Yap Shum c. Perú* (Caso CIADI No. ARB/07/6), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009, p. 165 (se omitió el pie de página) (se agregó el resaltado en negrita).

<sup>20</sup> *PSEG v. Turkey* (Caso CIADI No. ARB/02/5), Decisión sobre Jurisdicción, 4 de junio de 2004, pp. 125-30.

<sup>21</sup> *Ídem*, p. 143.

<sup>22</sup> *Ídem*, pp. 135-47.

<sup>23</sup> *Ídem*, p. 145.

concernientes a minerales y otros recursos naturales”<sup>24</sup>.

Sin embargo, quienes sostienen la postura contraria, suelen recurrir a la *dicta* de tres fallos del CIADI que en realidad no interpretaban las consecuencias de una notificación regida por el Artículo 25(4). Pero esos casos no parecen sustentar esa postura.

El primero de esos casos es el caso *CSOB v. Slovakia*. Sin embargo, dicho caso no parece apoyar esa conclusión. En primer lugar, esta interpretación del caso *CSOB* parece dejar de lado el contexto del debate del Tribunal sobre el Artículo 25(4). En ese caso, el Tribunal resaltó la importancia “del consentimiento específico de las Partes”, con particular énfasis en el alcance del consentimiento prestado en un TBI<sup>25</sup>. El Tribunal en *CSOB* expresó sus puntos de vista sobre las consecuencias de una notificación enmarcada en el Artículo 25(4) al señalarlo, y no examinó las consecuencias de una notificación real. Más aún, el Tribunal no debatió expresamente las consecuencias de una notificación que contradijera una expresión de consentimiento específico otorgado en un instrumento anterior.

El segundo caso es *Fedax c. Venezuela*. Al igual que el fallo del caso *CSOB*, el fallo *Fedax* no examina las consecuencias de una notificación real conforme al Artículo 25(4) del Convenio;

de hecho, señala que Venezuela no cursó dicha notificación. Más aún, la referencia que hace el Tribunal en el caso *Fedax* a las notificaciones según el Artículo 25(4), realizadas en el contexto del arduo ejercicio de interpretar tratados (en particular sobre si la definición de “inversión” en el marco del TBI entre Holanda y Venezuela debería incluir el derecho al dinero), no expresa ninguna opinión sobre las consecuencias que hubiera tenido una notificación según el Artículo 25(4) en sus conclusiones. En todo caso, en el caso *Fedax* el Tribunal sólo reformuló la naturaleza informativa del Artículo 25(4) al señalar que permite a los Estados poner a los inversores “en conocimiento del tipo de controversias que deberían o no considerar para prestar su consentimiento dentro del amplio significado de inversiones conforme al Convenio”<sup>26</sup>. El debate sobre el Artículo 25(4) en el fallo del caso *Fedax* no implica nada más que eso.

El tercer caso es el primer fallo jurisdiccional en el caso *Vivendi c. Argentina*, que hace una mención al Artículo 25(4) del Convenio. Argentina argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción para resolver demandas contra la provincia argentina de Tucumán debido a “su falta de designación o de consentimiento para que el Convenio del CIADI sea aplicable a la Provincia de Tucumán” según [los párrafos 1 y 3] del Artículo 25<sup>27</sup>. El Tribunal expresó la razón

<sup>24</sup> *Alcoa Minerals Jamaica v. Jamaica* (Caso CIADI No. ARB/74/2).

<sup>25</sup> *CSOB v. Slovakia* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, p. 65.

<sup>26</sup> *Fedax c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/96/3), Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997, p. 33.

<sup>27</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija SA c. Argentina* (Caso CIADI No ARB/97/3), Laudo, 21 de noviembre de 2000, p. 51.

para rechazar la objeción interpuesta por la Argentina en el siguiente párrafo:

“El Artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del Tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser partes de propio derecho en un procedimiento del CIADI”<sup>28</sup>.

En el párrafo siguiente, el Tribunal observó que la historia de la redacción del Convenio respaldaba su conclusión con respecto a la jurisdicción en los actos de subdivisiones políticas. Además, señalaba que:

“[L]a República Argentina no notificó su intención bajo el Artículo 25(4) del Convenio del CIADI de excluir *ratione materiae* reclamaciones basadas en términos generales sobre acciones de subdivisiones políticas, o, más específicamente, sobre acciones de subdivisiones políticas en relación a contratos de concesión”<sup>29</sup>.

Esta referencia al pasar no sólo omite cualquier debate sobre las consecuencias reales de una notificación conforme al Artículo 25(4), ya que no había ningún debate en cuestión, sino que su redacción reconoce que los fines de dicha notificación residen en que el Estado “notifique su intención”. El Tribunal del caso *Vivendi* no atribuyó ningún otro significado a dicho acto.

Con respecto a los casos *CSOB*, *Fedax*, y *Vivendi*, en ellos, los tribunales simplemente señalaron que los Estados estaban facultados para aclarar su postura con anterioridad a través de una notificación según el artículo 25(4) del Convenio. Por lo tanto, estos casos, en los que los tribunales sólo notaron que no existía una notificación conforme al artículo 25(4) resultan irrelevantes a los efectos de determinar las consecuencias legales de ese tipo de notificaciones.

El caso *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, tampoco brinda respaldo alguno a la posición del Ecuador. En ese caso, las partes habían aceptado el arbitraje del CIADI por contrato. Con posterioridad, Jamaica cursó una notificación conforme al Artículo 25(4), que según su reclamo viciaba el consentimiento previo a la jurisdicción del CIADI. Así, Jamaica, en el entendimiento que esa notificación obstaba a la jurisdicción del CIADI, se abstuvo de responder a la solicitud de arbitraje de la demandante, de designar a un árbitro y de participar en el procedimiento.

Al rechazar el argumento de Jamaica, el Tribunal confirmó que las notificaciones conformes al Artículo 25(4) se limitan a brindar información<sup>30</sup>. Asimismo, el Tribunal expresó que “[l]a notificación conforme al Artículo 25 sólo opera a futuro a través de la información que provee al Centro y a posibles inversores futuros...”<sup>31</sup>. El Tribunal en *Kaiser Bauxite*

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> *Ídem*.

<sup>30</sup> *Kaiser Bauxite v. Jamaica* (Caso CIADI No. ARB/74/3), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 1975, p. 23.; ver asimismo *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica* (Caso CIADI No. ARB/74/3), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 1975.

<sup>31</sup> *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, p. 23.

incluso sostuvo que si se admitiera el argumento de Jamaica según el cual ese Estado estaba facultado para retirar su consentimiento al CIADI en otros instrumentos a través de una notificación según el Artículo 25 del Convenio, ello privaría al Convenio de todo valor práctico para los Estados Contratantes y los inversores<sup>32</sup>.

En definitiva, en nuestra opinión ninguno de estos casos parece respaldar el argumento de que con una notificación enmarcada en el Artículo 25(4) puede restringirse el alcance de las controversias admisibles en los casos planteados contra ese Estado conforme al Convenio del CIADI.

En conclusión, las notificaciones conformes al Artículo 25(4) tienen fines puramente informativos y no modifican el alcance del consentimiento de un Estado según los términos del Convenio del CIADI. Esta conclusión está respaldada por el texto del Artículo 25(4), la interpretación de las máximas autoridades del Convenio del CIADI, la historia de la redacción de sus disposiciones, y los fallos de los únicos tribunales del CIADI que realmente interpretan las consecuencias de una notificación conforme al Artículo 25(4). Más aún, dichos fallos del CIADI rechazan el argumento planteado por el Ecuador de que una notificación conforme al Artículo 25(4) puede circunscribir la oferta de consentimiento previamente otorgado en TBIs, un argumento que se detalla más adelante.

### 3. LAS NOTIFICACIONES DE ACUERDO AL ARTÍCULO 25(4) DEL CONVENIO Y LOS COMPROMISOS SEGÚN LOS TBIS

Hay quienes argumentan que la notificación cursada conforme al Artículo 25(4) puede modificar el alcance del consentimiento ofrecido en los TBIs, si el consentimiento aún no fue perfeccionado. Antes de abordar este argumento en detalle, resulta apropiado revisar la redacción de la segunda oración de la notificación cursada por el Ecuador conforme al Artículo 25(4):

“Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.

A simple vista, la finalidad de esta oración no parece favorecer la postura de que faculta a los Estados a modificar el alcance de la oferta de consentimiento conforme a los TBIs. Mediante esta notificación, el Ecuador aparentemente pretende “retirar” “[t]odo instrumento contentivo” del consentimiento no perfeccionado del Ecuador a la clase de controversias previstas en la notificación. Dicho en otras palabras, debido a que los TBIs son instrumentos que contienen la oferta de consentimiento del Estado con

<sup>32</sup> *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, p. 24.



relación a las controversias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”, el Ecuador trató de “retirarse” del TBI completamente tal como se evidencia en la segunda oración de la notificación del Artículo 25(4).

Quienes sostienen la postura contraria, argumentan que una notificación de acuerdo al Artículo 25(4) del Convenio CIADI constituye un límite a la oferta de consentimiento al arbitraje del CIADI según lo dispuesto en los TBIs. En el caso de Ecuador, el objetivo era limitar ese consentimiento con respecto a las controversias referidas a los recursos naturales. Pero, como ya hemos explicado, la notificación del Ecuador conforme al Artículo 25(4) no tiene ninguna consecuencia sobre el alcance de la oferta de consentimiento conforme al TBI.

En la medida en que el Estado argumente que la notificación conforme al Artículo 25(4) afecta directamente el alcance del ofrecimiento de consentimiento conforme a los TBIs, ello no tiene consecuencias respecto a la jurisdicción de un tribunal CIADI puesto que una notificación conforme al Convenio del CIADI no puede modificar unilateralmente el alcance del consentimiento en un segmento tratado, sencillamente porque dicho consentimiento debe perfeccionarse<sup>33</sup>.

A diferencia del consentimiento ofrecido unilateralmente incluido en la legislación nacional, la oferta de consentimiento a la que se refiere este caso está plasmada en un tratado bilateral entre dos Estados soberanos. Como tal, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados rige cualquier intento de modificar una oferta de consentimiento incluida en un TBI. En particular, el principio de *pacta sunt servanda*, consagrado en el Artículo 26 de la Convención de Viena<sup>34</sup>, se aplica a cada cláusula de los TBIs. Por ello, un Estado no puede intentar enmendar o retirarse unilateralmente de ninguna disposición de un TBI sin violar sus obligaciones internacionales conforme al Artículo 26 de la Convención de Viena. Lo propio ocurre con respecto a un intento de modificar unilateralmente los compromisos asumidos en virtud del Convenio del CIADI.

Si un Estado deseara modificar unilateralmente un TBI o el Convenio del CIADI, sólo puede lograrlo mediante las disposiciones aplicables de la Convención de Viena<sup>35</sup>. De acuerdo a dicha Convención (Artículo 39) ello sólo puede lograrse a través de un acuerdo adicional entre ambas partes.

En cuanto al caso particular del Ecuador, dicho Estado no tomó las medidas necesarias para modificar su consentimiento al CIADI conforme a la

<sup>33</sup> Ver *The ICSID Convention: A Commentary*. Segunda Edición, p. 347, p. 940 (“La disposición no fue creada para retirar los consentimientos ofrecidos, aún cuando no se hayan aceptado”).

<sup>34</sup> Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Artículo 26 (“Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”).

<sup>35</sup> Ver Convención de Viena, Artículos 39-72.

Convención de Viena o TBIs como el concluido con Estados Unidos. El Artículo 54 de la Convención de Viena estipula requisitos para terminar o retirarse de un tratado:

“La terminación o el retiro de una parte de un tratado pueden ocurrir:

- (a) de acuerdo con lo dispuesto en dicho tratado; o
- (b) en cualquier momento mediante el consentimiento de todas las partes después de consultarlo con otros Estados Contratantes”.

Al no existir consentimiento de la otra Parte de un TBI, entraría en juego el apartado (a) del Artículo 54 de la Convención de Viena, es decir, se debe estar a lo dispuesto por el propio TBI en cuestión. En el caso del TBI entre Ecuador y Estados Unidos, el Artículo XII estipula el método mediante el cual una parte puede terminar el tratado. Dicho TBI establece:

“1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.

3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente

Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación”.

Una notificación como la del Ecuador conforme al Artículo 25(4) no resulta suficiente para terminar el TBI o retirarse de él “de conformidad con las disposiciones del tratado”. En primer lugar, la denuncia del TBI está condicionada a entrar en vigor un año tras su realización. Asimismo, la notificación de Ecuador debería haber estado dirigida al otro Estado Parte del TBI, en nuestro ejemplo, Estados Unidos.

A su vez, un Estado no puede circunscribir en forma unilateral e inmediata el alcance de la oferta de consentimiento de un TBI a través de una notificación conforme al Artículo 25(4), ya que de lo contrario cualquier Estado podría unilateralmente descartar las controversias inmediatas cursando una notificación que excluya dichas controversias antes de que los inversores tengan la oportunidad de expresar formalmente su consentimiento al arbitraje del CIADI.

En otras palabras, permitir que un Estado limite unilateralmente el alcance de la jurisdicción del CIADI o la oferta de consentimiento en un TBI con efecto inmediato, le otorgaría una facultad superior que la de dicho Estado para terminar alguno de los dos Tratados. Ejercer la facultad de excluir ciertos reclamos en forma inmediata a través de una notificación conforme al Artículo 25(4) constituiría un acto más extremo que denunciar al Convenio o retirarse de un TBI, debido a que la denuncia de

cualquiera de los dos tratados requiere una notificación con antelación<sup>36</sup>. El hecho de que ni el Convenio del CIADI ni un TBI permitan a las partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato, demuestra que los Estados no están facultados para modificar unilateralmente ninguno de los dos tratados con efecto inmediato. Dicho resultado entraría en conflicto con el objeto y la finalidad del Convenio del CIADI y con los objetivos de los TBIs como la protección de los derechos de los inversores extranjeros, en gran medida mediante el acceso al arbitraje del CIADI para resolver sus controversias.

El hecho de que un TBI también estipule el arbitraje de la CNUDMI no rectificaría la inequidad de permitir a un Estado revocar unilateralmente las referencias al arbitraje del CIADI incluidas en un TBI. Aparte de que dicha revocación viola el derecho de los tratados, es bien conocido que el arbitraje del CIADI ofrece entre otras características, ventajas claras a través de su mecanismo de aplicación y de la exclusividad general que ofrece. En cualquier caso, que un inversor pueda de todos modos someter su demanda de acuerdo a otras reglas arbitrales resulta irrelevante para la cuestión analizada.

#### 4. CONCLUSIONES

La pregunta que nos hacemos en este capítulo es: ¿puede una notificación realizada en virtud del Artículo 25(4) del

Convenio del CIADI modificar de manera unilateral el compromiso asumido por un Estado Nacional en el marco de un tratado internacional, ya sea que se trate del cumplimiento de las obligaciones asumidas por dicho Estado Nacional de conformidad con las disposiciones del Convenio del CIADI, o del consentimiento por parte de dicho Estado Nacional a aceptar el arbitraje del CIADI en los casos de tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones? La respuesta, implícita en la función misma del Artículo 25(4) y claramente establecida en el derecho internacional sobre la interpretación de tratados, es un contundente “no”.

Asimismo, consideramos que no es posible sostener fundadamente que una notificación en virtud del Artículo 25(4) afecta el alcance de la jurisdicción establecida en el Convenio CIADI o la validez del consentimiento de parte de un Estado Nacional respecto del arbitraje del CIADI bajo un TBI. Opiniones autorizadas sobre el tema sostienen que las notificaciones que se contemplan en el Artículo 25(4) tienen una función exclusivamente informativa, sin efecto legal directo, en materia de competencia, sobre las disposiciones establecidas en la Convención CIADI ni sobre el consentimiento en obligarse por un tratado. En este contexto, resulta sorprendente que haya quienes sostengan que la postura contraria.

<sup>36</sup> Ver TBI entre EEUU y Ecuador, Artículo XII (requiere un año de preaviso para la rescisión y diez años para que la rescisión entre en vigencia con respecto a las inversiones existentes); Convenio del CIADI, Artículo 71 (la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación).

Los Estados no pueden eludir el alcance de la jurisdicción del CIADI mediante un simple cuestionamiento de la validez del consentimiento asumido en aquellos tratados que incluyen disposiciones en materia de competencia.

Asimismo, varios tribunales han rechazado la postura según la cual los tribunales deberían interpretar de manera restrictiva el consentimiento manifestado por un Estado Nacional en materia de arbitraje.

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

NOIANA MARIGO (\*)  
FRANCISCO ABRIANI (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Las cláusulas mixtas.* 2.1. *Características particulares de la patología de las cláusulas mixtas.* 2.2. *La interpretación de las cláusulas mixtas.* 2.3. *La aceptación del arbitraje por parte de la institución designada en la cláusula compromisoria.* 2.4. *La competencia del tribunal arbitral bajo las cláusulas mixtas.* 2.5. *La validez de la cláusula compromisoria mixta frente al juez nacional.* 3. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La cláusula o acuerdo arbitral constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial internacional porque en ella consta el consentimiento de las partes a excluir la jurisdicción de los jueces estatales y someter cualquier disputa que pudiera surgir entre ellas al arbitraje<sup>1</sup>.

Una cláusula compromisoria “sana” es aquella que permite remitir una eventual

disputa a el o los árbitros sin la necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes o la intervención del juez estatal, incluso en caso de oposición de la parte demandada. Si por el contrario, la cláusula compromisoria no permite esta remisión, nos encontramos en presencia de una cláusula compromisoria patológica, un concepto creado por el distinguido ex-Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), FRÉDÉRIC EISEMANN<sup>2</sup>.

(\*) Abogada *senior* del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP en Nueva York.

(\*\*) Abogado del grupo de arbitraje internacional de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP en París.

<sup>1</sup> REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición. Argentina: La Ley, 1997, p. 219. DERAIS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (eds.). *El Contrato de Arbitraje*. Universidad del Rosario: Legis, 2005, p. 191.

<sup>2</sup> EISEMANN, Frédéric. “*La clause d’arbitrage pathologique*”. En: *Commercial Arbitration, Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin: UT-ET, 1974, pp. 129-161. Frédéric EISEMANN se desempeñó durante 26 años como Secretario General de la Corte de Arbitraje de la CCI, experiencia que lo

En su brillante trabajo publicado en 1974 titulado “*La clause d’arbitrage pathologique*”, FRÉDÉRIC EISEMANN identificó las funciones esenciales que una cláusula compromisoria debía cumplir a fin de no ser considerada una cláusula patológica. Según EISEMANN dicha cláusula debía:

- (i) producir efectos obligatorios entre las partes;
- (ii) evitar la intervención de los tribunales estatales en la resolución de disputas, al menos hasta que se haya dictado un laudo;
- (iii) otorgar poder a los árbitros para resolver las disputas entre las partes; y
- (iv) permitir que se desarrolle un proceso eficaz que conduzca al pronunciamiento de un laudo susceptible de ejecución forzada.

La falta de alguno o varios de estos elementos ha dado lugar, en la práctica, a una gran variedad de “patologías”<sup>3</sup>.

Desde el primer trabajo de EISEMANN en 1974, numerosos estudios y artículos han sido escritos sobre la problemática de las cláusulas patológicas. Muchos autores se han esforzado en ilustrar diferentes tipos de cláusulas patológicas y en determinar las probabilidades de que tales cláusulas sean consideradas válidas por tribunales arbitrales o jueces estatales. En este trabajo nos concentraremos en un tipo de patología particular: aquella de las cláusulas mixtas o en inglés conocidas como cláusulas “*mix-and-match*” que, a diferencia de otras patologías, ha sido poco explorada.

## 2. LAS CLÁUSULAS MIXTAS

### 2.1. Características particulares de la patología de las cláusulas mixtas

Las cláusulas mixtas son cláusulas compromisorias que prevén la administración del arbitraje por una institución determinada, aplicando reglas de otra institución<sup>4</sup>. Asimismo, pueden ser

---

llevó a elaborar lo que él llamó su “*musée noir*” del arbitraje. El “*musée noir*” del arbitraje consiste en una recopilación de los problemas más comunes observados en las cláusulas compromisorias contenidas en contratos sometidos a arbitraje ante la CCI. Véase también DAVIS, Benjamin. “*Pathological Clauses*”. En: *Arbitration International*. Vol. 7, número 4, 1991, p. 365.

<sup>3</sup> Se pueden ver ejemplos de cláusulas patológicas en todos los artículos y libros que han analizado el tema. Entre muchos otros se puede mencionar a los siguientes: EISEMANN, Frédéric. “*La clause d’arbitrage pathologique*”. En: *Commercial Arbitration, Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin: UT-ET, 1974, pp. 129-161; CRAIG, Laurence, PARK, William W., PAULSSON, Jan. *International Commercial Arbitration*, 3a. Edición, 2000, Capítulo 9; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, Parte II, Capítulo II, Sección II, p. 262 *et seq.*; DAVIS, Benjamin G. “*Pathological Clauses: Frédéric Eisemann’s Still Vital Criteria*”. En: *Arbitration International*, Vol. 7, número 4, 1991, pp. 365-388.

<sup>4</sup> No son objeto de este trabajo las cláusulas arbitrales que combinan un acuerdo para someter las disputas a arbitraje y cláusulas de elección de un foro judicial para la resolución de disputas. Si bien como en todos los casos de cláusulas patológicas la validez o invalidez de una cláusula dependerá en gran medida de la redacción utilizada en cada caso particular, las cláusulas compromisorias que incluyen un acuerdo arbitral y la elección de un foro judicial

consideradas cláusulas patológicas mixtas aquellas que designan una institución y sus reglas pero incluyen modificaciones sustanciales a éstas últimas.

El problema intrínseco de estas cláusulas es la posible incompatibilidad entre las reglas elegidas y la institución designada por las partes para administrar el arbitraje. En la práctica, puede suceder que, llegado el momento de resolver una disputa, una de las partes sostenga la imposibilidad de que tal o cual institución administre un arbitraje bajo determinadas reglas, tornando eventualmente la cláusula de cumplimiento imposible. También existe la posibilidad de que sea la propia institución designada por las partes la que se niegue a asumir la administración del arbitraje bajo reglas distintas que las de su propia institución o bajo sus propias reglas pero modificadas por las partes.

Las dificultades derivadas de este tipo de cláusulas patológicas pueden presentarse, con diferentes matices, en tres etapas de la disputa. Al inicio mismo del procedimiento, dado que será la institución designada por las partes la que deberá decidir en primera instancia si acepta administrar un arbitraje bajo reglas distintas de sus propias reglas. Luego, una vez formado el tribunal arbitral –y si la parte demandada objeta la competencia del

mismo– éste deberá pronunciarse acerca de la validez de la cláusula compromisoria y su jurisdicción para resolver la disputa bajo la institución y las reglas elegidas por las partes. Por último, la disputa sobre la validez de la cláusula compromisoria y la jurisdicción del tribunal arbitral podrá ser sometida a la jurisdicción de un juez estatal: (i) con anterioridad al dictado del laudo, si una de las partes requiriera aclaración del alcance de la cláusula o se opusiera al procedimiento arbitral, y/o (ii) con posterioridad al dictado del laudo, si la parte vencida solicitara la nulidad o el rechazo de la ejecución del mismo.

En las próximas secciones de este trabajo analizaremos los principios de interpretación aplicables a las cláusulas patológicas mixtas y las posiciones adoptadas por las distintas instituciones arbitrales, los tribunales arbitrales y los jueces estatales respecto de la validez de las cláusulas arbitrales combinadas y su viabilidad operativa.

## 2.2. La interpretación de las cláusulas mixtas

Las cláusulas patológicas en general, incluyendo las cláusulas mixtas, deben ser interpretadas a la luz de la ley aplicable a la cláusula compromisoria. Si las partes han

---

han sido generalmente resueltas en el sentido de que el foro elegido por las partes tendrá un rol subsidiario, ya sea en relación con la revisión del laudo o en caso de que surgieran dificultades respecto de la constitución del tribunal arbitral o en el desarrollo del proceso arbitral. Cf. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 270; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Vol. 1. Kluwer Law International, 2008, pp. 684-686; KRÖLL, Stefan. "The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention". En: GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico (eds.). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*. Cameron May, 2008, p. 331.

estipulado una ley en especial aplicable a la cláusula compromisoria, es ésta la que deberá aplicarse. Si, por el contrario, y como sucede más a menudo, las partes no han estipulado norma particular alguna, las cláusulas patológicas deben interpretarse de modo que den efecto a la intención común de las partes de referir la disputa a arbitraje<sup>5</sup>. Este criterio de interpretación deriva directamente de los principios generales de buena fe y de protección de los intereses comunes y de las expectativas de las partes<sup>6</sup>.

De particular importancia en el caso de las cláusulas mixtas es el respeto de la autonomía y voluntad de las partes respecto del tipo de arbitraje, la institución y las reglas elegidas. En efecto, una de las características fundamentales del arbitraje internacional es la libertad de las partes para acordar el procedimiento aplicable para resolver su disputa. Este principio fundamental está garantizado

por las leyes arbitrales de la mayoría de los países desarrollados y por las reglas de arbitraje de la mayoría de las instituciones arbitrales<sup>7</sup>. Asimismo, la Convención de Nueva York reconoce el rol central de las partes en la adaptación del procedimiento arbitral y prevé sanciones por la falta de observancia del procedimiento acordado por las partes. Por lo tanto, la cláusula compromisoria no puede ser interpretada de manera tal de permitir el dictado de un laudo contrario a la voluntad de las partes. De no aplicarse este principio, se correría el riesgo de obtener un laudo cuya ejecución podrá verse objetada en virtud de la Convención de Nueva York<sup>8</sup>.

Como veremos a lo largo de este artículo, sin embargo, dicha tarea es una tarea ardua ya que en muchos de los casos la voluntad de las partes puede no ser clara o puede ser imposible de implementar en la práctica.

<sup>5</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Vol. 1. Kluwer Law International, 2008, pp. 1064-1065; MOLFA, Milo. "Pathological Clauses and the Conflict of Law". En: *Hong Kong Law Journal*, Vol. 37, 2007, p. 175. Este criterio es también aquel aplicable de acuerdo a distintas legislaciones basadas en el sistema de derecho civil. Así, por ejemplo, el artículo 1157 del Código Civil francés establece que cuando una cláusula puede ser interpretada de dos maneras diferentes, debe darse preferencia a aquella que permita asegurar la eficacia de la cláusula.

<sup>6</sup> MOLFA, Milo. "Pathological Clauses and the Conflict of Law". En: *Hong Kong Law Journal*, Vol. 37, 2007, p. 175. Ver por ejemplo, el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT.

<sup>7</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration in the United States*. Kluwer Law International, 1994, p. 44.

<sup>8</sup> El artículo de la Convención de Nueva York V(1)(d) dispone lo siguiente: "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje".

Para ver ejemplos de laudos que no han sido susceptibles de ejecución forzosa por razones similares, ver entre otros VAN DEN BERG, Albert J. "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement". En: *ICC Bulletin*. Vol. 18, 2007, pp. 25-28.



### 2.3. La aceptación del arbitraje por parte de la institución designada en la cláusula compromisoria

El primer obstáculo que encontrará en su camino una cláusula mixta es la aceptación del arbitraje por parte de la institución designada en la cláusula compromisoria. Distintas instituciones tendrán distintas razones para aceptar o rechazar la administración de un arbitraje bajo reglas ajenas a las de su institución. Mientras que algunas instituciones se han mostrado flexibles al solicitárseles la administración de arbitrajes bajo reglas pertenecientes a otras instituciones, otras han adoptado como política institucional el rechazo de todo arbitraje no sometido a sus propias reglas arbitrales.

El *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC), por ejemplo, ha adoptado una postura flexible al respecto. En un caso reciente<sup>9</sup>, el SIAC admitió un arbitraje cuya cláusula compromisoria disponía la administración del arbitraje por el SIAC, con aplicación de las reglas de arbitraje de la CCI. En este caso, una de las partes, antes de dar inicio al procedimiento arbitral, solicitó al SIAC, que confirmara si estaría dispuesto a administrar un arbitraje aplicando las reglas de arbitraje de la CCI<sup>10</sup>.

El SIAC confirmó que consideraba *prima facie* tener jurisdicción para administrar el arbitraje y que lo haría "bajo las Reglas del SIAC, con las Reglas CCI siendo aplicadas como guía respecto de las características esenciales que las partes desearan observar durante el desarrollo del arbitraje"<sup>11</sup>.

Una vez iniciado el arbitraje ante el SIAC y constituido el tribunal arbitral, éste último volvió a solicitar confirmación por parte de la institución y el SIAC respondió reiterando que se encontraba preparado para administrar el arbitraje bajo las Reglas de la CCI. En su respuesta, el SIAC especificó en particular los órganos de dicha institución que cumplirían los roles respectivos bajo las Reglas de la CCI. Así, el SIAC explicó que la Secretaría del SIAC cumpliría el rol de la Secretaría de la CCI, que el Registro del SIAC cumpliría las funciones correspondientes al Secretario General de la CCI, y que el Directorio del SIAC se encargaría de cumplir el rol de la Corte de la CCI<sup>12</sup>.

El SIAC ha demostrado en esta decisión una tendencia a priorizar la voluntad de las partes por sobre la política institucional, adaptando sus funciones y órganos de manera tal que la aplicación de las Reglas CCI sea posible.

<sup>9</sup> *Insignia Technology Co. Ltd. c. Alstom Technology Ltd.*, [2009] SGCA 24. Disponible en <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

<sup>10</sup> Cabe mencionar que, previo al inicio del arbitraje ante el SIAC, una de las partes ya había iniciado un arbitraje ante la CCI en París y que, en la contestación de la demanda, la demandada había opuesto la falta de jurisdicción de cualquier tribunal que pudiera ser nominado por la CCI.

<sup>11</sup> El texto original en inglés reproducido en el párrafo 9 de la decisión de la Corte de Apelaciones de Singapur dice lo siguiente: "We are of the view that there is *prima facie* jurisdiction for the SIAC to accept the request for arbitration and administer the arbitration [...] the arbitration will be administered under the SIAC Rules with the ICC Rules to be applied as a guide to the essential features the parties would like to see in the conduct of the arbitration".

<sup>12</sup> *Insignia Technology Co. Ltd. c. Alstom Technology Ltd.*, [2009] SGCA 24, párrafo 19.

Este criterio, sin embargo, no deja de ser controvertido<sup>13</sup>. Miembros de la CCI sostienen, por ejemplo, que la Corte de la CCI y su Secretaría son órganos únicos en cuanto a su constitución y funciones bajo las Reglas CCI y que la administración de un arbitraje bajo las Reglas CCI está necesaria e intrínsecamente ligado a su Corte y su Secretaría, únicos órganos con poderes y funciones conferidos por las Reglas<sup>14</sup>. Bajo este criterio, por ejemplo, sólo la Corte de la CCI, con su composición única, prácticas internas y vasta experiencia podría asegurar la correcta revisión del laudo previsto en las Reglas CCI.

Otras instituciones, en cambio, parecerían no restringir la posibilidad de que otras instituciones utilicen sus reglas. Así, por ejemplo, las reglas de arbitraje de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) contienen una disposición que establece que la CIETAC será la institución administradora cuando las partes hayan sometido el arbitraje a sus reglas y no hayan previsto la intervención de otra institución. El artículo 4.3 de las

Reglas de Arbitraje de la CIETAC dispone exactamente lo siguiente:

“Cuando las partes hayan aceptado someter sus disputas a arbitraje bajo este Reglamento, sin mencionar el nombre de una institución de arbitraje, se considerará que las partes han aceptado someter la controversia al arbitraje de la CINTAC”<sup>15</sup>.

En base a esta disposición, podría inferirse que la CIETAC, a diferencia de la CCI, no tendría inconveniente en que otras instituciones aplicaran sus reglas en tanto y en cuanto las partes así lo hubieran pactado expresamente.

La CCI ha adoptado un criterio restrictivo también respecto de su capacidad para administrar arbitrajes bajo otras reglas que no sean las propias<sup>16</sup>. En la versión de las Reglas anteriores a 1998, el artículo 6(1) establecía que un acuerdo disponiendo el sometimiento de la disputa a la CCI debía ser interpretado como un sometimiento de la disputa a las Reglas CCI<sup>17</sup>. Los artículos 1(1) y 1(2) de las actuales Reglas CCI parecen igualmente indicar que la CCI sólo podría administrar casos bajo las Reglas CCI, al estipular

<sup>13</sup> KIRBY, Jennifer. “*Insignia Technology Co. Ltd v. Alstom Technology Ltd: SIAC Can Administer Cases under the ICC Rules!?!?*”. En: *Arbitration International*. Vol. 25. número 3, 2009, pp. 319-328.

<sup>14</sup> FRY, Jason y MORRISON, James. “*International Arbitration in South and East Asia – Opportunities, Challenges and the ICC Experience*”. En: *The Asia-Pacific Arbitration Review 2009 – A Global Arbitration Review special report*, p. 3.

<sup>15</sup> Reglas de Arbitraje de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), artículo 4.3. Disponibles en <<http://www.cietac.org>>.

<sup>16</sup> DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2da. Edición. Kluwer Law International, 2005, p. 74. Sobre los poderes de la Corte de la CCI para examinar la cláusula arbitral, ver MIREZE, Philippe. “*Les pouvoirs de l’arbitre et de la Cour d’arbitrage de la CCI relatifs a leur compétence*”. En: *Revue de l’Arbitrage*, Vol. 2006, número 3, pp. 591-616.

<sup>17</sup> Si bien en la versión de 1998 este artículo fue modificado para incorporar una referencia directa al reglamento “vigente a la fecha de inicio del proceso arbitral”, el principio por el cual la CCI no administraría arbitrajes bajo otras reglas continúa vigente.

que el cometido de la Corte de la CCI es "proveer a la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje de la CCI" y "asegurar el cumplimiento del Reglamento"<sup>18</sup>.

En la práctica, la CCI no ha, hasta el momento, aceptado la administración de casos bajo otras reglas institucionales.

Siguiendo el mismo criterio, la CCI ha rechazado también la administración de casos bajo Reglas CCI modificadas por acuerdo de las partes<sup>19</sup>. Así, en octubre de 2009, el Secretario de la Corte de la CCI indicó en el caso *Samsung c. Jaffe* que la CCI no aceptaba la modificación de sus reglas ni la inclusión por parte de las partes de excepciones a las mismas. En este caso, la CCI le exigió a las partes, como condición para administrar el procedimiento arbitral, que éstas renunciaran a las excepciones incorporadas y aceptaran la confirmación de los árbitros y la revisión del laudo por parte de la Corte de la CCI tal como lo preveían las Reglas CCI<sup>20</sup>.

En otra oportunidad, la CCI rechazó un procedimiento que preveía la designación de un *umpire* cuya decisión sería obligatoria y final en caso de desacuerdo entre los dos árbitros nombrados por las partes. En este último caso, la CCI consideró que la regla adoptada por las partes era inconsistente con el artículo 19º de las Reglas CCI, que prevé que las decisiones deben ser adoptadas por mayoría y que el laudo es dictado por el Presidente del Tribunal únicamente en caso de no existir mayoría<sup>21</sup>.

En general, la CCI ha entendido que la confirmación de los árbitros, la determinación de sus honorarios y la revisión de los laudos constituyen características especiales e irrenunciables de las reglas CCI<sup>22</sup>.

El *International Centre for Dispute Resolution (ICDR)* de la *American Arbitration Association (AAA)* se ha igualmente negado recientemente a administrar arbitrajes bajo otras reglas y, en particular, bajo las Reglas de la CCI<sup>23</sup>. La AAA mantiene el criterio que cuando

<sup>18</sup> Reglas CCI 1998. Disponibles en <<http://www.iccwbo.org>>.

<sup>19</sup> DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2da. Edición. Kluwer Law International, 2005, pp. 17-18. Ver también CRAIG, Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Commercial Arbitration*. 3a. Edición, 2000, p. 715. Mientras que ciertos artículos de las Reglas de la CCI podrían ser modificados, la mayor parte de las Reglas no permiten modificaciones.

<sup>20</sup> *Samsung Electronics Co. Ltd. c. Michael Jaffe*. Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de Référé, 22 de enero de 2010. Disponible en <<http://arbitration.fr/>>.

<sup>21</sup> *Sumitomo Heavy Industries Ltd. c. Oil and Natural Gas Commission*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 45, pp. 51-52.

<sup>22</sup> TAKLA, Youssef. "Non-ICC Arbitration Clauses and Clauses Derogating from the ICC Rules". En: *ICC Bulletin*, December 1996, Vol. 7, número 2, p. 9. Ver también FRY, Jason y MORRISON, James. "International Arbitration in South and East Asia – Opportunities, Challenges and the ICC Experience". En: *The Asia-Pacific Arbitration Review 2009 - A Global Arbitration Review special report*, p. 1.

<sup>23</sup> MASON, Paul E. *Whether Arbitration Rules Should be Applied by the Issuing Arbitral Institution*. LexisNexis: LEXSEE 2008 Emerging Issues 1149, p. 2.

las partes optan por la aplicación de las reglas de arbitraje de esa institución, éstas *deben* ser aplicadas en conjunto con los servicios administrativos del ICDR. Una leyenda en los siguientes términos puede encontrarse en la publicación de las Reglas de la AAA:

“Los Reglamentos deben usarse en conjunto con los servicios administrativos del CIRDA/AAA. Cualquier uso o modificación no autorizado de estos Reglamentos podría violar la legislación sobre copyright y otras leyes”<sup>24</sup>.

Las reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) prevén asimismo como regla general que en caso de que las partes hayan acordado someter las disputas a arbitraje ante la LCIA, se entenderá que el procedimiento arbitral se regirá por dichas reglas<sup>25</sup>.

Finalmente, las reglas del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) parecen adoptar un enfoque similar al establecer que las mismas resultarán aplicables cuando el acuerdo arbitral disponga la administración del arbitraje por parte del HKIAC<sup>26</sup>.

Parece lógico sostener como regla general que en el caso de que la cláusula compromisoria prevea la aplicación de reglas institucionales,

pero no prevea ninguna institución, la institución competente para administrar el arbitraje sea aquella que ha emitido las reglas. En los casos en los cuales se prevé expresamente la intervención de una institución distinta, sin embargo, la institución llamada a aplicar reglas pertenecientes a otra institución deberá decidir si admite o no el arbitraje de acuerdo a su política institucional. Como se puede inferir del análisis precedente, las instituciones no tienen una posición uniforme respecto de la cuestión y, por lo tanto, las posibilidades de éxito de una parte que quiera hacer valer una cláusula mixta dependerán de la institución y las reglas escogidas por las partes. Lo que resulta claro es que la elección de ciertas instituciones en conjunto con reglas ajenas a dichas instituciones puede derivar en una inoperabilidad *ab initio* de la cláusula compromisoria. Por supuesto, en el caso de rechazo por parte de la institución, las partes conservan el derecho de acudir a la jurisdicción competente para determinar el alcance de la cláusula arbitral<sup>27</sup>.

## 2.4. La competencia del tribunal arbitral bajo las cláusulas mixtas

La segunda instancia en la que la cláusula mixta será examinada es cuando

<sup>24</sup> American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution, “Procedimientos para la resolución de disputas internacionales”. Disponible en: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=34518>>.

<sup>25</sup> Reglas de Arbitraje de la LCIA, primer párrafo. Disponibles en: <<http://www.lcia-arbitration.com>>. La LCIA, sin embargo, administra casos bajo las reglas CNUDMI.

<sup>26</sup> Reglas de Arbitraje del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC), artículo 1.1. Disponibles en <<http://www.hkiac.org>>.

<sup>27</sup> MIREZE, Philippe. “Les pouvoirs de l’arbitre et de la Cour d’arbitrage de la CCI relatifs a leur compétence”. En: *Revue de l’Arbitrage*, Vol. 2006. Número 3, p. 600.

el árbitro o el tribunal arbitral decidan sobre su competencia para resolver la disputa. Más allá de las razones que pudieran haber motivado a la institución a aceptar la administración de la disputa, será en última instancia el tribunal arbitral el que decida sobre su competencia para decidir el caso bajo los términos específicos de la cláusula compromisoria.

Tres cuestiones centrales se le plantean al tribunal arbitral al momento de analizar su competencia. Primero, éste deberá determinar cuál fue exactamente la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria. Segundo, el tribunal deberá establecer si la voluntad de las partes constituye un acuerdo viable y aplicable en la práctica. Finalmente, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta que su decisión será examinada ulteriormente a la luz de la legislación local, en una acción de nulidad, y del artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, al momento de la ejecución del laudo. Esto último podría justificar una actitud prudente de la parte del tribunal arbitral respecto de la posibilidad de abrir las puertas a un arbitraje que cuenta con probabilidades de ser anulado o desconocido al momento de su ejecución.

Es importante recordar que al interpretar la cláusula compromisoria, el

árbitro estará limitado por lo expresado por las partes en el acuerdo arbitral y no estaría autorizado a reformar el acuerdo arbitral<sup>28</sup>, salvo que la ley local lo autorice expresamente, bajo pena de una eventual nulidad del laudo arbitral.

Si bien no son muchos los casos reportados en los cuales tribunales arbitrales han debido decidir sobre su competencia a la luz de cláusulas mixtas, existen algunas decisiones que resultan ilustrativas de la problemática que nos ocupa.

En un caso resuelto en abril de 2000 por un tribunal arbitral en Budapest en el que las partes habían acordado someter cualquier disputa derivada del contrato a la Corte de Arbitraje de Budapest según el Reglamento de la CCI, el tribunal arbitral se declaró competente para resolver la disputa (en adelante, nos referiremos a este caso como el caso Budapest)<sup>29</sup>. En su decisión, el tribunal analizó la viabilidad de la cláusula compromisoria tal como había sido redactada por las partes y la eventual utilidad de declararla nula. En su análisis, el tribunal observó que los principios procedimentales de ambas instituciones, la Corte de Arbitraje de Budapest y la CCI, eran similares y que la voluntad de las partes de tener un arbitraje de la Corte de Budapest administrado bajo las Reglas

<sup>28</sup> Esta posibilidad dependerá de la ley aplicable en cada caso. La ley inglesa, por ejemplo, permite la rectificación de un contrato, aunque esta facultad ha sido entendida como de aplicación excepcional. *Chitty on Contracts, The Common Law Library, Vol. 1, General Principles*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 422. Las reglas de la LCIA reconocen esta facultad al tribunal arbitral siempre y cuando: (i) el tribunal arbitral haya identificado un error común a ambas partes y (ii) la ley aplicable permita la rectificación del acuerdo entre las partes. Reglas de la LCIA, artículo 22.1(g).

<sup>29</sup> Caso CCI N° VB/99130, Sociedad X c. Sociedad Y. Budapest, 18 de abril de 2000. Extractos publicados en: *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 2002, número 4, pp. 1019 *et seq.*

CCI, si bien parecía complicada –pero no imposible de poner en práctica–, debía ser respetada por el tribunal. El tribunal indicó que, en la especie, los actos que debían ser adoptados por la institución ya habían sido adoptados y que le competía al tribunal en adelante aplicar el Reglamento CCI. El tribunal no analizó, sin embargo, cómo se resolverían cuestiones en las cuales el Reglamento CCI requiere la intervención de la Corte de la CCI, como por ejemplo en la revisión del laudo arbitral.

En otro caso reciente ante la LCIA<sup>30</sup> en el que las partes habían acordado en la cláusula compromisoria someter toda disputa que pudiera surgir del contrato a arbitraje “en Londres, Inglaterra, en la Corte de Arbitraje de Londres, bajo reglas y reglamentos de la CCI”, aclarando que “el laudo de la CCI será final y obligatorio para ambas partes”, el criterio aplicado por el tribunal arbitral fue diferente. En este caso, la parte demandante presentó su demanda ante la LCIA, ésta la admitió y nombró a un árbitro único encargado de resolver la disputa. Al observar las referencias tanto a la LCIA como al reglamento de la CCI, el árbitro único invitó a las partes a que alcanzaran un acuerdo unificando la institución y las reglas aplicables. Ante la falta de acuerdo de las partes, el árbitro decidió su jurisdicción sobre la base de la cláusula compromisoria originariamente acordada por las partes.

En su decisión, el árbitro único, aclarando que debía interpretar la cláusula compromisoria de una manera sensible y eficaz, concluyó que dos interpretaciones de la cláusula eran posibles: (i) la referencia

a “en la Corte de Arbitraje de Londres” respondía a un lugar físico y por lo tanto el arbitraje era un arbitraje CCI con audiencias a celebrarse en Londres en la sede de la Corte de Arbitraje; o (ii) el arbitraje era un arbitraje administrado por la LCIA pero con aplicación de las reglas CCI. En el primer caso, el árbitro designado por la LCIA, carecía de competencia para decidir el arbitraje CCI, pero las partes podían salvar la cláusula compromisoria sometiendo la disputa nuevamente a dicha institución. En el segundo caso, el árbitro único entendió que existía “un problema fundamental cuando una institución debía aplicar reglas de otra institución” dado que cada institución se encuentra en una posición única para aplicar sus propias reglas.

El árbitro señaló además que en el caso de la LCIA y de la CCI, dichas instituciones tenían órganos específicos a los cuales el árbitro debía referir en distintas etapas del procedimiento (nominación de árbitros, aprobación del acta de misión, escrutinio del laudo, etc.). Bajo estas circunstancias, en opinión del árbitro único, las reglas institucionales no podían ser aplicadas *in toto* por otra institución.

El árbitro indicó, asimismo, que el dictado de un “laudo de la CCI” previsto por las partes en la cláusula compromisoria era imposible si la CCI no podía ejercer su función de escrutinio. Por dichas razones, el árbitro único decidió que no tenía el poder de aplicar las Reglas CCI en el contexto de un arbitraje LCIA y rechazó su competencia para decidir la

<sup>30</sup> Este caso no ha sido publicado.

disputa. En su decisión, el árbitro único hizo referencia expresa a la sentencia arbitral del caso *Budapest* mencionada más arriba, manifestando su desacuerdo con tal decisión. En el caso específico, el árbitro notó que en el caso bajo análisis, a diferencia del caso *Budapest*, las partes habían expresado su voluntad de tener un laudo CCI, lo cual era imposible sin aplicación de las Reglas CCI y la intervención de la Corte CCI.

Cabe notar que en este caso, si bien el árbitro único rechazó su jurisdicción, en su decisión proveyó a las partes una guía para “rescatar” la cláusula compromisoria a través del sometimiento de la disputa a la CCI.

Los resultados opuestos de estas dos decisiones a pesar de la similitud –aunque no identidad– de los presupuestos fácticos no hacen más que confirmar la dificultad y la incertidumbre en la que pueden verse involucradas las partes que intentan hacer valer una cláusula mixta. La actitud conservadora de los árbitros en casos donde se intenta aplicar las Reglas CCI sin la intervención de la institución, tiene el mérito de otorgar a las partes la oportunidad, en una etapa relativamente temprana del procedimiento, de iniciar un nuevo arbitraje bajo la institución correcta, evitando el riesgo de una posible anulación u objeción en la etapa de ejecución del laudo. Si la jurisdicción es retenida, existe el riesgo de que la parte ganadora se vea enfrentada a nuevas objeciones en la vía judicial una vez emitido el laudo.

## 2.5. La validez de la cláusula compromisoria mixta frente al juez nacional

Las cortes nacionales también pueden ser llamadas a decidir acerca de la validez de cláusulas arbitrales defectuosas o contradictorias. La intervención de las cortes nacionales en este tipo de causas podrá darse con anterioridad a la emisión del laudo por parte del tribunal arbitral (incluso con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral) si una de las partes busca clarificar la voluntad de las partes contenida en la cláusula compromisoria o intenta oponerse a la continuidad del proceso arbitral<sup>31</sup>. El juez nacional también podrá ser llamado a intervenir una vez que el tribunal arbitral ha emitido un laudo sobre el fondo del litigio, si una de las partes busca la nulidad del laudo arbitral o se opone al reconocimiento del mismo.

### (a) Decisiones de las cortes nacionales con anterioridad a la emisión del laudo arbitral

Un cláusula patológica mixta dará la oportunidad a una parte demandada recalcitrante de oponerse al proceso arbitral argumentando que la cláusula es, por ejemplo, nula, ineficaz o inaplicable dada la incompatibilidad de las reglas y la institución designadas por las partes.

El juez nacional, en este caso, deberá analizar la cláusula compromisoria a la luz de la legislación local o, si fuera aplicable, a la luz de Convención de Nueva York. Cabe recordar que la Convención de

<sup>31</sup> DAVIS, Benjamin G. “*Pathological Clauses: Frédéric Eisemann’s Still Vital Criteria*”. En: *Arbitration International*, Vol. 7. Número 4, 1991, pp. 382-383.

Nueva York incluye en su artículo II(3) excepciones a la obligación de los jueces de los estados contratantes de reconocer las cláusulas compromisorias, si la cláusula fuera nula, ineficaz o inaplicable. Si el juez nacional considerara que una de estas excepciones aplica al caso en cuestión, la parte demandante perderá la oportunidad de dirimir su disputa en un arbitraje<sup>32</sup>.

Si bien existen ejemplos en los que los jueces nacionales han rechazado el arbitraje con base en la excepción de inaplicabilidad de la cláusula compromisoria, las excepciones de nulidad o ineficacia parecen haber sido aplicadas con mayor frecuencia<sup>33</sup>. En el caso en particular de las cláusulas mixtas, sin embargo, los jueces nacionales parecen focalizarse mayormente en la voluntad de las partes de remitir la disputa al arbitraje y priorizar la implementación de la cláusula en la práctica. Esta es la posición, por ejemplo, adoptada por la Corte de Casación francesa, la que ha confirmado recientemente su posición favorable al arbitraje, incluso en casos de cláusulas como la que analizamos aquí.

En una reciente decisión del *Tribunal de Grande Instance* de París, éste se pronunció sobre la validez de una cláusula compromisoria que preveía el sometimien-

to de todas las disputas entre las partes ante la CCI de París y bajo las Reglas de la CCI, a excepción de las reglas relativas a la confirmación de los árbitros y al escrutinio de los laudos por parte de la Corte de la CCI<sup>34</sup>. Ante la decisión de la CCI de no aceptar administrar el arbitraje bajo las condiciones establecidas por las partes, la demandante solicitó al juez francés que declarara que la cláusula compromisoria no podía ser aplicada tal como había sido redactada por las partes y que intimara a las partes a constituir el tribunal arbitral dentro de un plazo determinado. Supletoriamente, la demandante solicitó al juez francés que dispusiera la constitución del tribunal arbitral. La parte demandada, por su parte, sostuvo que el juez debía declararse incompetente, que la cláusula compromisoria establecía que en caso de desacuerdo entre las partes en cuanto a la designación del presidente del tribunal éste sería designado por la Corte de la CCI, y que el rechazo por parte de la CCI de administrar el arbitraje no modificaba el acuerdo de las partes respecto de la competencia de la CCI. El juez francés remarcó que la voluntad de las partes de someter todas sus disputas al arbitraje surgía claramente de la lectura de la cláusula compromisoria y decidió que, si bien el rechazo de la CCI a administrar el arbitraje

<sup>32</sup> El artículo II(3) de la Convención de Nueva York dispone lo siguiente: "El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

<sup>33</sup> KRÖLL, Stefan. "The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention". EN: GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico (eds.). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*. Cameron May, 2008, pp. 331-332.

<sup>34</sup> *Samsung Electronics Co. Ltd. c. Michael Jaffe*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de Référé, 22 de enero de 2010. Disponible en: <<http://arbitration.fr/>>.



constituye una dificultad que justifica el sometimiento de la demanda ante el juez francés, la cláusula compromisoria no era ni manifiestamente nula ni totalmente inaplicable. En consecuencia, el *Tribunal de Grande Instance* invitó a los dos árbitros que las partes ya habían designado a que nombraran al presidente del tribunal arbitral dentro del término de 30 días y recordó que, en caso de desacuerdo, las partes debían acudir a la Corte de la CCI para que actuara como autoridad nominadora.

Esta decisión es un claro ejemplo de cómo los jueces nacionales pueden suministrar apoyo a las partes en un arbitraje en el caso en el que la institución se niegue a administrar un arbitraje bajo reglas diferentes a las de dicha institución y así "rescatar" la cláusula compromisoria patológica. Este caso demuestra también que las decisiones judiciales pueden diferir de las decisiones de las instituciones o de los tribunales arbitrales respecto de la viabilidad de las cláusulas mixtas. De hecho, uno podría preguntarse qué hubiera pasado si la cláusula que fue objeto del laudo dictado por el árbitro único comentado anteriormente en la sección 2.4 más arriba<sup>35</sup> hubiera sido sometida, por ejemplo, a la Corte de Casación de París. En ese caso, entendemos que el tribunal arbitral, liberado ya de la espada

de Damocles que pesaría sobre él al comienzo del proceso arbitral, podría decidir que tiene jurisdicción para decidir el caso en virtud de una decisión de una corte nacional que reenvíe las partes al proceso arbitral<sup>36</sup>.

La *High Court* inglesa parece haber adoptado una posición similar en el caso *Sumitomo Heavy Industries Ltd. c. Oil and Natural Gas Commission*<sup>37</sup>. En este caso, como ya se explicó, las partes habían previsto la aplicación de las Reglas CCI pero habían diseñado un sistema especial de designación de árbitros según el cual cada parte designaría un árbitro y éstos últimos designarían a un *umpire* cuya decisión sería obligatoria y final entre las partes en caso de desacuerdo entre los dos árbitros designados por las partes. La CCI había rechazado la administración del arbitraje en esas condiciones, por considerarla incompatible con sus propias reglas<sup>38</sup>. La demandada sostuvo que la referencia al arbitraje se encontraba frustrada debido al rechazo de la CCI a administrar el arbitraje<sup>39</sup>. La *High Court* rechazó, sin embargo, el argumento de la demandada y sostuvo que resultaba claro que el objetivo principal del acuerdo arbitral (y cualquier referencia hecha de buena fe con base en el mismo) era que cualquier disputa entre las partes sería resuelta mediante arbitraje y no mediante procesos judiciales. Sostuvo

<sup>35</sup> Ver p.10.

<sup>36</sup> Ver DAVIS, Benjamin G. "Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria". En: *Arbitration International*, Vol. 7, número 4, 1991, pp. 377-378.

<sup>37</sup> *Sumitomo Heavy Industries Ltd. c. Oil and Natural Gas Commission*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 45.

<sup>38</sup> Ver Sección 2.3 más arriba.

<sup>39</sup> *Sumitomo Heavy Industries Ltd. c. Oil and Natural Gas Commission*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 45, p. 61.

además la corte que si el contrato previó la aplicación de los procedimientos de la CCI, los mismos debían ser considerados subsidiarios al objeto principal del contrato. Para la *High Court*, la falta de examen del laudo por parte de la CCI no constituía un hecho susceptible de frustrar el objeto de la cláusula compromisoria. Finalmente, la *High Court* sostuvo que no había ninguna razón para sostener que el tribunal arbitral debía rechazar un pedido de las partes de aplicar las reglas de procedimiento establecidas en las Reglas CCI, ni la elaboración de un Acta de Misión, sin intervención de la CCI, si las partes así lo solicitaban<sup>40</sup>.

En base a los antecedentes citados, podemos decir que, cuando hay una voluntad clara en la cláusula compromisoria de someter la disputa al arbitraje, las cortes nacionales han interpretado las mismas de modo tal de posibilitar la remisión de las disputas al foro arbitral e intentar encontrar una salida práctica a la eventual dificultad de aplicar las reglas elegidas por las partes, incluso ante el rechazo expreso de las instituciones arbitrales.

## (b) Decisiones de las cortes nacionales con posterioridad a la emisión del laudo arbitral

Las partes en un arbitraje basado en una cláusula mixta que haya sido aceptada exitosamente por la institución y el tribunal arbitral, pueden también acudir a las cortes locales luego de que el tribunal arbitral haya dictado el laudo a fin de solicitar la nulidad del mismo u objetar su ejecución, por ejemplo, por no haberse respetado la voluntad de las partes tal como fue manifestada en el convenio arbitral.

En el primer supuesto, la corte nacional aplicará las normas locales relativas a la anulación de laudos arbitrales, las cuales varían de país en país<sup>41</sup>. En el segundo supuesto, las cortes aplicarán las convenciones internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales aplicables, como la Convención de Nueva York o Panamá, o de no ser aplicable ninguna convención internacional, la ley que regule la ejecución de laudos extranjeros del país de ejecución.

<sup>40</sup> *Ibid.* El enfoque adoptado por la *High Court* a este respecto es consistente con la interpretación restrictiva evocada por EISEMANN, quien sostuvo que este tipo de cláusulas podrían ser interpretadas en el sentido de considerar que la referencia a las Reglas CCI concierne únicamente las reglas relativas a la actividad del tribunal arbitral, excluyendo toda regla que implique la intervención de la Corte de la CCI. EISEMANN, Frédéric. "La clause d'arbitrage pathologique". En: *Commercial Arbitration, Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin: UT-ET, 1974, p. 140.

<sup>41</sup> De acuerdo al artículo 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la CNUDMI, la corte competente para decidir sobre la anulación de un laudo sólo podrá rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo en los siguientes casos: (a) si el acuerdo de arbitraje es inválido de acuerdo a la ley aplicable al mismo, (b) si la parte contra la cual se invoca el laudo no fue debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o del procedimiento arbitral, (c) si el laudo comprende cuestiones no previstas en el acuerdo arbitral, (d) si el procedimiento seguido por el tribunal arbitral no corresponde con el procedimiento elegido por las partes (o, en su defecto, con el procedimiento establecido en la ley de arbitraje aplicable), (e) si el laudo no es ejecutable, o (f) por razones de orden público del Estado en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo.

Por lo tanto, la sobrevivencia o ejecución de un laudo arbitral dictado sobre la base de una cláusula compromisoria mixta dependerá en gran medida de la normativa específica y los criterios de interpretación aplicados por las cortes locales.

A modo de ilustración de los criterios aplicados por las cortes locales en estos supuestos cabe mencionar el caso *Insigma c. Alstom* analizado en la sección 2.3 más arriba. En dicho caso, luego de que el SIAC y el tribunal arbitral habían interpretado que el arbitraje podía realizarse bajo la administración de la SIAC con aplicación de las Reglas CCI, la parte vencida solicitó la anulación del laudo sobre jurisdicción ante las cortes nacionales de Singapur. La parte vencida alegaba que la intención de las partes manifestada en la cláusula compromisoria había sido resolver las disputas mediante un arbitraje administrado bajo las reglas CCI y que la no intervención de la CCI en el proceso arbitral había resultado en un laudo que no podía considerarse de la calidad de los laudos CCI y que la decisión del tribunal arbitral de reemplazar a los órganos de la CCI por aquellos del SIAC había tenido el efecto de "reescribir" el convenio arbitral entre las partes<sup>42</sup>. Sin embargo, la corte de Singapur rechazó los argumentos de la demandante por considerar que: (i) las partes habían acordado un arbitraje híbrido

*ad hoc*, administrado por el SIAC bajo las Reglas CCI<sup>43</sup>; (ii) en principio, no había problema en que las partes acordaran que una institución arbitral administrara un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de otra institución; y (iii) la sustitución de órganos de la CCI por los órganos equivalentes del SIAC tal como lo había decidido el tribunal arbitral se encontraba dentro de los límites de flexibilidad permitidos por las Reglas CCI, las cuales respetaban la autonomía de las partes. La corte señaló, asimismo, que la autonomía de la voluntad de las partes debía prevalecer ante los intereses particulares de las instituciones arbitrales<sup>44</sup>. Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Corte de Apelaciones. En su decisión, la Corte de Apelaciones afirmó que la cláusula compromisoria debía ser interpretada a la luz del principio de efectividad y no de manera restrictiva<sup>45</sup>.

Si bien no existen muchos precedentes sobre este punto, es de esperar que, al igual que la corte de Singapur, las cortes nacionales salvaguarden la integridad del laudo arbitral en aquellos casos en que la voluntad de las partes de acudir al arbitraje es clara y el único argumento de la parte vencida sea la potencial incompatibilidad de la aplicación de las reglas arbitrales por otra institución.

<sup>42</sup> *Insigma Technology Co. Ltd. c. Alstom Technology Ltd.*, [2009] SGCA 24, párrafo 23(b).

<sup>43</sup> La interpretación de la corte de la naturaleza *ad hoc* del arbitraje en el presente caso es discutible ya que en principio un arbitraje *ad hoc* es aquel no conducido bajo los auspicios o la supervisión de una institución. BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. 2da. Edición. Kluwer Law International, 2006, p. 58.

<sup>44</sup> *Insigma Technology Co. Ltd. c. Alstom Technology Ltd.*, [2009] SGCA 24, párrafo 26.

<sup>45</sup> *Idem*, párrafo 35. Cabe recordar que en este caso la parte vencida había inicialmente rechazado la procedencia del arbitraje CCI y había alegado que la SIAC debía administrar el caso, lo cual puede haber influido de alguna manera la decisión de las cortes nacionales.

### 3. CONCLUSIÓN

Si bien el interés de las partes contratantes en adoptar una cláusula compromisoria mixta puede verse justificado por distintas razones, como por ejemplo satisfacer el interés de las partes contratantes de adoptar reglas arbitrales de probada eficacia pero bajo la administración de una institución cuyos costos administrativos son menores, o complacer a ambas partes en una negociación difícil de la cláusula compromisoria, es preciso notar que este tipo de cláusulas pueden resultar en un costo muy importante para las partes y conducir a interminables procesos judiciales o arbitrales, impidiendo a las partes obtener una solución sobre el fondo de la disputa por un largo tiempo.

Del análisis de las decisiones disponibles sobre esta cuestión, puede deducirse que no existe hoy una interpretación uniforme o consistente por parte de las instituciones y tribunales arbitrales sobre la cuestión. Si bien las cortes nacionales llamadas a pronunciarse sobre la operatividad de las cláusulas mixtas o sobre la validez o ejecución de laudos emitidos sobre la base de este tipo de cláusulas parecen aplicar criterios flexibles y dar prioridad a la voluntad de las partes de someter la disputa al arbitraje, no existen garantías de que todas las

cortes adoptarán la misma posición. Por lo tanto, las partes sujetas a los términos de una cláusula mixta quedan expuestas a un alto grado de incertidumbre respecto de la aplicación efectiva de la cláusula compromisoria.

Probablemente a fin de disuadir a las partes de utilizar su creatividad en la redacción de cláusulas arbitrales y así evitar en el futuro, entre otras patologías, las cláusulas compromisorias mixtas, el borrador de las Pautas de la *International Bar Association* para la Redacción de Cláusulas Arbitrales recientemente publicadas y sometidas a los comentarios de la comunidad arbitral, establecen que cuando las partes han optado por un arbitraje institucional, las reglas arbitrales coincidirán con aquellas de la institución. Asimismo, las pautas propuestas recomiendan no modificar las reglas arbitrales institucionales a través de la inclusión de disposiciones adicionales en la cláusula compromisoria<sup>46</sup>. Puede esperarse que la utilización de estas pautas, una vez aprobadas, disminuirán los casos de cláusulas patológicas mixtas.

Una visión menos idealista de la cuestión sugiere, sin embargo, que los árbitros y las cortes nacionales continuarán viéndose confrontados a la interpretación de cláusulas compromisorias mixtas por un largo tiempo<sup>47</sup>. Ante esta situación,

<sup>46</sup> Borrador, *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, Guideline #2*. Disponibles en <<http://www.ibanet.org>>. Ver también GELINAS, Paul A. "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness". En: VAN DEN BERG, Albert J. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. ICCA Congress Series No. 9, Vol. 47, 1999, pp. 59-60; y BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1, Kluwer Law International, 2008, p. 1123.

<sup>47</sup> Ello debido en gran medida al desconocimiento de las implicancias de tales cláusulas en la eventualidad de un arbitraje por parte de quienes normalmente redactan los contratos.

podemos esperar que los árbitros y las cortes nacionales llamados a resolver sobre estas cláusulas, interpreten las cláusulas de manera tal de dar efectividad a la voluntad de las partes de resolver sus disputas ante un tribunal arbitral y les

permita a las partes transitar el proceso arbitral y obtener un laudo ejecutable, más allá de las eventuales dificultades en la aplicación por ciertas instituciones de reglas procesales pertenecientes a otras instituciones arbitrales.



---

# FRANCIA

---





# HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (\*)

THOMAS CLAY (\*\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. 1804, el error originario. 3. 1972, el error intermedio. 4. 2001, el error final.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Se puede criticar el Código Civil francés, ícono de la codificación que cuenta ya con más de doscientos años? ¿Y es conveniente hacerlo en una publicación Latinoamericana cuando, precisamente, ha tenido una especial influencia en

esta región<sup>1</sup>? ¿Podemos traer a colación alguna de las escasas deficiencias de esta magnífica obra sin arriesgarnos a entrar en la crítica insolente? El objetivo de este ensayo es tratar de justificar la respuesta afirmativa a todas estas preguntas.

Hay que reconocer que son escasos los errores, insuficiencias u otras deficiencias

---

(<sup>1</sup>) Una primera versión de este artículo fue publicada con ocasión del bicentenario del Código Civil francés, en la edición Dalloz, in *"1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir"*, París, 2004, pp. 693-713. El autor quiere agradecer muy sinceramente a su colega y sobretodo amigo Fabricio Mantilla Espinosa, de la Universidad del Rosario en Bogotá, por la cuidadosa revisión de la traducción de este texto que hizo con Yira López, investigadora en la misma Universidad, a quien el autor quiere hacer también unos agradecimientos especiales.

(\*\*) Profesor de la Universidad de Versalles. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

<sup>1</sup> A. WALD. "L'influence du Code civil en Amérique latine". En: *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*. Dalloz, Paris, 2004, pp. 855-870. GUZMÁN BRITO, A. *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*. Medellín: Ed. Díké / Universidad Javeriana, col. Internacional, Medellín, 2009., S. SOLEIL. "El Código Civil de 1804 ¿ha sido concebido como un modelo jurídico para las naciones?". En: TAPIA, M. y MARTINIC, M.D. *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago de Chile: Universidad de Chile / LexisNexis, 2005, pp. 45-67., A. GUZMÁN BRITO. *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*. In PIZARRO WILSON, C. y TAPIA, M. *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de análisis jurídicos II. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005, pp. 27-60, DOMÍNGUEZ AGUILA, R. "La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno". En: PIZARRO WILSON, C. y TAPIA, M. *precitado*, pp. 61 ss., MANTILLA ESPINOSA, F. En: PIZARRO WILSON, C. y TAPIA, M. 81-92, MIROW, M.C. "El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y de Vélez Sársfield". *Revista de derecho privado. Bicentenario del Código Civil francés (1804-2004)*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, pp. 1-21.

de este *opus magnum* que constituye el Código Civil francés. De ahí que resulte aún más interesante detenerse en algunos de ellos. A este título, las disposiciones sobre arbitraje ofrecen un terreno fértil, ya que ellas son no sólo inaceptables en su versión actual, sino que, además, así lo han sido siempre, desde la adopción misma del Código de Napoleón, a pesar de haber sufrido varias modificaciones en distintas oportunidades. No son las únicas susceptibles de crítica, pero, su análisis reviste de especial interés por constituir un claro ejemplo de las insuficiencias que contiene esta codificación y, por lo tanto, de los aspectos que son necesario mejorar. Así, pues, son testimonio vivo de que en toda obra, aún la más completa, existen imperfecciones.

Estas disposiciones se volvieron emblemáticas no sólo por constituir la prueba del error, que se ha repetido varias veces, dentro de una obra exitosa. Tanto la permanencia como la repetición de esos errores son rasgos característicos de las disposiciones sobre arbitraje del Código Civil francés. Esto hace que su estudio revista un especial interés. Exagerando un poco, podríamos afirmar que el desacierto, por no decir el error, es la única constante del Código Civil en lo que respecta al arbitraje. Vistas desde otra perspectiva, estas disposiciones son prueba de las carencias del legislador –que en este caso

fue el codificador–, carencias que se han manifestado en todas las épocas. Esto lo podemos constatar desde su origen en 1804 y, luego, en 1972 con ocasión de la redacción de los artículos 2059° al 2061°, e, incluso, en 2001 cuando se redactó de nuevo el artículo 2061°. En cada oportunidad, el codificador se ha equivocado. Y lo más importante es que en cada oportunidad se ha equivocado de forma diferente: las tres épocas corresponden a tres tipos de errores diferentes, los cuales, antes que anularse entre sí, se han acumulado. He ahí la paradoja. Dentro de esta perspectiva, parece viable abordarlos sucesivamente, examinando en principio, el error originario de 1804 (I), luego, el error intermedio de 1972 (II) y, para terminar, el error final de 2001 (III), de forma paralela, se esbozarán algunas sugerencias para enmendar los yerros.

## 2. 1804, EL ERROR ORIGINARIO

Tres disposiciones del Código de Napoleón hacen referencia al “*arbitrage*”: los artículos 1644°, 1592° y 2123°. Las dos primeras disposiciones conciernen al contrato de compraventa<sup>2</sup>, mientras que la tercera se refiere a la hipoteca judicial<sup>3</sup>. Las tres disposiciones están todavía vigentes, pero sólo las dos primeras conservan la redacción original; la tercera fue modificada en 1955, sin que ello haya

<sup>2</sup> Artículo 1592°: “Podrá sin embargo ser dejado [el precio] al arbitrio [en francés, “*arbitrage*”] de un tercero; si el tercero no quisiera o no pudiera hacer la evaluación, no habrá venta”. Artículo 1644: “En los casos de los artículos 1641° y 1643°, el comprador podrá elegir entre devolver la cosa y que le sea restituido el precio, o guardar la cosa y que se le restituya una parte del precio, al arbitrio [en francés, “*arbitrage*”] de peritos”.

<sup>3</sup> Artículo 2123°, inciso 3: “Las decisiones arbitrales no dan lugar a la constitución de la hipoteca, a menos que sean acompañadas de un mandamiento judicial de ejecución”.

tenido incidencia en el tema que nos incumben<sup>4</sup>.

De entrada, podría parecer que no hay un común denominador entre estas diversas apariciones de la palabra “*arbitrage*”. En los dos primeros artículos se emplea el vocablo francés “*arbitrage*” en el sentido de “evaluación”<sup>5</sup>, mientras que en el tercero, se hace referencia a un laudo arbitral, es decir, a una decisión jurisdiccional. Sin embargo, ¿quién podría asegurar que el experto, tanto en el artículo 1592° como en el artículo 1644°, no es requerido a título de árbitro?

Es precisamente esta la ambigüedad, la causa del problema<sup>6</sup>. Sabemos que la polisemia es frecuente en el lenguaje jurídico, como en el francés y el español en general, y no es reprochable en sí misma, puesto que constituye una “característica

esencial” del léxico jurídico<sup>7</sup>. En realidad, como bien lo ha demostrado el Decano Cornu, no es la polisemia en sí lo que resulta perjudicial, sino la utilización anfibológica de un término polisémico<sup>8</sup>. En otros términos, a partir del momento en que no estamos seguros del sentido en que es empleado el vocablo polisémico, debe eliminarse la ambigüedad.

La palabra francesa “*arbitrage*” es sin duda uno de esos casos. Sus dos acepciones no corresponden a una polisemia coherente: no designan una misma realidad (por ejemplo: “interpretación” alude, a la vez, a la actividad interpretativa y al resultado de esa actividad<sup>9</sup>), tampoco se complementan (por ejemplo: “contrato” significa a la vez la institución jurídica y el documento en donde consta un ejemplar de institución<sup>10</sup>), ni son paralelas (por ejemplo: “fuerza” que puede ser “probatoria” o “mayor”),

<sup>4</sup> Artículo 2123°, inciso 2: “Es [la hipoteca judicial] asimismo consecuencia de las decisiones arbitrales acompañadas de mandamiento judicial de ejecución y de las decisiones judiciales pronunciadas en países extranjeros y declaradas ejecutorias por un tribunal francés”.

<sup>5</sup> DAVID, R. “Arbitrage du XIXe et arbitrage XXe siècle”, in *Mélanges René Savatier*. Dalloz, 1965, p. 219 ; DAVID, R. “L’arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats”. En: *Mélanges Gabriel Marty*. Préface de Jacques Maury. Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 383 ; DAVID, R. “La technique de l’arbitrage comme procédé de révision des contrats”, rapport général au 10e congrès international de droit comparé, 2-27 août 1978. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, p. 269.

<sup>6</sup> “Los lenguajes naturales contienen expresiones *ambiguas*. Esto quiere decir que una misma palabra, en tanto fonema o grafismo, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos. Quiere decir también que junto a los usos centrales de un vocablo hay extensiones metafóricas y figurativas”. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 136.

<sup>7</sup> CORNU, G. *Linguistique juridique*. Montchrestien, coll. Domat-Droit privé, 2e éd, 2000, especialmente N° 20, p. 99, Véase también: MENDONCA, D. *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*. Bogotá: Universidad el Rosario, 2009, pp. 45-56., BENTHAM, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Trad. Cristina Pabón. Madrid: Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004. y G. CARRIÓ. Precitado, pp. 17-36.

<sup>8</sup> CORNU, G., precitado, N° 20, p. 98.

<sup>9</sup> MENDONCA, precitado, p. 36.

<sup>10</sup> NAKHNIKIAN G. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, pp. 40-43.

ni se subsumen (por ejemplo: “contrato”, especie de convención y, a veces, es su sinónimo<sup>11</sup>). Se trata entonces de aquello que el Decano Cornu denomina una “polisemia desorganizada”<sup>12</sup>, es decir, que no distingue correctamente las fronteras semánticas entre las diversas acepciones de un mismo término. El ingenio no es suficiente para superar el equívoco. De ahí el riesgo de malos entendidos que recaen sobre el régimen jurídico de los conceptos en cuestión, los cuales terminan por ser confundidos, a tal punto que algunos continúan pretendiendo que, en el caso que nos ocupa, la palabra “árbitro” designa un único concepto<sup>13</sup> –aun cuando las dos acepciones son irreductiblemente diferentes<sup>14</sup>.

Aunque esta polisemia de la palabra “arbitrage” en el Código Civil francés no tiene justificación, sí tiene una explicación sencilla. Como toda polisemia, su origen es histórico. Hoy en día sabemos que el arbitraje se remonta a la noche de los tiempos. Encontramos sus rastros no sólo en el *Ancien droit*<sup>15</sup>, sino también en el

derecho romano, desde el Alto Imperio, e incluso antes; en el derecho ateniense, en la Arabia pre islámica, e incluso en las civilizaciones Asiria e Hitita<sup>16</sup>. En Roma, desde la Ley de las XII Tablas, en el año 450 antes de J.C., un único término “*arbiter*” designaba a la vez la persona que resolvía los litigios y aquella que se limitaba a realizar una evaluación por cuenta de las partes<sup>17</sup>. Este único término para referirse a funciones tan disímiles daba origen a múltiples confusiones; la misión de evaluador se fue separando progresivamente y aquél que la ejercía fue asumiendo el nombre de *arbitrator*, por oposición al de *arbiter* que zanjaba litigios. La cristalización de esta emancipación se la debemos a Catón, en el siglo II antes de nuestra era, en particular en sus *leges Catonianae*.

Posteriormente, la distinción entre el *arbiter* y el *arbitrator* se fue difuminando, debido a que la misión del segundo era cada vez menos conocida. Ésta sólo aparece por casualidad en el *Digesto* de

<sup>11</sup> “Esta distinción entre el contrato y la convención no presenta ningún interés ni teórico ni práctico: esto explica que el legislador se haya apresurado a olvidarla en la primera ocasión”. G. Baudry-Lacantinerie: *Traité théorique et pratique de droit civil*. T. III. Recueil Sirey, p. 6.

<sup>12</sup> *Ibid.*, especialmente N° 21, p. 104.

<sup>13</sup> KASSIS, A. *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*. T. 1<sup>er</sup>: *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*. LGDJ, 1987; *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Les déviations de l'arbitrage institutionnel*. LGDJ, 1988, especialmente N° 21-23.

<sup>14</sup> JARROSSON, Ch. *La notion d'arbitrage*. Préface de B. Oppetit. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987, especialmente N° 298-345.

<sup>15</sup> “*Ancien droit*. Derecho francés anterior al Derecho Revolucionario, por oposición a este último, al Derecho producto de las codificaciones napoleónicas y al derecho romano”. CORNU, G. *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*. Paris: Ed. PUF, 1996, p. 52.

<sup>16</sup> Sobre la historia del arbitraje, consultar nuestro estudio: *L'arbitre*. Préface de Ph. Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 2, 2001, especialmente N° 1 a 14.

<sup>17</sup> HUMBERT, M. “Arbitrage et jugement à Rome”, *Dr. et cult.*, vol. N° 28, 1994.47 ; B. de Loynes du Fumichon et M. Humbert : “L'arbitrage à Rome”, *Rev. arb.* 2003.285; MAGDELAIN, A. “Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome”, *Rev. intern. dr. antiq.* 1980.205.

Justiniano. Así las cosas, encontramos sólo una sentencia de Pablo invocando el “arbitraje” excesivo del mandatario, que es el único que puede ser revisado<sup>18</sup>. Incluso en el texto del *Digesto* sobre la acción redhibitoria, que corresponde al futuro artículo 1644º del Código Civil, no hay referencia alguna al “arbitraje”<sup>19</sup>.

En el *Ancien droit*, aunque la misión del evaluador sigue existiendo, la referencia al vocablo “*arbitrage*” para designarla ha prácticamente desaparecido<sup>20</sup>. En este orden de ideas, podemos traer a colación la advertencia de Domat quien siempre identificó las ambigüedades mejor que nadie: “no hay que confundir

los árbitros compromisorios, a quienes se hace referencia a éste título, con los terceros a los que se les encarga realizar ciertas evaluaciones”<sup>21</sup>. Ciertamente, esta advertencia no es óbice para que Domat emplee, en algunos casos, el término “*arbitrage*” para evocar a ese tercero evaluador. En sus *Loix civiles* se pueden encontrar varios ejemplos de esto, como, en el caso de la acción redhibitoria<sup>22</sup>, en la evaluación de las partes sociales<sup>23</sup>, e incluso en el derecho común de los contratos<sup>24</sup>. Pero en este último caso, Domat precisa, una vez más, en nota al pie de página, “[que] hay que resaltar la diferencia entre esa clase de árbitros y los árbitros compromisorios”. Por el

<sup>18</sup> “*Si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei*” (Digeste, liv. XVII, titre II, p. 79). Al respecto, véase cf. GAUTIER, P.Y., “De l’arbitrage déraisonnable rendu par l’expert chargé de fixer le prix de vente”, *RTD civ.* 1992.

<sup>19</sup> *Digeste*, liv. XXI, titre Ier “*Redhibitione et quanti minoris*”.

<sup>20</sup> AMANIEU, A. “Arbitrage, arbitrateur et arbitre”. In: R. Naz (sous la dir. de) : *Dictionnaire de droit canonique*. Letouzey et Ané, 1935, tome 1er, col. 862 à 900. Adde Y. Jeanclos: “La pratique de l’arbitrage du XIIe au XVe siècle (éléments d’analyse)”, *Rev. arb.* 1999.417, especialmente p. 438-439.

<sup>21</sup> DOMAT. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689, especialmente Tome Ier, liv. I, tit. XIV, note de bas de page “a”.

<sup>22</sup> DOMAT. “Pero incluso en los casos en que haya un plazo determinado, el vendedor podrá ser ejecutar después de vencido y el juez arbitrará [en francés, “*arbitrera*”] de acuerdo con las circunstancias”. (Tome Ier, Liv. I, tit. II, sec. XI, § 12).

<sup>23</sup> DOMAT. “Los socios pueden resolver ellos mismos las diferencias concernientes a las partes sociales de cada uno de ellos o, si lo prefieren, someterse al arbitraje de terceros. Si se sometieron al arbitraje de terceros, o al de uno de ellos, se hará de cuenta que siempre se sometieron al arbitraje de personas expertas y razonables. Lo resuelto por las personas nombradas no será, sin embargo, aplicable si uno de los socios se opone a ello”. (Tome Ier, Liv. I, Tit. VIII, sec. II, § 11: “*Pactes sur le règlement des portions*”).

<sup>24</sup> DOMAT. “[Para algunos contratos para los cuales se debe determinar un precio o el monto de un alquiler], si los contratantes remiten a lo que será arbitrado [en francés, “*arbitré*”] por un tercero, determinado o no, o, incluso, a lo arbitrado por una de las partes [la frase en francés es “(...) *ou même l’arbitrage de la partie* (...)”] se considerará que se sometieron a lo que decidirán personas probas y conocedoras del asunto. Y no tendrá valor aquello decidido contra este principio, puesto que la intención de quienes se delegan esta suerte de decisiones a otras personas, implica la condición de que lo decidido por éstas sea razonable. Su intención no es obligarse respecto de aquello que pudiera ser decidido [en francés, “*arbitré*”] por fuera de los límites de la razón y la equidad”. (Tome I, tit. I, sec. III, § 11 “*Estimation au dire d’une personne*”). Véase un ejemplo reciente en cf. P.-Y Gautier: precitado.

contrario, cuando DOMAT se refiere a la determinación del precio por un tercero, no emplea el término “*arbitrage*”<sup>25</sup>.

En este aspecto, POTHIER seguirá el ejemplo de DOMAT y evitará el uso del vocablo “*arbitrage*” para hacer referencia tanto al tercero evaluador<sup>26</sup>, como al complemento del precio, en la hipótesis de la acción redhibitoria que será consagrada, luego, en el artículo 1644° del Código Civil francés<sup>27</sup>. Adicionalmente, POTHIER utilizará la palabra “*arbitrage*” sólo para designar al juez judicial<sup>28</sup>.

Parece entonces sorprendente, incluso misterioso, que a pesar de la influencia decisiva que estos dos autores tuvieron en los redactores del Código de Napoleón, la palabra “*arbitrage*” haya vuelto a aparecer en el texto de estas disposiciones.

Resulta aún más sorprendente que un tiempo atrás las cosas parecieran perfectamente claras. Así, en el proyecto de código civil de Cambacérès, tal y como fue presentado el 16 pradiel del año IV, al Consejo de los Quinientos en nombre de la Comisión de Clasificación de las Leyes, toda referencia al arbitraje, en su acepción contractual, hubiera desaparecido. El

artículo 836° del proyecto enunciaba que “(el precio) puede dejarse a la evaluación de un tercero”.

Sobre todo, es importante resaltar desde antes de la Revolución Francesa, el arbitraje en su acepción jurisdiccional prevalecía respecto de la otra acepción<sup>29</sup>. Triunfa incluso en la gran ley de 16 y 24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial que proclama solemnemente en su artículo primero: “El arbitraje es el medio más razonable para poner término a las disputas entre los ciudadanos y, por ende, los legisladores no podrán proferir ninguna disposición que tienda a afectar el estatus o a la eficacia de los acuerdos arbitrales”. Hay que resaltar, de paso, que esto constituye un flagrante abuso de poder: el legislador pretende prohibir al legislador futuro que deshaga lo hecho por él. Determina, para la posteridad, el lugar preponderante que debe ocupar el arbitraje.

Este trato especial que se le dio al arbitraje, sin igual en la historia, se explica por las críticas dirigidas al antiguo sistema judicial que, para entonces, se encontraba ya agonizando. En la tribuna misma de la Asamblea Constituyente, el 24 de marzo de 1790, THOURET expuso minuciosamente

<sup>25</sup> DOMAT, “el precio de la venta es casi siempre cierto y determinado, pero, puede suceder que sea incierto e indeterminado, como en el caso en que se delega a un tercero la determinación del precio o cuando el comprador se compromete a pagar el precio con el dinero que recibirá de un negocio determinado. En estos casos, y en otros similares, el precio sólo será cierto y determinado cuando el tercero lo determine o cuando acaezca el hecho del cual depende”. (Tome Ier, Liv. I, tit. II, sec. V, § 4).

<sup>26</sup> POTHIER, “El precio será determinado [en francés, “*estimé*”] por un tercero” (*Traité de la vente*, 1761, especialmente N° 24).

<sup>27</sup> POTHIER, precitado, especialmente. N° 233.

<sup>28</sup> POTHIER, precitado, especialmente N° 24.

<sup>29</sup> JARROSSON, Ch. “Les frontières de l'arbitrage”, *Rev. arb.* 2001.5, especialmente n° 8-10.

todas sus deficiencias, evocando incluso la “autoridad aristocrática de las corporaciones judiciales”<sup>30</sup>. Con la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, la organización judicial entera se fundamentó en tres pilares distintos: el arbitraje, los jueces de paz y los tribunales de distrito<sup>31</sup>. La Constitución de 24 de junio de 1793 llegaría, incluso, a reafirmar la primacía del arbitraje.

La reglamentación detallada del arbitraje está llamada a ser incluida en el futuro Código de procedimiento civil. Esto se realizará mediante la adopción de la ley del 29 de abril de 1806, promulgada el 9 de mayo siguiente. Ésta integrará el Código de Procedimiento Civil, libro III, y en los artículos 1003° a 1028°, los cuales establecen con detalles el régimen jurídico del arbitraje.

Lejos de ser una institución secreta o ignorada, el arbitraje jurisdiccional es así conocido por todos en 1804, incluso más que hoy en día. El propio Código Civil da fe de esto en su artículo 2123° al conferirle, bajo ciertas condiciones, a los laudos arbitrales fuerza ejecutoria. Esta fue además la primera vez que una regla tal fue consagrada en la ley. Si retomamos los textos que han inspirado este artículo, podemos constatar que todos han tenido el cuidado de atribuir dichos efectos a las sentencias arbitrales. Ni la

Orden de Villers-Cotterêts de 1539 sobre la administración de justicia (artículo 92°), ni la Orden de Moulins de 1566 sobre la reglamentación de la administración de justicia (artículo 53°) ni la costumbre de la Prévoté y del Vizcondado de Paris de 1580 (artículo 107°) previeron en sus disposiciones sobre la fuerza ejecutoria que ésta pudiera atribuirse a un laudo arbitral.

POTHIER fue el primero en expresar esta idea<sup>32</sup>, y el de inspirador de este importante avance legislativo del Código Civil.

¿Cómo explicar entonces que esas mismas codificaciones hayan podido emplear el término “arbitraje” para evocar otra misión, la de evaluador? El contexto histórico y conceptual que acabamos de evocar hace difícil que podamos comprender una confusión tal. La consulta de los trabajos preparatorios no nos proporciona, infortunadamente, una explicación satisfactoria. Sólo podemos constatar que el vocablo “arbitraje” aparece súbitamente en los debates del Consejo Nacional el 30 de marzo del año XII. El proyecto del título IV del Libro III consagrado al contrato de venta enunciado al artículo 11°, “*el precio dejado al arbitrio de un tercero*” y al artículo 63°, “*una parte del precio será arbitrada por un experto*”. Es durante el examen del texto

<sup>30</sup> THOURET. *Discours*, Arch. parl., tome XII, p. 344 et s.

<sup>31</sup> Véase al respecto, cf. J.-J. Clère : “L’arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d’une institution (1790-1806)”, *Rev. arb.* 19801.3.

<sup>32</sup> POTHIER. “Los laudos arbitrales sólo permiten el registro de la hipoteca judicial una vez han sido homologados por el juez, ya que los árbitros, como particulares que son, no pueden proferir un laudo con fuerza de autoridad pública que permita la constitución de la hipoteca, antes de la autorización judicial (*Traité de l’hypothèque*, 1761, especialmente ch. 1er, sec. I, art. 2, p. 187).

por la Sección Legislativa del Tribunalado, con ocasión de la sesión del 21 pluvioso del año XII, que fue decretada la versión definitiva de los futuros artículos 1592 y 1644, Los textos fueron luego adoptados por el Consejo de Estado del 3 ventoso del año XII.

Es importante resaltar que tanto en la presentación del texto por Portalis al cuerpo legislativo el 7 ventoso del año XII<sup>33</sup>, como en la comunicación oficial al Tribunalado, realizada por el tribuno Faure el 8 ventoso del año XII<sup>34</sup>, e, incluso, en el momento del discurso pronunciado por el Tribuno Grenier frente al cuerpo legislativo, el 15 ventoso del año XII<sup>35</sup>, el empleo de la palabra “arbitraje” se hace sin ninguna conciencia de su sentido real, sobre todo por los dos últimos oradores.

En el curso de todas las discusiones sobre las tres futuras disposiciones del Código civil, nadie, en ningún momento, planteó la ambigüedad terminológica. Sin llegar a hablar de una ceguera colectiva, este silencio por parte de tan avisados especialistas, no deja de sorprendernos.

Luego de la entrada en vigor del Código civil, los dos “arbitrajes” continuaron o, mejor dicho, comenzaron de nuevo a coexistir en la confusión. El principal inconveniente no consiste en que existan paralelamente dos terceros investidos de poderes distintos, sino, del hecho de que se haya utilizado un solo y mismo vocablo para designar las dos misiones<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> PORTALIS: “(...) la necesidad de estipular un precio cierto no impide, sin embargo, que sea válido delegar en un tercero su determinación. Pero la venta será nula si el tercero no acepta la misión conferida o muere antes de haberla cumplido. Una sola de las partes no podrá exigir que sea reemplazado por otro. (...) Sin lugar a dudas, el precio cuya determinación fue confiada al arbitrio [en francés, “*arbitrage*”] de un tercero todavía no es cierto (Présentation au Corps législatif, 7 ventôse an XII, *Rec. Fenet*, t. XIV, p. 114).

<sup>34</sup> FAURE: “El precio de cesión debe ser cierto. Debe ser determinado por los contratantes. Pero, éstas, en lugar de hacerlo ellas mismas, pueden acordar que un tercero que un tercero lo arbitre [en francés, “*les parties, au lieu d'en convenir elles-mêmes, peuvent, à la vérité, convenir qu'un tiers l'arbitrera*”]; pero, es necesario que el tercero esté bien determinado y se encargue del arbitraje [en francés, “*arbitrage*”]. Si no acepta la misión conferida o muere antes de haberla cumplido, la venta será nula, a menos que las partes convengan en reemplazarlo por otra persona. Si el arbitraje se llevó a cabo, su resultado vinculará a las partes, como si ellas mismas lo hubieran hecho. El tercero por ellas nombrado representa tanto al vendedor como al comprador. En nombre de ellos determinó el precio. El comprador no podrá solicitar su disminución, ni el vendedor su aumento” (Communication officielle au Tribunat, 8 ventôse an XII, *Rec. Fenet*, t. XIV, p. 158).

<sup>35</sup> GRENIER: “Siempre les ha sido permitido a las partes dejar la determinación del precio al arbitrio [en francés, “*arbitrage*”] de un tercero. (...) Si las partes designaron dos árbitros para determinar el precio y ellos no se ponen de acuerdo, éste será un nuevo tema de litigio” (Discours prononcé lors de la discussion devant le Corps législatif, 15 ventôse an XII, *Rec. Fenet*, t. XIV, p. 186).

<sup>36</sup> “Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponda un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente [...] que todos esos objetos tienen una propiedad o conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estemos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a una misma cosa”. G. CARRIÓ, *precitado.*, p. 94.



Esta confusión originaria enturbió la noción de arbitraje hasta los años ochenta. Se tuvo que esperar hasta la tesis del profesor Charles JARROSSON para que precisara claramente que sólo el arbitraje jurisdiccional es un verdadero arbitraje. La misión del evaluador es simplemente la de un mandatario<sup>37</sup>.

A pesar de ello, no podemos dejar de traer a colación ciertos extravíos de la jurisprudencia. Si bien, en general, los tribunales evitan denominar “arbitraje” a la función desempeñada por el tercero evaluador, a veces incurrir en ciertos deslices. Los ejemplos jurisprudenciales son múltiples. Hay un caso que, a pesar de ser excepcional, merece ser comentado: una misma persona había sido encargada de dos misiones por las mismas partes, una de arbitraje, la otra de evaluación<sup>38</sup>. Las decisiones proferidas dan fe de las dificultades lingüísticas que tuvieron que enfrentar las jurisdicciones en cuestión. Así, la Corte de Apelaciones de París habla de un caso de “árbitro” y en otro de “tercero árbitro en el sentido del artículo 1592<sup>o</sup>”. Respecto de este último, la Corte

de Casación utiliza la expresión “tercero árbitro” o incluso “árbitro”, con o sin comillas. Tantos circunloquios muestran lo inapropiado de hacer referencia al arbitraje para esta segunda misión. En este caso, incluso la Corte de Apelaciones de New York enfrentó dificultades de calificación cuando se pronunció sobre la misión del tercero evaluador, con ocasión de la solicitud de exequátur<sup>39</sup>.

La polisemia de la palabra “árbitro” parece ser una particularidad de la lengua francesa, ya que los principales idiomas extranjeros utilizan dos términos diferentes para las dos misiones: *árbitro* y *arbitrador* en español, *arbitrator* y *evaluator* en inglés, *arbitro* y *arbitratore* en italiano, *schiedsrichter* y *schiedgutachter* en alemán, etc. Sólo nos queda lamentar el hecho de que el francés no disponga más que de un solo término. Con el fin de clarificar el derecho positivo, pueden contemplarse tres soluciones: la primera, ya adoptada por algunos autores francófonos, que consiste en usar el término latino *arbitrator* cuando con éste se haga referencia al tercero evaluador<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> JARROSSON, Ch. *La notion d'arbitrage*, precitado.

<sup>38</sup> Sobre la misión de evaluación: TGI Paris (ord. réf.) 2 juill. 1990, *Rev. arb.* 1996.483 (1<sup>er</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard p. 325, especialmente N° 11, 18, 35, 56, et 72 et s.; TGI Paris 13 nov. 1991, *inédit*; TGI Paris 9 déc. 1992, *Rev. arb.* 1996.483 (3<sup>er</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard p. 325, especialmente n° 11, 18, 35, 56, et 72 et s.; Paris 30 juin 1995, *Rev. arb.* 1996.483 (4<sup>er</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard p. 325, especialmente n° 11, 18, 35, 56, et 72 et s.; et sur pourvoi, rejeté: Cass. 1<sup>er</sup> civ., 2 déc. 1997, *RTD civ.* 1998.396, obs. P.-Y. Gautier; *RTD civ.* 1998.898, obs. J. Mestre; *Rev. arb.* 1999.249, obs. M. Henry p. 193, especialmente n° 33 et 43; *Rev. sociétés* 1998.332, note D. Randoux; *D. Aff.* 1998.144, note M. Boizard; Sobre la misión de arbitraje propiamente dicha: TGI Paris (ord. réf.) 2 juill. 1990, préc.; Paris 9 avr. 1992, *Rev. arb.* 1996.483 (2<sup>e</sup> esp.), obs. Ph. Fouchard, p. 325, especialmente N° 11, 18, 28, 35, 56, 61 et 72 et s.; *Riv. dell'arb.* 1993.103, note A. Di Blase.

<sup>39</sup> District Court of New York 30 juin 1995, 1995 *US Dist. Lexis* 9333; *Intern. Arb. Rep.*, vol. 10 N° 7, 1995.5 et p. F1; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XXI, 1996.784.

<sup>40</sup> DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*. Économica, coll. Études juridiques comparatives, 1982, especialmente. N° 299; CADIET, L. “*Arbiter, arbitrator*”. En: *Aspects actuels du droit des affaires*. Mélanges Yves Guyon. Dalloz. 2003, p. 153.

La segunda solución, más osada, sería de afrancesar el vocablo latino y de bautizar este tercero de “arbitrateur”, como otrora lo hizo DOMAT<sup>41</sup>. La tercera solución, aun más radical, pero, también, más simple: desechar el empleo de los vocablos “arbitraje” y “árbitro” para referirse al tercero evaluador. Esta solución, por la cual nos inclinamos, nos obliga a vislumbrar la posibilidad de reescribir los artículos 1592° y 1644°. El trabajo de la nueva redacción, en últimas, sería muy modesto, puesto que se limitaría a reemplazar, en el artículo 1592°, el precio “dejado al arbitraje de un tercero” por “dejado a la apreciación de un tercero”, y, en el artículo 1644°, sustituir la parte de precio “arbitrado por un experto” por “fijado por el experto”. Una redacción con ésta resultaría más acorde con la calificación jurídica de las misiones en cuestión y, además, ganaría en claridad.

Naturalmente, aprovecharíamos la oportunidad para retocar el artículo 2123°, inciso 2, y así substituir la expresión “decisión arbitral”, por “laudo arbitral”, mucho más adecuada.

En lo concerniente a los artículos 1592° y 1644°, se seguiría el mismo enfoque adoptado por el legislador de 1978 quien, con ocasión de la redacción de los artículos sobre la sociedad civil en el Código civil, prefirió referirse al valor de los derechos “determinado” por un experto (artículo 1843-4), en vez de “arbitrado”, como lo hubiera sin duda

hecho en 1804 si la cuestión se hubiera presentado, ya que esta misión es similar a la del tercero del artículo 1592° –aun cuando hay diferencias–<sup>42</sup>.

No resta más que continuar depurando el Código Civil con el fin de purgarlo de su anfibología recurrente. Para finalizar el análisis de esas disposiciones del código de Napoleón, nos serviremos, como al inicio, de los trabajos del decano CORNU, quien es, sin embargo, ferviente defensor de la polisemia de los términos jurídicos, como se evidencia cuando afirma que “es recomendable, en la medida de lo posible, morigerar los inconvenientes originados por la polisemia. Así, el legislador puede llevar a cabo ciertas acciones reguladoras que consisten en una especie de autolimitación en el uso de la polisemia”<sup>43</sup>. Y agrega, como si se refiriera a las disposiciones sobre arbitraje del Código Civil: “La depuración del estilo legislativo podría mejorarse, aun sin recurrir a la codificación o a las definiciones legales, en el devenir legislativo mismo o en la refundición de los códigos”<sup>44</sup>.

Ésta parece ser también la posición defendida por JEREMY BENTHAM: “cuando se trata de ambigüedad *in terminis* o *in vocablo*, la naturaleza del caso no admite ningún remedio susceptible de aplicación universal. Debe o bien cambiarse el término o limitarse y fijarse su alcance

<sup>41</sup> DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, precitado, especialmente. Tome Ier, liv. I, tit. XIV.

<sup>42</sup> CADIET, L. “*Arbiter, arbitrator*”, precitado, especialmente, pp. 158-166.

<sup>43</sup> CORNU, G. *Linguistique juridique*, precitado, especialmente N° 22, p. 109.

<sup>44</sup> CORNU, G. *Id.*, especialmente N° 22, p. 114.

mediante la explicación que requiera la naturaleza del caso individual”<sup>45</sup>.

Este objetivo fue, precisamente, el que buscó el legislador cuando decidió reemplazar el Código de Procedimiento Civil por el Nuevo Código de Procedimiento Civil. En esta oportunidad, integró las disposiciones concernientes al arbitraje jurisdiccional en el Código Civil, y dejó tal cual aquéllas concernientes a la evaluación. Esto hace que el uso de un solo vocablo resulte aún más difícil de justificar. Sin embargo, el legislador de 1972 no sólo retomó la polisemia de la palabra “*arbitrage*” sino que, incluso, incurrió en un error aún más grave.

### 3. 1972, EL ERROR INTERMEDIO

Este nuevo error no sólo se sitúa cronológicamente entre los otros dos, sino que, además, acentúa la confusión lingüística original y, por si fuera poco, agrega un grave error de fondo. Como veremos, el legislador de 1972 no fue uno de los más inspirados.

Ciertamente, esta vez el legislador ha entendido el “*arbitrage*” en su acepción jurisdiccional y lo ha integrado en los artículos 2059° al 2061° del Código Civil. Pero, ¿por qué no aprovechó la ocasión para depurar los artículos 1592° y 1644°?

Indudablemente ésta fue una oportunidad perdida.

Una vez más, los trabajos preparatorios no nos proporcionan una explicación satisfactoria sobre la reforma, a pesar de la importancia que tuvo. Sin lugar a dudas, el legislador de la época no midió el alcance de su propia reforma. Recordemos el contexto.

Desde 1963, un grupo de eminentes expertos, designados por el por el Ministro de Justicia Jean Foyer y bajo la dirección del decano CORNU, preparaba un Código de Procedimiento Civil destinado a reemplazar aquél de 1806. Este Código sería adoptado en varias etapas entre el 9 de septiembre de 1971 y el 12 de mayo de 1981<sup>46</sup>. Rápidamente, surge el inconveniente del estatus de la justicia arbitral, el cual impedía que pudiera realizarse su regulación general por vía administrativa. Aquélla sólo podía llevarse a cabo por vía legislativa. Como el nuevo Código de Procedimiento Civil era un texto emanado de la potestad reglamentaria<sup>47</sup>, las disposiciones relativas al arbitraje debían, entonces, ser incluidas en el Código Civil y su régimen jurídico podría determinarse luego mediante Decreto.

La ley N°72-626 de 5 de julio de 1972 relativa a la reforma del procedimiento civil, que consagró la figura del juez de ejecución, sirvió de medio para incluir las disposiciones sobre la convención

<sup>45</sup> BENTHAM, J. precitado, p. 49.

<sup>46</sup> Consúltese al respecto : *cf. Le Nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 déc. 1997, La documentation française, 1998, especialmente las contribuciones de G. Cornu et M. Parmentier.

<sup>47</sup> Véase: FOYER, J. “*Synthèse des travaux*”, *in Le Nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, precitado p. 321, especialmente pp. 321-322.

de arbitraje en el Código Civil francés. El artículo 16° de la ley deroga los artículos 1003° y 1004° del Código de Procedimiento Civil, mientras que el artículo 13° reintegra, con muy pocas modificaciones, en el Código Civil los artículos 2059° y 2060<sup>48</sup>. Este teje maneje legislativo no generó debate alguno, ni en la Asamblea Nacional ni en el Senado. Aunque era nuevo, el artículo 2061<sup>49</sup> fue a duras penas discutido<sup>50</sup>. El conjunto de los debates en el Senado sólo merecen una cita escueta, sin que valga la pena hacer ningún comentario al respecto (...)<sup>51</sup>.

El único punto que fue objeto de alguna discusión era el lugar que debían ocupar los nuevos textos. Una enmienda gubernamental preveía que deberían incluirse como un inciso segundo del sacrosanto artículo 6° del Código Civil<sup>52</sup>. Sólo bastó la intervención del Presidente de la Comisión de Leyes, JEAN FOYER, para evitar el cambio. Él, muy acertadamente, hizo notar que el artículo 6° del Código

Civil<sup>53</sup> “consagra una norma aplicable a todos los contratos y, por consiguiente, no entendemos por qué en el inciso segundo se incluiría una disposición que concierne sólo al acuerdo arbitral”<sup>54</sup>.

Se decidió, entonces, que los nuevos artículos se incluirían en los números 2059 a 2061, los cuales se encontraban disponibles desde que se derogaron las normas que consagraban el arresto por deudas, a través de la Ley de 22 de julio de 1867 (artículos 2059 a 2070). El libro III del Código Civil se enriqueció así con el Título XVI *De los compromisos*, inmediatamente después del Título XV *De las transacciones*. Se puede ver claramente cómo se adoptó la división propuesta otrora por Domat, quien había ubicado su título XIV *De los compromisos* luego de su título XIII *De las transacciones*<sup>55</sup>.

A pesar de su noble origen, esta ubicación dentro del Código Civil no está exenta de críticas. Por una parte, no

<sup>48</sup> Artículo 2059°: “Todas las personas pueden pactar arbitraje respecto de los derechos sobre los cuales tienen libre disposición”. Artículo 2060° (redacción de 1972): “No se puede pactar arbitraje respecto de los asuntos de Estado, la capacidad de las personas, aquéllos relativos al divorcio y la separación de cuerpos, ni sobre las reclamaciones frente a las colectividades y establecimientos públicos y, en general, respecto de todas las materias que conciernen el orden público”.

<sup>49</sup> Artículo 2061° (entre 1972 y 2001): “La cláusula compromisoria es nula, si no hay ley que disponga lo contrario”.

<sup>50</sup> Sobre la reforma, ver P. LEVEL. “Une première retouche au droit de l’arbitrage (loi n° 72-626 du 5 juillet 1972)”, *JCP* 1972.I.2494.

<sup>51</sup> E. Le BELLEGOU, ponente en el Senado: “Recordemos (en el texto) la desconfianza habitual del legislador respecto de las cláusulas compromisorias cuando éstas no son expresamente permitidas en la ley. Y hay buenas razones para desconfiar” (*JO Sénat*, déb. 29 juin 1972, p. 1368).

<sup>52</sup> *JOAN* déb., 23 juin 1972, p. 2815.

<sup>53</sup> Artículo 6°: “No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”.

<sup>54</sup> *JOAN* déb., 23 juin 1972, p. 2815.

<sup>55</sup> *DOMAT. Les loix civiles dans leur ordre naturel*, precitado, especialmente, Tome Ier, liv. I.

deja de ser sorprendente el hecho de que los compromisos se ubiquen en la parte correspondiente a los modos de adquirir el dominio. Por otra parte, el título no corresponde al contenido, lo cual resulta aún más extraño si tenemos en cuenta que aquél sólo consta de tres artículos. Ahora, si bien los dos primeros artículos conciernen al compromiso, el tercero corresponde a la cláusula compromisoria que se diferencia claramente del compromiso. Hubiera sido mucho más simple intitularlo: “De las convenciones de arbitraje”.

Pero esto no es lo más grave. El verdadero problema radica en las fallas de fondo que presentan estas disposiciones. Analicémoslas de forma sucesiva, comenzando por la innovación incorporada por la ley de 1972, es decir, el artículo 2061º, y siguiendo el orden de numeración en sentido inverso.

Nuestro objetivo, no es ensañarnos en criticar el texto del artículo 2061º, el cual ha sufrido múltiples embestidas de la doctrina y la jurisprudencia durante casi 30 años y, a la postre, terminó por ser derogado. Resulta mucho más interesante preguntarnos cómo pudo haberse adoptado aquella disposición si la nulidad de principio de la cláusula compromisoria parecía ya anacrónica en 1972<sup>56</sup>. Al respecto, precisamente, sostuvo JEAN ROBERT: “La mañana del 5 de julio de 1972, había mejores cosas que hacer que

consagrar la nulidad de principio de la cláusula compromisoria”<sup>57</sup>.

Que el parlamento haya votado un artículo como éste sólo puede explicarse por un “mal entendido”, como bien se ha precisado ya. El ponente del proyecto de ley frente a la Asamblea Nacional, Jean FOYER, en efecto, consideró que de una jurisprudencia de 1843 se deducía la nulidad de la cláusula compromisoria, pero, como los textos sobre los cuales se sustentaba la argumentación no ofrecían una base sólida, resultaba pertinente reforzarlos<sup>58</sup>.

Hoy en día sabemos que el fallo *Prunier*, proferido por la Sala Civil de la Corte de Casación el 10 de julio de 1843<sup>59</sup>, presidida por PORTALIS hijo –singular viraje de la historia–, ha sido objeto no sólo de una interpretación equivocada, sino también de una lectura inexacta. Así, pues, a raíz de un error casi de orden tipográfico, la decisión de 1843 sirvió para fundamentar la reforma de 1972.

¿De qué se trataba el famoso fallo? De un litigio entre un asegurado y su compañía de seguros, surgido con relación a un contrato doméstico en el cual se había incluido una cláusula compromisoria. El asegurado rechazaba la competencia de los tribunales arbitrales, y los jueces estatales se declararon competentes, tanto en primera instancia como en apelación. La demanda de casación fue desestimada<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> ROBERT, J. “Bilan d'une réforme”, *Rev. arb.* 1980.704, especialmente p. 705.

<sup>57</sup> MALAURIE, Ph.; AYNÈS, L. et GAUTIER, P.Y. *Les contrats spéciaux*. Defrénois, coll. Droit civil, 3ème éd. 2007, especialmente, N° 1241.

<sup>58</sup> *JOAN déb.*, 23 juin 1972, p. 2815.

<sup>59</sup> Cass. civ. 10 juill. 1843, S. 1843, 1, p. 561, nota de Devilleneuve y conclusiones contrarias av. gén. Hello; *DP* 1843, 1, p. 34.

<sup>60</sup> MALAURIE, Ph.; AYNÈS, L. et GAUTIER, P.Y. *Op. cit.*, *loc. cit.*

En este punto, los acontecimientos se tornan inverosímiles: las razones que fundamentan la desestimación de la demanda de casación no fueron las mismas citadas por la doctrina y la jurisprudencia posteriores. En efecto, por un curioso fenómeno de confusión de los textos, se ha atribuido a la Corte de Casación una frase que ésta jamás incluyó en su decisión y que, según la interpretación que de ésta se hizo, justifica por sí sola la anulación de la cláusula compromisoria: “Los árbitros no poseen las cualidades propias de los magistrados: probidad, imparcialidad, competencia y la delicadeza de sentimientos necesarios para proferir sus decisiones”.

Esta frase, tantas veces transcrita durante decenios, no se encuentra en la decisión, ni en las conclusiones del procurador general ante la Corte de Casación, ni siquiera en la nota que acompaña la sentencia. Su origen es un verdadero misterio. El error ha sido repetido tantas veces que los responsables de la *Revue de l'arbitrage* decidieron publicar de nuevo la sentencia en 1992<sup>61</sup>. A pesar de ello, aún encontramos en los libros contemporáneos sobre derecho del arbitraje esta cita como explicación de la nulidad de la cláusula compromisoria declarada en aquel entonces.

En otras palabras, una de las decisiones más importantes del derecho del arbitraje, que logró anestesiar la cláusula compromisoria doméstica durante más de ciento cincuenta años, ¡tiene por origen un extraño error de lectura!

Lo peor de este caso es que el verdadero fundamento de la sentencia de la Corte de Casación parece en sí justificado. Más todavía: éste constituye un llamado a la doctrina civilista partidaria del solidarismo contractual<sup>62</sup>, ya que la verdadera razón por la cual la cláusula compromisoria fue erradicada de ese contrato, fue por el hecho de haber sido impuesta por la parte fuerte a la parte débil del contrato. ¿A qué se referiría, entonces, la Corte cuando evocó el riesgo de que “esta estipulación (se vuelva) en cierta forma generalizada y de estilo”, si no es al hecho de que la cláusula compromisoria, para ser válida, debe haber sido consentida libremente por las dos partes? ¿No es éste el germen, muy lejano, del futuro artículo L. 132-1 del Código del consumo, el cual, precisamente, considera la cláusula compromisoria como potencialmente abusiva? Sin entrar a forzar las cosas, podemos ver en esta sentencia la primera gran decisión de lo que más tarde se llamaría el derecho del consumo<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> *Rev. arb.* 1992.399, con las conclusiones del señor Hello, Avocat général.

<sup>62</sup> Mediante la expresión “*Solidarisme contractuel*” se denomina una corriente doctrinal francesa que propugna por una mayor intervención del juez en las relaciones contractuales con el fin de garantizar cierto equilibrio entre los intereses de los contratantes. Para una completa presentación de las teorías defendidas por esta corriente doctrinal, consúltese: A.-S. Courdier-Cuisinier: *Le solidarisme contractuel*. Litec, Paris, 2006. Una severa crítica al respecto en: Y. Lequette: “*Bilan des solidarismes contractuels*”. In *Études offertes à Paul Didier*. Economica, Paris, 2008, pp. 247 a 287.

<sup>63</sup> En este sentido: cf. JARROSSON, Ch. “La clause compromissoire (article 2061 du Code civil)”, *Rev. arb.* 1992.259, especialmente N° 13; “Le nouvel essor de la clause compromissoire”, *JCP* 2001.I.333, especialmente N° 5; también publicado in *JCP*, éd. E, 2001.1371.

Esta decisión de ninguna manera consagra una nulidad de principio de la cláusula compromisoria. La mejor prueba de ello es que hoy en día se hubiera adoptado la misma decisión; y no hay que olvidar que, actualmente, la cláusula compromisoria goza de una validez de principio. Así las cosas, la única razón por la cual se incorporó el artículo 2061° en el Código en 1972 fue el error originado en una lectura incorrecta<sup>64</sup>.

Por consiguiente, los efectos de esta infortunada reforma fueron, rápidamente, limitados de dos maneras distintas: por una parte, se circunscribieron a las cláusulas compromisorias celebradas en materia civil, ya que, en materia comercial, a partir de la Ley de 31 de diciembre de 1925, la cláusula arbitral gozaba de plena validez. En la hipótesis en que la cláusula se encontrara dentro de un contrato mixto, celebrado entre un comerciante y un no comerciante, sólo este último podría prevalerse de ella frente al primero<sup>65</sup>. Por otra parte, y esto resulta aún más sorprendente, a la luz de la jerarquía de las fuentes de derecho, la nueva ley fue limitada al derecho interno. No hay justificación alguna para tal limitación, puesto que la ley no distingue entre arbitraje interno y arbitraje internacional. Pero frente al desacierto del legislador, tanto la doctrina como la jurisprudencia se pusieron de acuerdo para circunscribir

el alcance de esta disposición al arbitraje interno, y nadie pareció tener reparos al respecto.

El artículo 2060° también ha dado lugar a ciertas críticas, pero, de otro tipo. En efecto, es legítimo interrogarse sobre la utilidad de este texto que, en cuanto a la forma, parece redundante y, respecto del fondo, se muestra completamente enmarañado.

El artículo 2060° es redundante puesto que el artículo precedente, el 2059, exige ya la libre disposición de los derechos sobre los cuales versa el compromiso. Así, pues, el artículo 2060° no hace más que enumerar los derechos no disponibles. Como esta enumeración no es taxativa, no presenta entonces mayor utilidad.

Respecto del fondo, es todavía más infortunado, ya que los tribunales lo han menospreciado e, incluso, el legislador mismo, lo cual resulta aún más sorprendente. Como bien sabemos, el texto agrega, *in fine*, que no se puede pactar arbitraje “en todas aquellas materias que interesan al orden público”. Pero, la jurisprudencia ha afirmado, en repetidas oportunidades y desde algún tiempo ya, que la arbitrabilidad del litigio no se excluye por el mero hecho de que una reglamentación de orden público rija la relación objeto del litigio<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> JARROSSON, Ch. “La clause compromissoire (article 2061 du Code civil)”, precitado.

<sup>65</sup> DE BOISSÉSON, M. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. Préface de P. BELLET. GLN Joly, 1990, especialmente N° 51; Ch. JARROSSON. “Arbitrage international et droit de la consommation”, note sous Paris 7 déc. 1994 (Jaguar), *Rev. arb.* 1996.245, especialmente N° 8. Adde FOUCHARD, Ph. “La clause compromissoire insérée dans un acte mixte”, *Rev. arb.* 1971.3.

<sup>66</sup> Paris 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993.645, note Ch. JARROSSON ; *Clunet* 1993.957, note L. Idot; *RTD com.* 1993.494, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Europe* 1993.299, et 300, obs. L. Idot;

Adicionalmente, se han adoptado un buen número de leyes y decretos que derogan este artículo. A partir del momento en que parece ser necesario, el legislador se apresura a proferir una disposición con el fin de neutralizar la prohibición del artículo 2060°. Entre aquellas leyes especiales que han permitido a los establecimientos públicos recurrir al arbitraje, podemos citar la Ley de 12 de julio de 1982 (artículo 19°) para ciertos establecimientos dedicados a la investigación, la Ley de 30 de diciembre de 1982 (artículo 25°) para la SNCF<sup>67</sup>, la Ley de 2 de julio de 1990 (artículo 28°) para la Oficina Postal –*La Poste*– y para France Telecom, la Ley de 3 de agosto de 1995 (artículo 3°) sobre la restitución de bienes culturales, la Ley de 13 de febrero de 1997 (artículo 3°) para la red ferroviaria de Francia, y el Decreto de 1 de agosto de 2000 sobre los establecimientos públicos de enseñanza superior, para ciertos tipos de litigios (en aplicación de la Ley de 12 de julio de 1999)<sup>68</sup>.

A estos textos hay que agregar, además, la Ley de 19 de abril de 1986, de inspiración del Consejo de Estado y bautizada ley “EuroDisneyland”, cuyo artículo 9° autoriza “al Estado,

las colectividades territoriales y los establecimientos públicos (...) en los contratos que celebran con sociedades extranjeras para la realización de una operación de interés nacional, a suscribir cláusulas compromisorias”. Con un alcance así de amplio, este artículo aniquila literalmente el artículo 2060°. La afrenta es tanto más vergonzosa cuanto que la Ley de 1986 no ha sido incorporada al Código Civil.

Lo peor de todo es que esta ley “EuroDisneyland” no era ni siquiera necesaria puesto que, como bien sabemos, el artículo 2060° sólo es aplicable al compromiso en derecho interno<sup>69</sup>, lo que limita aún más su utilidad.

Finalmente, no se puede ignorar el hecho de que más allá de cualquier autorización legislativa, algunos establecimientos públicos industriales y comerciales han tradicionalmente recurrido al arbitraje, lo cual pone de manifiesto, una vez más, el carácter anacrónico de la prohibición de principio consagrada en el artículo 2060°. Para dimensionarlo, basta con evocar la convención de 15 de diciembre de 1951 celebrada entre EDF –*Électricité de France*– y GDF –*Gaz de France*–<sup>70</sup>.

*Con., Con., Con.* 1993.136, note L. Vogel; *PA* 1995, N° 26, p. 7, note S. Rottman; sobre el recurso desestimado, *Cass. com.*, 14 févr. 1995, *Bull. civ.* IV, N° 48; *Europe* 1995.146 (4e esp.), obs. L. Idot (sobre otra cuestión).

<sup>67</sup> La SNCF, *Société Nationale des Chemins de Fer Français*, es la empresa estatal que se encarga de la explotación de los ferrocarriles en Francia.

<sup>68</sup> Decreto N°2000-764 del 1ero de agosto de 2000 que determina las condiciones dentro de las cuales los establecimientos públicos de enseñanza superior pueden transigir y recurrir al arbitraje, *JCP* 2000.I.267 § 12, obs. L. Cadiet; *Rev. arb.* 2000.665, obs. D. Foussard.

<sup>69</sup> DE BOISSÉSON, M. “Interrogations et doutes sur une évolution législative: l'article 9° de la loi du 19 août 1986”, *Rev. arb.* 1987.3.

<sup>70</sup> SABLIERE, P. *La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*. Préface de LABETOUILLE D. DALLOZ y CJEG, 1993, que consagra una cláusula compromisoria (artículo 8°) redactada de la siguiente manera: “Las reclamaciones o dificultades a que diera lugar la interpretación de la presente convención serán resueltas por vía del arbitraje (...) las decisiones



Así las cosas, el artículo 2060°, tal y como adoptado en 1972, constituía ya un desacierto, incluso si al legislador de la época no se le podía imputar responsabilidad por las leyes que se habrían de aprobar posteriormente. Pero estas derogaciones son tan numerosas que el campo de aplicación del artículo 2060° ha prácticamente desaparecido. Podemos preguntarnos, retrospectivamente, si el único efecto de este texto no fue incentivar la promulgación de disposiciones contrarias. Su derogación aportará al legislador la tranquilidad que requiere, tal y como fue propuesto en los trabajos parlamentarios de La ley sobre Nuevas Regulaciones Económicas<sup>71</sup>. Si, finalmente, la derogación no se llevó a cabo, fue simplemente a causa de una modificación en el orden del día, ¡los senadores partidarios de la modificación estuvieron ausentes!

Sin embargo, en vez de proceder a la derogación del texto, tres años después de su adopción, un segundo inciso fue añadido al primero. En efecto, gracias al artículo 7° de la Ley N°75-596 de 9 de julio de 1975, que consagró diversas disposiciones relativas a la reforma del procedimiento civil, un nuevo inciso es

incorporado al artículo 2060° del Código Civil francés<sup>72</sup>. Todavía en vigencia, este texto tiene por origen las críticas que habían sido formuladas contra la sentencia del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1957. Éste, había considerado que la prohibición que pesaba sobre los establecimientos públicos respecto de la celebración de convenciones de arbitraje no podía ser derogada mediante decreto mientras no existiera una ley que autorizara tales decretos derogatorios. Ahora bien, en el caso en cuestión, el Consejo de Estado anuló el decreto que permitía al establecimiento público recurrir al arbitraje<sup>73</sup>.

Una vez más, Jean Foyer, esta vez mediante una proposición de ley<sup>74</sup>, fue el promotor de este nuevo texto, el cual no hacía parte de la proposición inicial<sup>75</sup>. Los debates, inexistentes en el Senado<sup>76</sup>, y muy pobres en la Asamblea Nacional<sup>77</sup>, no aportaron más luces respecto de la conveniencia de que, en ciertos casos, los establecimientos públicos recurran al arbitraje.

Así, pues, El nuevo texto fue una respuesta directa a esta jurisprudencia de

---

de los árbitros no serán susceptibles de apelación". Consúltese al respecto: Y. GAUDEMET : "Arbitrage et droit public", *Dr. & Patrim.*, n° 105, juin 2002, p. 83, especialmente p. 84-85 ; Y. GAUDEMET : "L'arbitrage : aspects de droit public. État de la question", *Rev. arb.* 1992.241.

<sup>71</sup> *JO Sénat déb.* 13 oct. 2000, p. 5052.

<sup>72</sup> Artículo 2060° inciso 2: "Sin embargo, algunos establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizados por decreto a recurrir al arbitraje".

<sup>73</sup> CE 13 déc. 1957 (Sté Nationale de Vente des Surplus), *D.* 1958.517, conc. Gazier, note L'Huillier ; *JCP* 1958.II.10800, note H. Motulsky ; publicado también *in Écrits, Tome II, Études et notes sur l'arbitrage*. Dalloz, 1974, p.

<sup>74</sup> Proposición AN N° 1443 (1974-1975).

<sup>75</sup> Reporte AN N° 1729 (1974-1975).

<sup>76</sup> *JO Sénat déb.* 1ero de julio de 1975, p. 2383.

<sup>77</sup> *JO AN déb.* 24 de junio de 1975, p. 4678.

1957. Sin embargo, resulta sorprendente que no hubiera sido adoptado en 1972, al mismo tiempo que el inciso primero, puesto que, para entonces, la jurisprudencia que se quería contrarrestar tenía ya quince años.

Pero debemos, sobre todo, interrogarnos sobre la utilidad de este inciso segundo del artículo 2060°, ya que, desde su incorporación al Código Civil en 1975, sólo se ha proferido un decreto de aplicación –por cierto, muy reciente. En efecto, el 8 de enero de 2002, mediante decreto, se autorizó a ciertos establecimientos públicos de carácter industrial y comercial a recurrir al arbitraje (*Électricité de France, Gaz de France, Charbonnages de France* y los establecimientos públicos constituidos en las minas de hulla, denominados “*Houillères du bassin de...*”). Si tenemos en cuenta que, como ya se ha mencionado, EDF y GDF cuentan con una experiencia arbitral de más de cincuenta años, este decreto no parece indispensable para que estas empresas puedan recurrir al arbitraje. El inciso segundo, al fin de cuentas, no parece ser de más utilidad que el inciso primero del artículo 2060°. Así las cosas, una derogación total de la disposición no resultaría para nada traumática.

De esta reforma de los años 1972 y 1975 no resta más que el artículo 2059°

que exige, como condición para acceder al arbitraje, la libre disposición de los derechos en cuestión. Pero, ¿acaso esto no es exigido para todo contrato? La convención arbitral es simplemente un contrato<sup>78</sup>; esta disposición no parece entonces más útil que la precedente.

Para concluir, podemos constatar que los tres artículos del Código Civil son inapropiados, aun cuando, cada uno de entre ellos, lo sea por razones distintas. Las reformas legislativas de 1972 y 1975 fueron muy infortunadas y deben corregirse. Éste fue, precisamente, el objetivo de la reforma siguiente, la de 2001. Sin embargo, en 2001, una vez más, el legislador incurre en yerros.

#### 4. 2001, EL ERROR FINAL

En comparación con los errores antes expuestos, el cometido en 2001 es, de lejos, el menos grave, puesto que no es conceptual, como aquél de 1804, ni tiene por origen una confusión, como sucedió en 1972. En 2001, se trata, sobre todo, de un error de redacción.

A diferencia de los textos precedentes, el origen de la reforma del artículo 2061° ha sido ya objeto de descripciones precisas y análisis profundos<sup>79</sup>. No parece, entonces,

<sup>78</sup> SILVA ROMERO, E. y MANTILLA ESPINOSA, F. (bajo la dirección de): *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis / Universidad del Rosario, 2005.

<sup>79</sup> CLAY, Th. (bajo la dirección de): “Nouvelles perspectives en matière d’arbitrage”, dossier spécial publié in *Droit & Patrimoine*, N° 104 et 105, mai et juin 2002; Ph. FOUCHARD: “La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”, *Rev. arb.* 2001, p. 397; Ch. JARROSSON: “Le nouvel essor de la clause compromissoire”, *JCP* 2001.I.333; publié aussi in *JCP*, éd. E, 2001.1371; Th. CLAY: “La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne”, *D.* 2003. *Somm* (à paraître); M.-Cl. RIVIER: “La réforme de la clause compromissoire”, colloque Nantes, 15 mars 2002, *PA* (à paraître); E. LOQUIN: “Législation: les métamorphoses de la clause compromissoire”, *RTD com.* 2001, p. 642; B. Moreau et L. DEGOS: “La clause

necesario adentrarnos en el estudio de trabajos parlamentarios que han sido ya minuciosamente examinados<sup>80</sup>. La idea es, más bien, servirnos de las disposiciones concernientes al arbitraje como instrumento para analizar la técnica legislativa, que debería ser más depurada, máxime cuando se utiliza para reformar el Código Civil mismo.

Desde el mismo 6 de julio de 1972, la necesidad de reformar el artículo 2061° se hizo evidente, aun cuando el campo de aplicación de esta disposición hubiera sido circunscrito al arbitraje doméstico. Propositiones tras propositiones de reforma fueron elaboradas, en particular, a partir de 1980, cuando entró en vigor el nuevo derecho interno del arbitraje consagrado en el Nuevo Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, a pesar del consenso que existía respecto de la necesidad de reformar el artículo 2061°, la reforma no se materializaba.

Habría que esperar hasta 1998, cuando el Ministro de Justicia tuvo una voluntad política seria, apoyada por los grupos económicos, para que una reforma fuera posible. Después de una elocuente

intervención en el marco de un congreso internacional sobre arbitraje, en mayo de 1998<sup>81</sup>, ELISABETH GUIGOU expresó una interesante opinión que fue reiterada un mes más tarde, en el Congreso de Notarios: “Debe estimularse el arbitraje. En otra oportunidad, ya sostuve que la concepción restrictiva del artículo 2061° del Código Civil, que prohíbe la cláusula compromisoria en materia civil, me parece obsoleta y, por ende, resulta imperativo contemplar la posibilidad de extender su ámbito de validez”<sup>82</sup>.

Sin entrar a comentar aquí los detalles sobre las distintas etapas –algunas de ellas bastante agitadas– que condujeron a la adopción del texto final, vale la pena resaltar que la reforma fue propuesta por un senador el 4 de noviembre de 1998, bajo la forma de una enmienda al proyecto de ley sobre el acceso a la justicia y resolución de litigios. Pero, la enmienda fue retirada, luego de un enérgico debate, ¡el cual terminó diseccionándose hacia la polémica sobre los PACS<sup>83</sup>!

La cuestión de la reforma del artículo 2061 revive con ocasión de la discusión

compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée”, *Gaz. Pal.* 13-14 juin 2001, p. 6; DEGOS, L. “Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire”, *RDAI* 2001, p. 653; Ph. MARINI et FAGES, F. “La réforme de la clause compromissoire”, *D.* 2001. *Chron.* 2658; FAGES, F. et JAEGER, L. “Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés”, *Bull. Joly* 2001, § 171, p. 772; J.A. ROBERT et R. CASTEL. “Loi NRE : premières réactions sur la modification du régime des clauses compromissoires”, *Droit & Patrimoine*, N° 95, juillet-août 2001, p. 19.

<sup>80</sup> MOREAU, B. et DEGOS, L. “La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée”, precitado; FOUCHARD, Ph. “La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”, precitado, especialmente N° 10-14.

<sup>81</sup> *ICCA Congress Série N° 9 “Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention”*, Paris 4-6 mai 1998, Kluwer éd., 1999, p. 1, especialmente p. 3.

<sup>82</sup> *Annonces de la Seine*, 5 juin 2000, p. 1.

<sup>83</sup> *JO Sénat déb.* 5 nov. 1998, p. 4239.

PACS: *Pacte Civil de Solidarité*, una nueva forma de unión civil adoptada en Francia en 1998.

de la ley sobre Nuevas Regulaciones Económicas (NRE), en el momento del primer debate en el Senado el 12 de octubre de 2000. Luego hubo varias propuestas diferentes de redacción, apoyadas por la Cancillería, pero los parlamentarios de las dos cámaras no lograron ponerse de acuerdo. Repentinamente, por razones que hasta el día de hoy siguen siendo un misterio, la Cancillería se tornó hostil a la reforma y propuso un texto todavía más restrictivo que el artículo vigente. Esta nueva redacción del artículo 2061° estuvo a punto de ser adoptada en segundo debate en el Senado.

Puestos al corriente de lo que podía llegar a suceder, los expertos en la materia trataron de impedir que se votara dicho texto de consecuencias desastrosas. Finalmente, el texto no fue adoptado, gracias a la intervención de un emisario enviado por el Comité Francés del Arbitraje para que se encontrara con el senador Robert BADINTER, buen conocedor del derecho del arbitraje, el cual participaba en los debates, quien advertido minutos antes logró interrumpir la sesión. Durante este lapso, se le transmitió al senador BADINTER una nueva redacción para el texto del artículo 2061° con el objeto de que la sometiera a debate. Al mismo tiempo, se logró convencer al Ministro de Justicia para que apoyara esta nueva redacción para la norma en cuestión<sup>84</sup>. La

votación tuvo lugar. La nueva redacción del artículo 2061° no se volvió a discutir en la Asamblea Nacional y se adoptó así de manera definitiva. Éste es un ejemplo que ilustra perfectamente la manera cómo se elaboran las leyes hoy en día en Francia.

Teniendo en cuenta las particularidades de su adopción, no nos queda más que alegrarnos con la adopción de este nuevo artículo 2061° que cambia el principio por la excepción consagrados en el antiguo texto, disponiendo así la validez de principio de la cláusula compromisoria, pero, naturalmente con excepciones<sup>85</sup>. El adelanto para el derecho del arbitraje resulta indiscutible.

El avance es también significativo de una manera general. Al disponer que la cláusula compromisoria incluida en un contrato celebrado “a razón de una actividad profesional” (en francés, “à raison d’une activité professionnelle”), el nuevo artículo 2061° del Código Civil reemplaza la tradicional y obsoleta división entre derecho civil y comercial, por una más idónea: el derecho profesional y no profesional<sup>86</sup>. Retoma entonces las enseñanzas del derecho del consumo— el cual había sido precisamente impulsado por el derecho del arbitraje en 1843<sup>87</sup>.

Este evidente adelanto que implica el nuevo artículo 2061° del Código Civil,

<sup>84</sup> Labor tanto más compleja cuanto que la señora Marilyse Lebranchu se ya había pronunciado en sentido contrario, tres años antes, cuando ocupaba otro puesto en el gobierno.

<sup>85</sup> Artículo 2061°: “Bajo reserva de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria es válida en los contratos celebrados a razón de una actividad profesional”.

<sup>86</sup> FRISON-ROCHE, M.A. “Le droit reconnaît désormais l’activité professionnelle”, *Le Monde*, 26 février 2002, p. 20; CLAY, Th. “Nouvelles perspectives en matière d’arbitrage. Ouverture”, *Dr. & Patrim.*, N° 104, mai 2002, p. 40, especialmente p. 41.

<sup>87</sup> Ver *supra* N°37.

podría inducirnos a pensar que la redacción final del texto estaría exenta de críticas, sin embargo, esto no es así. Veamos las tres críticas principales que se le pueden formular.

En primer lugar, hay un error de sintaxis en la frase, lo que resulta particularmente chocante, ya que se trata de un texto llamado a aparecer junto a los artículos del Código Civil, tan exquisitamente redactados. La locución “a razón de” (en francés, “à raison de”) es, en efecto, inapropiada para el caso; la redacción correcta hubiera sido “en razón de” (en francés, “en raison de”)<sup>88</sup>.

En segundo lugar, también respecto de la forma, hay una particularidad que resulta muy desconcertante: la fórmula “a razón de una actividad profesional” (en francés, “à raison d’une activité professionnelle”) no corresponde a la que se emplea usualmente. Tanto el Código del Consumo<sup>89</sup> como la jurisprudencia<sup>90</sup> se refieren a los contratos “que tienen una relación directa con la actividad profesional” (en francés, “des contrats ayant un rapport direct avec l’activité professionnelle”). Esta definición, que constituye también el criterio de aplicación del derecho del consumo, ha sido cimentada progresivamente y es hoy en día admitida

de forma unánime. ¿Por qué entonces el legislador del 2001 utilizó una fórmula distinta? ¿Porque quería establecer un criterio distinto del existente en el derecho positivo? ¿Por simple ignorancia? Esta segunda hipótesis parece más plausible. En efecto, esto explicaría el hecho de que, hasta el día de hoy, ningún autor haya pretendido conferir a la fórmula consagrada en esta disposición una aplicación diferente de aquella acuñada por el derecho del consumo.

La tercera crítica que se le puede formular al artículo 2061° mezcla elementos de fondo y forma. Si el criterio de validez de la cláusula compromisoria en derecho interno es su inclusión en “contratos celebrados a razón de una actividad profesional”, el legislador no fue entonces, suficientemente preciso respecto de los objetivos que perseguía con esta disposición. Dando lugar así a una ambigüedad. En efecto, tal y como se encuentra, y si nos ceñimos a la literalidad del artículo, la validez de la cláusula compromisoria debería ser admitida en los contratos laborales que, como ningún otro, son celebrados “a razón de una actividad profesional”. Pero se sobreentiende, como toda la doctrina lo ha precisado, que éste no fue el objetivo perseguido por la reforma, y que el contrato laboral se encuentra, en

<sup>88</sup> “À raison de”, en francés, no se emplea en el sentido de “à cause de”, sino únicamente en el sentido de “en proportion de”, lo cual no es apropiado para el texto del artículo en cuestión (M. Grevisse: *Le bon usage. Grammaire française*. Duculot, 13 éd., 1993, spéc. N° 1022-b-10). En español, de igual manera, “a razón de” hace referencia a una distribución, correspondiendo la cantidad que se expresa a cada una de las cosas de que se trata: “repartimos a razón de tres por familia” (Consulté al respecto: MOLINER, M. *Diccionario de uso del español. H-Z*. Madrid: Gredos, 1997, p. 939).

<sup>89</sup> Art. L. 121-22-4°.

<sup>90</sup> Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, *Bull. civ. I*, N° 54; *D.* 1995.327, note G. PAISANT; *Con., Con., Con.* 1995.4., note LEVENEUR, L.; *D.* 1995.Somm.329, obs. DELEBECQUE, Ph.; *D.* 1995.Somm.310, obs. PIZZIO, J.P.; *JCP* 1995.I.3893 § 28, obs. VINEY, G.

primer rango, dentro de la reserva incluida al principio del artículo<sup>91</sup>.

Infortunadamente, se presenta el mismo fenómeno respecto de los contratos de consumo: el texto de la nueva disposición sólo exige “una” actividad profesional. Ahora bien, la participación de un profesional es, precisamente, el criterio esencial del contrato de consumo. ¿Podría sostenerse que sería válida la cláusula arbitral incluida en un contrato de consumo? Una vez más, toda la doctrina está de acuerdo en que esto no fue lo que buscaba el legislador. Los trabajos preparatorios dan fe de ello<sup>92</sup>.

Así las cosas, si nos atuviéramos al texto literal de la disposición, la voluntad absoluta de los parlamentarios de excluir la cláusula compromisoria de los contratos de consumo y laborales en derecho interno podría ser perfectamente pasada por alto.

Podríamos, por ejemplo, retomar la redacción propuesta, no hace mucho tiempo, por el profesor CHARLES JARROSSON: “La cláusula compromisoria es válida. No obstante, en los contratos concluidos entre profesionales, no profesionales y en los contratos laborales; se la considera no escrita, por solicitud del no profesional

o del empleado”<sup>93</sup>. Con respecto al texto actual, esta redacción presenta varias ventajas, de las cuales vale la pena resaltar tres: en primer lugar, la sanción como cláusula “no escrita” es jurídicamente más apropiada que la nulidad; en segundo lugar, se permite la cláusula arbitral entre no profesionales y, finalmente, en los contratos con una parte fuerte y una débil, la cláusula compromisoria se encontrará desprovista de efecto sólo si la parte débil así lo solicita, y no de forma automática.

Esta reforma debería llevarse a cabo junto con aquéllas que hemos sugerido antes, respecto de todas las disposiciones del Código civil que, de cerca o de lejos, atañen al arbitraje.

En resumidas cuentas, habría que depurar los artículos 1592° y 1644°, reemplazando la palabra “*arbitrage*” por el término idóneo, derogar los artículos 2059° y 2060°, y volver a redactar los artículos 2061° y 2123°, inciso 3, así como el intitulado del Título XIV del Libro III del Código Civil.

Esta reforma integral tendría la ventaja de armonizar el texto del Código Civil con las interpretaciones bien intencionadas que de él se hacen e, incluso, con la

<sup>91</sup> FOUCHARD, Ph. “La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”. *Op. cit.*, especialmente N° 29-31; JARROSSON, Ch. “Le nouvel essor de la clause compromissoire”. *Op. cit.*, especialmente N° 17; E. LOQUIN. “Législation: les métamorphoses de la clause compromissoire”. *Op. cit.*, especialmente pp. 646-647; CLAY, Th. “La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne”. *Op. cit.*; M.-Cl. RIVIER. “La réforme de la clause compromissoire”. *Op. cit.*; DEGOS, L. “Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire”, *Op. cit.*, especialmente p. 655.

<sup>92</sup> FOUCHARD, Ph. *Op. cit.*, especialmente N° 22-23; JARROSSON, Ch. *Op. cit.*, especialmente N° 18; LOQUIN, E. *Op. cit.*, especialmente p. 647; CLAY, Th. *Op. cit.*; RIVIER, M.Cl M.Cl. *Op. cit.*; DEGOS, L. *Op. cit.*, especialmente p. 656-657.

<sup>93</sup> Ch. JARROSSON. “La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.)”. *Op. cit.*, especialmente N° 40.

intención real de los redactores, no siempre expresada correctamente. Corrigiendo estos errores que con el transcurso de los años se han ido acumulando, se restablecerá en cierta medida la ortodoxia jurídica. De esta manera se subsanará el trabajo a menudo mediocre del legislador, el cual ha quedado al descubierto después del análisis de estas disposiciones. Aun cuando las normas sobre el arbitraje constituyen una secuencia de errores, sin parangón por su continuidad y magnitud, ellas nos muestran cómo la búsqueda de la *ratio legis* no es más que una empresa vana y constituyen un triste ejemplo de la forma como se lleva a cabo la función legislativa.

Después de esta breve exposición de los yerros del Código Civil, la paradoja se hace evidente: el derecho francés del arbitraje es, sin lugar a dudas, uno de los más vanguardistas e influyentes en la actualidad y el Código Civil francés, tal vez la más célebre de las codificaciones decimonónicas, consagra disposiciones

sobre la materia que están muy lejos de ser satisfactorias. Pero, entonces, ¿cómo ha logrado el derecho francés desarrollarse a pesar de las deficiencias del Código Civil? Afortunadamente, la prodigiosa combinación de excelentes magistrados, audaces abogados y acuciosos doctrinantes ha favorecido una producción jurisprudencial de primer nivel que ha permitido el gran desarrollo del arbitraje en Francia y su gran influencia a nivel mundial<sup>94</sup>.

Si bien es cierto que este fenómeno se ha presentado principalmente respecto del arbitraje internacional, no puede negarse que la teoría francesa del arbitraje, en general, ha llegado a constituirse en un referente obligatorio, especialmente en Latinoamérica<sup>95</sup>. Así las cosas, resulta imperativo armonizar las disposiciones del Código Civil con la teoría y la práctica que se han desarrollado en Francia en torno al arbitraje, para, de esta forma, presentar al mundo un “derecho francés del arbitraje” mucho más integral y coherente.

<sup>94</sup> Véase al respecto: CLAY, Th. Cometario al fallo C.Cass. 1 cham. Civ. 1 febr. De 2005 Estado de Israel - Sociedad NIOC in Panorama de Jurisprudencia Francesa (por el capítulo francés del Club Español del arbitraje). Revista del Club Español del Arbitraje 3/2008, pp. 90-93.

<sup>95</sup> Por ejemplo, recientemente se tradujo y publicó en Latinoamérica el brillante libro *Théorie de l'arbitrage* del fallecido profesor francés BRUNO OPPETIT. OPPETIT, B. *Teoría del arbitraje*. Trad. E. SILVA ROMERO, F. MANTILLA ESPINOSA y J.J. CAICEDO DEMOULIN. Bogotá: Legis / Universidad del Rosario, 2006.

Un estudio completo de la influencia de la doctrina y jurisprudencia francesas en materia de arbitraje en los distintos países latinoamericanos en: CAIVANO, R. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*. Universidad del Rosario / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2008.





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

YVES DERAINS (\*)  
STÉPHANIE REGIDOR (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La autonomía-separabilidad.* 2.1. *El principio.* 2.2. *Las consecuencias del principio de autonomía - separabilidad.* 2.2.1. *Es indiferente la suerte del contrato principal.* 2.2.2. *El acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al derecho aplicable al contrato principal.* 3. *La autonomía con respecto a toda ley estatal.* 3.1. *Evolución de la jurisprudencia.* 3.2. *Críticas y justificación.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo arbitral está marcado por el principio de autonomía. Ahora bien, en derecho francés, este término designa dos cosas diferentes, que conviene distinguir: en primer lugar, la autonomía del acuerdo arbitral con respecto al contrato al que se refiere. Este es el sentido tradicional del concepto de autonomía, también aludido como “separabilidad” (2). Con el tiempo, otro sentido se agregó a la noción de autonomía del acuerdo arbitral, aunque quizás impropriamente: la autonomía del mismo con respecto a toda ley estatal (3). El presente estudio tratará de estos dos aspectos, y de las consecuencias que les atribuye la jurisprudencia francesa.

## 2. LA AUTONOMÍA-SEPARABILIDAD

### 2.1. El principio

El principio de la autonomía del acuerdo arbitral, en su concepción clásica, fue establecido en Francia en la decisión del 7 de mayo de 1963 de la Cour de cassation llamada jurisprudencia “Gosset”, en los siguientes términos, que fueron calificados de “*lenguaje de tipo legislativo*”<sup>1</sup>:

“En materia de arbitraje internacional, el acuerdo de arbitraje, concluido separadamente o incluido en el acto jurídico al que se refiere, presenta siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyendo que pueda estar afectado por una eventual invalidez del acto”<sup>2</sup>.

(\*) Socio fundador, Derains & Gharavi, París.

(\*\*) Ex asociada Derains & Gharavi, París.

<sup>1</sup> FRANCESKAKIS, PH. “Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire”. En: *Revue de l'arbitrage*, 1974, p. 67, spéc., p. 69.

<sup>2</sup> Cour de cassation, civ. 1<sup>ère</sup>, 7 de mayo de 1963. En: *JCP* 1963.II.13405, nota B. GOLDMAN. En: *Journal du droit international* 1964, p. 82, note J.D. BREDIN. En: *Revue critique de droit international privé* 1963, p. 615, note H. MOTULSKI.

Este principio ha sido reafirmado constantemente por la jurisprudencia desde entonces.

Encuentra su justificación, según la mayoría de la doctrina, en el hecho que el acuerdo principal y el acuerdo arbitral –ya sea incluido materialmente en el texto del acuerdo principal o constitutivo de un documento separado– son en realidad dos contratos, cada uno con un objeto distinto, el objeto del acuerdo arbitral siendo de índole procesal<sup>3</sup>.

El principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje guarda una relación con el principio de “competencia-competencia”, que otorga a los árbitros la posibilidad de decidir sobre su propia competencia. Pero estos dos principios no se confunden. En efecto, el principio de autonomía implica ver en el acuerdo de arbitraje un contrato separado, mientras que el principio de la competencia-competencia consiste en otorgar a los árbitros el poder de decidir ellos mismos sobre su propia competencia y sobre la existencia, validez y alcance de la propia cláusula de arbitraje.

Si bien es cierto que el principio de autonomía permite que el árbitro decida sobre su propia competencia, siendo que cualquier vicio del contrato principal no puede afectar al acuerdo de arbitraje y por consiguiente a la competencia del árbitro,

los dos principios recubren realidades distintas puesto que la autonomía del acuerdo arbitral no es suficiente para fundar el poder del árbitro de decidir sobre su competencia cuando se critica ya no el contrato, sino el acuerdo de arbitraje en sí mismo. En ese caso, la competencia del árbitro se funda en el principio de la competencia-competencia<sup>4</sup>.

## 2.2. Las consecuencias del principio de autonomía - separabilidad

### 2.2.1. Es indiferente la suerte del contrato principal

El primer efecto directo de la autonomía del acuerdo arbitral con respecto al contrato principal es que no es afectado por la suerte del contrato principal. La nulidad (como en la jurisprudencia Gosset), la resolución, la novación, o la inexistencia del contrato principal no afectan la validez del acuerdo arbitral.

Se llegó a sugerir que si la nulidad del contrato principal no afectaba al acuerdo arbitral, su inexistencia sí lo haría<sup>5</sup>. De hecho, se avanzó que la inexistencia del contrato podría ser una de las “circunstancias excepcionales” que menciona la decisión “Gosset”. Ahora bien, esta distinción no nos parece apropiada, en la medida en que es a menudo difícil

<sup>3</sup> Para una interpretación diferente, ver: MAYER, P. “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, En: *Revue de l'arbitrage*, 1998, N°2, p 359, que ve en la cláusula de arbitraje únicamente una cláusula del contrato principal separable del mismo, y que por lo tanto le puede sobrevivir

<sup>4</sup> FOUCHARD, PH.; GAILLARD, E.; B. GOLDMAN. *On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, N°416.

<sup>5</sup> SANDERS, P. “L'autonomie de la clause compromissoire”. *Etudes Eisemann*, p. 31.

distinguir entre los conceptos de nulidad e inexistencia. Existiría el riesgo de multiplicación de las acciones dilatorias, que el principio de autonomía busca precisamente evitar. Es pues normal que la mera alegación de inexistencia del contrato principal no prive al tribunal arbitral de competencia. En cambio, incumbirá al tribunal arbitral, si efectivamente dictamina que el contrato principal es inexistente, inferir las consecuencias en cuanto al acuerdo arbitral, siempre y cuando considere que las causas de inexistencia del contrato principal afectan también al acuerdo arbitral.

La distinción entre la nulidad y la inexistencia no prosperó en la jurisprudencia francesa. Así, en su decisión del 6 de diciembre de 1988, la Cour de cassation afirmó que:

“el principio de la autonomía del acuerdo arbitral permite prevalerse de este acuerdo incluso cuando el contrato firmado por las partes no pudo entrar en vigor, ya que el litigio que las opone está relacionado con la conclusión [del contrato]. Una Cour d’appel descartó justamente la excepción de nulidad fundada en el artículo 1502-1° N.C.P.C. que pretendía que el acuerdo arbitral

sería sin efecto pues incluido en un contrato inexistente”<sup>6</sup>.

Salvo muy escasas excepciones (como el caso “Cassia”<sup>7</sup>), esa jurisprudencia no se desmintió, como lo demuestran dos decisiones más recientes en las que la Cour de cassation indicó que “en aplicación del principio de validez del acuerdo arbitral y de su autonomía en materia internacional, ni la nulidad ni la inexistencia del contrato que lo contiene pueden afectarlo” (Decisión “Omenex”<sup>8</sup> y decisión “NBC”<sup>9</sup>).

Esa distinción fue de todos modos expresamente descartada por el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 – ratificado por 27 Estados europeos<sup>10</sup>, y 3 no europeos<sup>11</sup> –, cuyo artículo V, §3 dispone que el tribunal arbitral “*tiene el poder de decidir sobre [...] la existencia o la validez [...] del contrato del que forma parte [el acuerdo arbitral]*”, así como por el reglamento de arbitraje CNUDMI.

Esta concepción de la autonomía trajo como corolario desde el principio la posibilidad que el acuerdo arbitral pueda ser regido por un derecho distinto a aquel aplicable al contrato principal.

<sup>6</sup> Cass. 1ère civ. 6 de diciembre de 1988, En: *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 641.

<sup>7</sup> “Cour de cassation, 1ère civ. 10 de julio de 1990”. En: *Journal du Droit International* 1, 1992, p. 168

<sup>8</sup> “Cour de cassation, 1ère civ., 25 de octubre de 2005”. En: *Revue de l'arbitrage* 2006, p. 103. En: *Journal du Droit International* 2006, p. 996.

<sup>9</sup> “Cour de cassation, 1ère civ. 11 de julio de 2006”. En: JCP G, 2006, I, 187, p. 2100; JCP G, 2006, II, 10182.

<sup>10</sup> Albania, Alemania, Austria, Belarus, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, República Checa, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Macedonia, Malta, República de Moldavia, Polonia, Rumanía, Federación de Rusia, Serbia y Montenegro, Turquía, Ucrania.

<sup>11</sup> Burkina Faso, Cuba, Kazajstán.

## 2.2.2. El acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al derecho aplicable al contrato principal

Esto es cierto tanto en el supuesto que se considere que el acuerdo de arbitraje debe ser sometido a una ley determinada en función de reglas de conflicto tradicionales, como en el supuesto que se considere, como en el estado de la última jurisprudencia, que la validez y existencia del acuerdo de arbitraje depende de reglas materiales aplicables en virtud del carácter internacional del arbitraje.

En el primer supuesto, existe una abundante jurisprudencia de los tribunales en Francia que aplicó esta consecuencia de la autonomía del acuerdo arbitral. Así, la Cour d'appel declaró en una decisión "Quijano Agüero" del 25 de enero de 1972, que "*la ejecución [del acuerdo de arbitraje] no obedece necesariamente a la ley que rige [el contrato que lo incluye]*"<sup>12</sup>. Igualmente, en una decisión "Sonetrex" del 3 de marzo de 1992, la Cour de cassation confirmó la decisión de la Cour d'appel de París de no aplicar la ley del contrato principal en los términos siguientes:

"Una Corte de apelación, que apreció soberanamente que la aceptación de las cláusulas de arbitraje intervino al mismo tiempo que el acuerdo de las partes sobre el contrato principal, y tratándose [...] de establecer la aceptación por una parte de las cláusulas de arbitraje, lo

único discutido, la Corte de apelación no tenía que decidir, en cuanto a la forma y a la prueba de estas cláusulas, en función de una ley que, con motivo de su autonomía en caso de arbitraje internacional podría, además, no serles aplicable"<sup>13</sup>.

Ahora bien, el hecho que el acuerdo de arbitraje pueda ser sometido a una ley distinta a la ley aplicable al contrato principal no significa que necesariamente deba ser así<sup>14</sup>. La solución de aplicar la misma ley se entiende cuando una identidad de indicios conduce a localizar dos actos jurídicos autónomos en un mismo sistema jurídico<sup>15</sup>.

En el supuesto que se considere, como lo hace la jurisprudencia más reciente, que la existencia y validez del acuerdo de arbitraje se deben apreciar fuera de toda referencia a una ley aplicable, esta afirmación también encuentra su justificación en el principio de autonomía del acuerdo arbitral, como se desarrolla a continuación.

## 3. LA AUTONOMÍA CON RESPECTO A TODA LEY ESTATAL

### 3.1. Evolución de la jurisprudencia

Como otra consecuencia del principio clásico de autonomía-separabilidad del acuerdo de arbitraje, la jurisprudencia

<sup>12</sup> Decisión "Quijano Agüero". En: *Revue de l'arbitrage* 1973. p. 158.

<sup>13</sup> Decisión "Sonetex", En: *Revue de l'arbitrage* 1993. N°2. p. 273.

<sup>14</sup> Laudo CCI N° 6840 emitido en 1991, En: *Journal du droit international* 4 1992. p. 1031. nota DERAÏNS, Y.

<sup>15</sup> "Cour d'appel de París 13 de diciembre de 1975". En: *Revue critique de droit international privé* 1976. p. 510. nota OPPEIT, B.

francesa se orientó hacia otro concepto de autonomía, más amplio que el anterior, que permitía plantear un principio de validez de dicho acuerdo, sin necesidad de pasar por el clásico método de conflicto de leyes.

Así, por primera vez en 1972, la Cour de cassation declaró en el caso “Hecht”, en el cual la Cour d’appel de París había declarado válido un acuerdo arbitral refiriéndose al principio de autonomía y a la voluntad de las partes, sin referencia a ninguna ley estatal, que:

“después de subrayar el carácter internacional del contrato que une a las partes y el hecho que, en materia de arbitraje internacional el acuerdo arbitral presenta una completa autonomía, la decisión impugnada dedujo justamente de ello que la clausula litigiosa debía, en este caso, recibir aplicación”<sup>16</sup>.

Posteriormente, la decisión de la Cour d’appel de París en el caso “Menicucci” del 13 de diciembre de 1975 adopta todavía términos más radicales. Se trataba de un litigio relativo a un contrato entre un comerciante y un no-comerciante franceses, un acto mixto según el derecho francés – la ley francesa interna prohíbe todo acuerdo arbitral en los actos mixtos. La Corte, sin negar el carácter mixto del contrato, consideró que era internacional y declaró inaplicable la ley francesa sobre la base de la completa autonomía del acuerdo arbitral. Lo hizo en los siguientes términos:

“Sin que sea necesario en las circunstancias buscar la ley aplicable sea al fondo del contrato (...) sea a la instancia arbitral y la sentencia, basta, para aceptar la excepción de incompetencia comprobar que, habida cuenta de la autonomía del acuerdo de arbitraje, que instituye un arbitraje en un contrato internacional, que dicho acuerdo es válido independientemente de la referencia a toda ley estatal”<sup>17</sup>.

Esta línea de jurisprudencia que nació al principio de los años 70, cuyo objeto era asegurar la eficacia del acuerdo de arbitraje en un contrato mixto internacional que hubiese podido ser declarado nulo si se le aplicaba una ley estatal, conoció otra evolución a finales de los años 80 – principio de los años 90. Varias decisiones de la Cour d’appel de París hablaron entonces de “validez y eficacia propias” del acuerdo de arbitraje. Así, en una decisión del 28 de noviembre de 1989 (caso “Cotunav”) – por tomar un ejemplo entre muchos–, la Cour d’appel de París declaró:

“(…) el acuerdo de arbitraje incluido en un contrato internacional tiene una validez y una eficacia propias que obligan a extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan resultar de ella, cuando está establecido que su situación contractual y sus actividades hacen presumir que aceptaron el acuerdo de arbitraje, cuya existencia y alcance conocían, aunque no hayan sido signatarias del contrato que lo contenía”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 de Julio de 1972, En: *Journal du droit international* 1972. p. 843. nota OPPETIT, B.

<sup>17</sup> Cour d’Appel de París, 13 de diciembre de 1975, En: *Journal du droit international* 1977, p. 107. nota LOQUIN, E. En: *Revue de l’arbitrage* 1977. p. 147. nota FOUCHARD, Ph.

<sup>18</sup> Cour d’appel de París, 28 de Noviembre de 1989, En: *Revue de l’arbitrage*, 1990, N°3, p. 675, nota MAYER, P.

Esta noción de “*validez y eficacia propias*” dio lugar a muchos comentarios y críticas por parte de la doctrina, que se expondrán más adelante. Ahora bien, esta fórmula no fue utilizada por la Cour d’appel de París para apreciar la validez en sí misma del acuerdo arbitral, sino para inferir las consecuencias de su alcance con respecto a las partes que no lo firmaron formalmente. Conviene señalar de todos modos que la Cour de cassation, aún confirmando las decisiones de la Cour d’appel, nunca hizo referencia al concepto de “*validez y eficacia propias*” del acuerdo arbitral.

Otra serie de decisiones de la Cour d’appel de París siguieron esa línea pero con más matices, con el fin de inscribir la validez del acuerdo arbitral en los límites de las exigencias del orden público internacional. Es el caso en particular de las decisiones “Gatoil”<sup>19</sup>, “Entreprise Ducler”<sup>20</sup>, “Jaguar”<sup>21</sup>. Así, en la decisión Gatoil, la Cour d’appel declaró:

“en materia de arbitraje internacional, el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje es de aplicación general, como regla material internacional que consagra la liceidad del acuerdo de arbitraje, fuera de toda referencia a un sistema de conflicto de leyes, la validez del acuerdo debiendo ser controlada a la luz de las únicas exigencias del orden público internacional”.

Por fin, en su emblemática decisión “Dalico” del 20 de diciembre de 1993, la Cour de cassation fijó esta interpretación, en términos de una gran claridad:

“En virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, el acuerdo arbitral es independiente jurídicamente del contrato principal que lo contiene directamente o por referencia, y su existencia y eficacia se aprecian, bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal”<sup>22</sup>.

Desde la decisión “Dalico”, la jurisprudencia de la Cour de cassation fue constante en cuanto aplicó sistemáticamente el método de las reglas materiales del comercio internacional, en vez del método de conflictos de leyes. Así aparece en la decisión “Uni-Kod” de 2004 (“... en virtud de una regla material del derecho del arbitraje internacional, la clausula arbitral es independiente jurídicamente del contrato que la contiene directamente o por referencia”)<sup>23</sup>, en la decisión “Nemesis” de 2005 (“la Cour d’appel justifico legalmente su decisión respecto de la regla material del derecho del arbitraje según la cual pertenece al árbitro pronunciarse por prioridad, bajo el control eventual del juez de la anulación,

<sup>19</sup> Cour d’appel de París, 17 de Diciembre de 1991. En: *Revue de l’arbitrage* 1993, p. 281.

<sup>20</sup> Cour d’appel de París, 8 de Marzo de 1990. En: *Revue de l’arbitrage* 1990, p. 675.

<sup>21</sup> Cour d’appel de París, 7 de Diciembre de 1994. En: *Revue de l’arbitrage* 1996, p. 245.

<sup>22</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ. 20 Décembre 1993. En: *Journal du droit International* 1994, p. 432 (nota E. GAILLARD) y p. 690 (nota E. LOQUIN). En: *Revue de l’arbitrage* 1994, p. 116. Nota H. Gaudemet-Tallon.

<sup>23</sup> Decisión “Uni-Kod”, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 30 de marzo de 2004. En: *Revue de l’arbitrage* 2005, p. 961.

sobre su competencia, salvo nulidad o inaplicabilidad manifiesta de la cláusula arbitral”<sup>24</sup>, en la decisión “Jules Vernes” de 2006 (“el principio de validez del acuerdo arbitral [es una] regla material del derecho francés del arbitraje internacional que consagra la liceidad de la cláusula arbitral independientemente de cualquier ley estatal”)<sup>25</sup>. Más recientemente, la Cour de cassation decidió, en la misma línea, que:

“el compromiso de una sociedad en un arbitraje no se aprecia por referencia a cualquier ley estatal, sino por la ejecución de una regla material deducida del principio de validez del acuerdo arbitral fundada en la voluntad común de las partes, de la exigencia de buena fe y de la creencia legítima en los poderes del firmante de la cláusula para pactar actos de gestión corriente que vinculen a la sociedad”<sup>26</sup>.

### 3.2. Críticas y justificación

Se criticaron mucho la “validez y eficacia propias” atribuidas al acuerdo arbitral como consecuencia de la autonomía de dicho acuerdo. Ahora bien, como dijimos más arriba, estas calificaciones fueron dadas únicamente por la Cour d’appel de París, en asuntos donde la cuestión planteada era la existencia y extensión del consentimiento de las partes

que no lo firmaron. En ningún momento se trató de considerar la validez del acuerdo arbitral. La Cour de cassation siempre evitó cuidadosamente referirse a esos conceptos.

También se criticó lo que se pudo apreciar erróneamente como “*autonomía total*”. Pero en realidad, lo que introdujo la jurisprudencia Dalico no es eso: se trata simplemente de descartar el método de conflictos de leyes a favor de una regla material, siempre supeditada a las exigencias del orden público internacional. En realidad, esta elección es positiva, pues permite deshacerse de las inevitables incertidumbres y correlativas incoherencias que resultan del método de conflictos de leyes. Famosos autores, por demás grandes profesionales del arbitraje, lo expusieron muy justamente en su “*Traité de l’arbitrage commercial international*”<sup>27</sup>, concluyendo su análisis por estas palabras del no menos ilustre R. DAVID relativas a las normas de conflictos de leyes aplicables al acuerdo arbitral:

“No resulta que en ningún país la jurisprudencia aplique principios bien definidos; las formulas que se encuentran ocasionalmente en las decisiones no pueden ser consideradas como constitutivas de una adhesión global a una cierta teoría y no constituyen otra cosa mas que una motivación juzgada oportuna para

<sup>24</sup> Decisión “Nemesis”, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 22 de noviembre de 2005. En: *Journal du droit international* 2004, p. 1187.

<sup>25</sup> Decisión “Jules Vernes”, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 7 de junio de 2007. En: *Revue de l’arbitrage* 2006, p. 945.

<sup>26</sup> “Decisión Soerni”, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ. 8 de Julio de 2009. En: Bulletin civil de la Cour de cassation, R 165(2), p. 146.

<sup>27</sup> FOUCHARD, PH.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, N° 421 a 434.

justificar la solución dada al caso en concreto”<sup>28</sup>.

De todos modos, la referencia al orden público internacional es suficientemente protectora. La jurisprudencia no pretendió eludir todo control del acuerdo arbitral. Al contrario, como lo destacaron estos autores, “*no se trata de contrato sin ley, pero de contrato sin conflictos de*

*leyes. En otros términos, no resulta de esa jurisprudencia ningún principio de invulnerabilidad del acuerdo arbitral*”<sup>29</sup>.

La justificación más satisfactoria del principio de autonomía del acuerdo arbitral reside en definitiva en “la voluntad manifestada por los jueces franceses de asegurar al acuerdo arbitral la mayor eficacia”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, N° 242.

<sup>29</sup> FOUCARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, N°442.

<sup>30</sup> RACINE, J. B. “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international”, En: *Revue de l'arbitrage* 2005, N°2, p. 313. Ver también A. DIMOLITSA, “Autonomie et Kompetenz-Kompetenz”, En: *Revue de l'arbitrage* 1998, p. 307; “l'enjeu est l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage” “Lo que está en juego es la máxima eficacia del acuerdo de arbitraje”.



# LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

ALEXIS MOURRE (\*)

**SUMARIO:** 1. *Contexto del problema.* 1.1. *Definición de la intervención y distinciones necesarias.* 1.2. *Estado del derecho y razones para aprobar las evoluciones en curso.* 1.2.1 *Estado del derecho.* 1.2.2 *Razones para aprobar las evoluciones en curso.* 1.2.3 *Las tentativas efectuadas hasta ahora para hacer posible la intervención de terceros.* 2. *¿En qué casos y bajo qué condiciones, la intervención de un tercero en el procedimiento arbitral puede ser admitida?* 2.1. *La intervención voluntaria en la instancia arbitral.* 2.1.1 *¿Quién es el tercero?* 2.1.2. *¿Qué quiere el tercero?* 2.2. *La intervención forzosa.* 3. *Conclusiones.*

1. Es una constatación generalmente compartida hoy en día que el arbitraje se ha convertido en el modo normal de resolución de conflictos del comercio internacional. Las estadísticas de las grandes instituciones de arbitraje, tales como la CCI<sup>1</sup> muestran un crecimiento continuo del número de procesos y una diversificación significativa en el origen geográfico de las partes.

En este contexto, el arbitraje se encuentra frente a numerosos desafíos, entre los que se cuenta, la complejidad creciente del contexto económico en el cual evoluciona el arbitraje. Con la mundialización de los intercambios y el

movimiento de concentración de empresas que lo acompaña, las operaciones que involucran un gran número de partes y una multiplicidad de diferentes instrumentos contractuales, son cada vez más frecuentes.

Por un lado, es frecuente que relaciones contractuales jurídicamente distintas correspondan a un contexto económico único y requieran soluciones globales en lugar de una fragmentación del contencioso. Por otra parte, los litigios surgen, cada vez más, con ocasión de contratos que incluyen una pluralidad de partes diversas.

---

(\*) Socio Fundador de Castaldi Mourre & Partners, París. Profesor de la Universidad de Versailles y de la Universidad de Santo Domingo, República Dominicana. Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Vicepresidente del Comité de Arbitraje de la IBA.

<sup>1</sup> *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, v. 20, n. 1-2009.

Sin embargo, la doble naturaleza del arbitraje, a la vez jurisdiccional y contractual constituye una desventaja para responder a las exigencias planteadas por estas situaciones. En este sentido, diversos problemas se plantean: la oponibilidad de la cláusula de arbitraje a terceros, las modalidades de formación del tribunal en presencia de pluralidad de partes, la unión eventual de distintos procedimientos de arbitraje, las relaciones entre un procedimiento de arbitraje en curso con los terceros que no son partes, etc.

3. Tratándose en primer lugar, de la extensión y de la transmisión de la cláusula compromisoria a las partes que no la han firmado, ya desde hace bastante tiempo, la “jurisprudencia arbitral” ha intentado elaborar criterios que permitan a los árbitros “librarse del formalismo ligado a la firma del contrato, y ello respetando a la vez la seguridad de las transacciones (...)”<sup>2</sup>. De esta manera, se ha aceptado en múltiples ocasiones, que una cláusula compromisoria pueda oponerse a terceras sociedades que formen parte del mismo grupo que la parte que se hubiese comprometido.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales estatales, esta ha admitido en numerosas ocasiones que la cláusula compromisoria contenida en un contrato internacional tiene una “validez y una eficacia propias que exigen la extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan resultar, desde que se haya establecido que su situación y sus actividades hacen presumir que ellas han tenido conocimiento de la existencia y de la extensión de la cláusula de arbitraje, aunque no hayan sido signatarias del contrato que la estipuló”<sup>3</sup>.

La jurisprudencia francesa ha extendido igualmente la cláusula compromisoria a los terceros a los que se considera –en ocasiones de manera bastante discutible– que han sido representados o han tenido conocimiento de la existencia de la cláusula<sup>4</sup>. La *Cour d’appel de Paris* ha admitido incluso la extensión de la cláusula compromisoria a un tercero sobre el fundamento de la “teoría de la apariencia”, juzgando que las circunstancias de la negociación y de la conclusión del contrato habían creado

<sup>2</sup> ARNÁLDEZ, J.J., nota sobre la sentencia CCI 7155 de 1993, En: *JDI*, N°4 1996, p. 1040.

<sup>3</sup> C.A. *Paris* 30 de noviembre de 1988, En: *Rev. Arb.* 1989, p. 691; C.A. *Paris*, 28 de noviembre de 1989, En: *Rev. Arb.* 1990, pp. 675 y ss.; C.A. *Paris*, 11 de enero de 1990, En: *J.D.I.* 1991, p. 141 con nota de Audit B.; C.A. *Paris*, 8 de octubre de 1997, En: *Gaz. Pal.* 9-11 de enero de 2000. Ver sobre esta jurisprudencia, la nota crítica del Prof. Pierre Mayer en *Rev. Arb.* 1990, p. 681 y ss., quien dice que “*la formule frappante qu’affectonne la Cour de Paris ne recouvre qu’une réalité des plus modestes. Si les non signataires se voient étendre l’application de la clause, ainsi que la charge des obligations substantielles ou le bénéfice des droits, c’est tout simplement parce que, de par leur propre volonté, pas toujours expresse mais certaine, ils y sont devenus parties*”. En relación a la oponibilidad a terceros de la cláusula compromisoria ver también Daniel Cohen “*Arbitrage et société*”. *Paris* 1993, *L.G.D.J.*; y más recientemente, la decisión de la C.A. *Paris*, de 25 de septiembre de 2008 “*Joseph Abela Family Foundation*”.

<sup>4</sup> C.Cass. *civ.* de 14 de octubre de 1987, En: *Rev. Arb.* 1988, pp. 288 y ss.; C.A. *Paris*, 4 de enero de 1980; C. *Cass. com.* de 13 de noviembre de 1967, *Rev. Arb.* 1967, pp. 116 y ss.; Sobre el conjunto de la cuestión, ver particularmente GOUTAL, J.L. “*L’arbitrage et les tiers, rapport général*”, En: *Rev. Arb.* 1988, pp. 439 y ss.

en el demandante la creencia legítima de que este tercero era parte<sup>5</sup>.

Tratándose de mecanismos de transmisión de la cláusula, de diferente naturaleza jurídica, la jurisprudencia ha admitido que la cláusula obliga a los terceros que retoman los derechos y obligaciones de la parte firmante<sup>6</sup> y los terceros cesionarios del crédito<sup>7</sup>.

Pero esta jurisprudencia expansionista encuentra sus límites en el principio de relatividad de los contratos impuesto por el artículo 1.165 del Código Civil francés<sup>8</sup> según el cual, los contratos no tienen efectos sino entre las partes contratantes<sup>9</sup>. Es así que la jurisprudencia arbitral ha rechazado numerosas veces extender la cláusula compromisoria a las sociedades de un grupo en ausencia

de una participación de la sociedad a la negociación o a la ejecución del contrato<sup>10</sup>.

La jurisprudencia estatal por su parte, luego de haberse negado inicialmente a considerar que el beneficiario de una estipulación a favor de terceros se encontraba ligado por la cláusula compromisoria concluida entre el estipulante y el promitente, la *Cour de cassation* francesa admitió correctamente que el beneficiario de la estipulación se encuentra vinculado por la cláusula compromisoria<sup>11</sup>.

4. Tratándose de la organización del arbitraje en presencia de una pluralidad de demandados, la reflexión se ha concentrado esencialmente sobre las cuestiones ligadas a la formación

<sup>5</sup> CA Paris de 7 de octubre de 1999. En: "Les Cahiers de l'arbitrage, Recueil I", p. 289; En : *Rev. Arb.* 2000, pp. 288 y ss. con nota de D. BUREAU.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 1°, 8 de febrero de 2000. En: *Gaz. Pal.* 1-2 de diciembre de 2000; CA Lyon de 15 de mayo de 1997. En: *Gaz. Pal.* 9-11 de enero de 2000; C.Cass. civ. 1°, 27 de marzo de 2007, "Alcatel c./Amkor", con crítica de LEGROS, Cécile. En: *JDI* N° 3, 2007, p. 799.

<sup>7</sup> C.Cass. civ. 1°, de 5 de enero de 1999 comentada por Etienne Pataut en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999 (3), pp. 536 y ss.; y C.Cass. civ. 1°, de 19 de octubre de 1999, ambas decisiones comentadas por Daniel Cohen en *Rev. Arb.* 2000 N° 1, pp. 85 y ss.

<sup>8</sup> Artículo 1.665 del Código Civil francés: "Los contratos sólo tendrán efecto entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y sólo les aprovecharán en el caso previsto en el artículo 1.121".

<sup>9</sup> C.Cass. com. de 15 de noviembre de 1977. *Bull. civ.* IV, N° 262, en: *Rev. Arb.* 1980, p. 69 con nota de B. MOREAU.

<sup>10</sup> Laudos CCI N° 5891 de 1988. En: *Bull. Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, nov. 1991, p. 23; 5920 de 1989, *Bull. Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, nov. 1991, p. 27 ; 6519 de 1991, *Bull. Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, nov. 1991, p. 34 ; 7155 de 1993. En: *J.D.I.*, 1996, pp. 1037 y ss.; Laudo en el caso 10758 en 2000, comentada por ARNÁLDEZ, J.J. En: *JDI* 4 2001, p. 1171.

<sup>11</sup> Sobre la posición original, ver C.Cass. com. 4 de junio de 1985, *Bull. civ.* IV, N° 178, y el artículo de GOUTAL, J.L. En: *Rev. Arb.* 1987, p. 139; también C.Cass. civ. 1°, de 20 de octubre de 1987, *Rev. Arb.* 1988, p. 559. Sin embargo ver el giro que se produjo en la jurisprudencia francesa en la decisión C.Cass. civ. 1° de 11 de julio de 2006 "la cláusula arbitral contenida en el contrato que obliga al estipulante y al promitente, puede ser invocada por y contra el tercero beneficiario de una estipulación a favor de terceros". Comentada por LARROUMET, Ch. En: *Rev Arb.* 2006, 4, pp. 970 y ss.

del tribunal y sobre el problema de acumulación de procedimientos<sup>12</sup>. Aquí de nuevo, las soluciones propuestas chocan contra ciertos principios fundamentales. La constitución del tribunal en presencia de una pluralidad de demandados no podrá hacerse sino tomando en cuenta el principio de igualdad de armas<sup>13</sup>. En cuanto a la acumulación de procedimientos, esta continúa dependiendo fundamentalmente del acuerdo de las partes, y ni la doctrina ni la jurisprudencia parecen haber encontrado una solución definitiva a la cuestión de saber si la ejecución de un laudo decidido con acumulación forzada será compatible con las disposiciones de la Convención de Nueva York<sup>14</sup>.

5. La cuestión de la intervención de terceros en el curso del procedimiento, por el contrario, ha suscitado un interés más limitado.

En una primera parte, definiremos la intervención de terceros y examinaremos las razones que nos parecen militar a favor de una evolución del derecho sobre este asunto (I). En la segunda parte, abordaremos las condiciones a las que debería someterse la admisibilidad de la intervención en materia de arbitraje (II). Para concluir nos interrogaremos sobre los poderes que deberían ser reconocidos al árbitro confrontado a una solicitud de intervención (III).

## 1. CONTEXTO DEL PROBLEMA

6. Primero que nada, es necesario definir la intervención de terceros y realizar un cierto número de distinciones, antes de examinar el estado actual del derecho y de analizar las razones por las cuales debemos aprobar las evoluciones en curso.

<sup>12</sup> Ver especialmente, los trabajos del simposium de la ICCA en Varsovia en 1980, los de la conferencia organizada por el Comité Francés del Arbitraje el 5 de mayo de 1988 (*Rev. Arb.* 1988, pp. 431 y ss.), y las notas del grupo de trabajo establecido por la Comisión de Arbitraje Internacional de la CCI bajo la presidencia de J-L. Devolvé. Sobre la acumulación de procedimientos, ver especialmente de S. Jarvin, “*Problèmes posés par la jonction d'affaires, Multi-Party Arbitration*”, ICC Publishing, 1991, pp. 199 y ss.; Ver asimismo más recientemente, UGARTE, Ricardo y BEVILACQUAA Thomas. “Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions”. En: *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International. Vol. 27-1, 2010, pp. 9-49; VOSER, Nathalie. “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties”. En: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). “*50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, 2009*” Dublin. Vol. 14. Kluwer Law International 2009, pp. 343-410; y los trabajos del Congreso de la CCI “*Multiparty Arbitration*” celebrado en París el 8 de diciembre de 2009.

<sup>13</sup> C.Cass civ. 7 de enero de 1992, “*Dutco*”. En: *Rev. Arb.* 1992, p. 470 con nota de P. BELLET; En: *J.D.I* 1992, p. 707 con nota de JARROSSON, CH. En: *RTD Com.* 1992, p. 796 con nota de Dubarry y Loquin.

<sup>14</sup> La idea según la cual la acumulación de procedimientos puede ser ordenada sin el acuerdo de todas las partes parece, sin embargo progresar. La acumulación de procedimientos es prevista con diferentes variantes por los siguientes reglamentos y leyes nacionales, entre otros: el artículo 4.6 del reglamento de arbitraje de la CCI, aunque sólo tratándose de las mismas partes; el artículo 22.1.h de las reglas de la L.C.I.A.; el artículo 6B de la ley de arbitraje de Hong Kong; el artículo 4.2 de las reglas suizas de arbitraje; la jurisprudencia de los tribunales del Estado de Nueva York; el artículo 17(5) del proyecto revisado de las nuevas reglas UNCITRAL sobre arbitraje y la nueva cláusula compromisoria modelo para arbitrajes relativos a fideicomisos de la CCI.

### 1.1. Definición de la intervención y distinciones necesarias

7. La intervención tal y como está organizada frente a las jurisdicciones ordinarias por los artículos 325 y siguientes del Código de Procedimiento Civil francés cubre un gran número de situaciones diferentes. Veremos que la especificidad del arbitraje no justifica ninguna exclusión general ni absoluta; al contrario, cada situación deberá ser apreciada caso por caso, y para ello será necesario realizar un cierto número de distinciones.

8. En primer lugar, es importante definir la intervención en sí misma. Esta noción implica la existencia de una instancia a la cual, el tercero se unirá, sea por su propia iniciativa o por haber sido obligado.

En materia de arbitraje sin embargo, es necesario distinguir según si la intervención tiene lugar antes o después de la constitución del tribunal. Podemos perfectamente imaginar, en efecto, que un tercero intervenga en la instancia ante el juez de apoyo, actuando para resolver una dificultad en la constitución del tribunal arbitral. No existe ninguna razón para pensar que la intervención no sea admisible en este caso, lo cual sin embargo no implica que la intervención deba necesariamente ser admitida de manera automática cuando se produzca en la fase de la instancia arbitral propiamente dicha. Debe mencionarse igualmente el caso de la intervención ante la *Cour d'appel*, en la fase del procedimiento en anulación.

9. En segundo lugar, hay que distinguir según la cualidad del interviniente. La condición de tercero puede en efecto

referirse a la cláusula compromisoria, lo cual implica determinadas consecuencias, o solamente al procedimiento de arbitraje, lo que origina problemas de diferente naturaleza. La situación será efectivamente diferente en caso de intervención de una persona al mismo tiempo ajena al contrato y al procedimiento (a quien definiremos como “tercero absoluto”), o en el caso de la intervención de un tercero en el procedimiento, que fuese parte en el contrato que contiene la cláusula compromisoria, o que se encuentre en una situación jurídica de sujeción a la cláusula (al que definiremos como “tercero imperfecto”).

10. En tercer lugar, conviene distinguir según la finalidad de la intervención del tercero. Este último puede en efecto, querer limitarse a apoyar las pretensiones de una parte, caso previsto por el artículo 330 del CPC y calificado de “intervención voluntaria accesoria”. Es necesario en este caso, que el interviniente tenga un interés legítimo en apoyar a aquella parte para conservar sus propios derechos.

Alternativamente, la intervención puede ser relativa a pretensiones distintas de aquellas que las partes se exigen, ya sea a título activo (la intervención voluntaria principal prevista por el artículo 329 del CPC) o pasivo (caso de la intervención forzosa). En caso de intervención voluntaria principal, la intervención supone que el tercero tenga el derecho de actuar en relación a la pretensión que intenta; en materia de arbitraje, es necesario también que esta pretensión se encuentre dentro del campo de la cláusula compromisoria. En caso de intervención forzosa, la intervención puede pretender que el laudo

que se dicte resulte simplemente común y obligatorio para los terceros, o que el tercero sea condenado; en ambos casos, es necesario que el tercero se encuentre en una situación de sujeción respecto de la cláusula compromisoria.

Como vemos, las distinciones necesarias para apreciar el adecuado fundamento de una demanda de intervención son numerosas, el interés procesal del interviniente, la finalidad de la intervención, la naturaleza de las demandas, la cualidad de los terceros, etc.

## 1.2. Estado del derecho y razones para aprobar las evoluciones en curso

### 1.2.1. Estado del derecho

11. En materia de arbitraje, la opinión tradicionalmente admitida es que ninguna intervención, ni voluntaria, ni forzosa, se puede imponer a las partes.

MATTHIEU DE BOISSÉSON sostenía que “*ni l’intervention volontaire, ni l’intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l’arbitrage. L’intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l’hypothèse où l’ensemble des parties à la convention d’arbitrage accepte le principe de cette intervention*”<sup>15</sup>. El Profesor ERIC LOQUIN

afirmaba igualmente, que “*ni l’intervention forcée, ni l’intervention volontaire ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l’arbitrage. L’intervention volontaire ne pourra se réaliser qu’avec l’accord de l’ensemble des parties à l’arbitrage*”<sup>16</sup>. PATRICE LEVEL, por su parte, afirmaba que “*un tiers à la convention d’arbitrage, fut-il intéressé au contrat litigieux ou plus précisément au litige (...) ne peut intervenir dans un procès soumis à des arbitres, à l’investiture desquels il n’a pas été convié, hormis le cas où les parties en litige et le tiers consentent tous à cette intervention et que le tribunal arbitral ne s’y oppose pas*” y que “*le mécanisme de l’intervention ou de l’appel en garantie, au regard d’une instance préexistante, qui conduirait soit à imposer aux parties au litige et à leur tribunal arbitral d’accueillir la demande d’un tiers intéressé au litige, soit à obliger le tiers à participer à l’instance arbitrale, ne peut être admis au titre de l’effet relatif de la clause d’arbitrage ou du compromis*”<sup>17</sup>.

La jurisprudencia francesa se dirigía en el mismo sentido, así la *Cour d’appel de Paris* juzgó en el pasado que “*las reglas del derecho del arbitraje (...) no permiten extender a terceros (...) los efectos de la convención litigiosa y constituyen un obstáculo a todo procedimiento de intervención forzada o de llamada en garantía*”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> DE BOISSÉSON, Matthieu. “*Le droit français de l’arbitrage interne et international*”, *GLN Joly* 1990, p. 246.

<sup>16</sup> LOQUIN, Eric. “Arbitrage et cautionnement”. En: *Rev. Arb.* 1994, p. 247.

<sup>17</sup> LEVEL P. “La jonction des procédures, intervention de tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles”. En: *BULL. Cour Internationale d’arbitrage de la CCI*, 1996, N° 2, pp. 36 y ss.

<sup>18</sup> C.A. *Paris*, 19 de diciembre de 1986, en *Rev. Arb.* 1987, p. 359. Aunque más recientemente, la decisión *C.Cass 1° civ.* 14 de marzo de 2006, *Conselho Nacional de Carregadores c. Charasse*, *Rev. Arb.* 2006, p. 653, parecía dejar la posibilidad abierta.

Este principio no debe, sin embargo, confundirse con la posibilidad, que se admite en derecho francés, para los terceros de intervenir en el proceso de anulación del laudo. En este caso, en efecto, la intervención no se fundamenta en una “extensión del convenio arbitral, sino en reglas procesales propias al proceso ante las cortes estatales<sup>19</sup>.”

### 1.2.2. Razones para aprobar las evoluciones en curso

12. Podemos plantearnos si la posición tradicional no procede de una sobrevaluación de la dimensión contractual del arbitraje, en detrimento de su realidad jurisdiccional. Por otro lado, ella no parece otorgar suficiente consideración a los derechos de las terceras partes.

Dos tipos de razones concurren, a nuestro juicio, para admitir en ciertos casos la intervención de terceros en la instancia arbitral.

13. El primero es bien conocido y resulta inútil extenderse demasiado en él, todos reconocen que sería deseable, prevenir una fragmentación del contencioso; necesario, evitar que se pronuncien decisiones inconciliables; y beneficioso, ahorrar a las partes los costos y los plazos de procedimientos sucesivos.

14. El segundo se refiere específicamente a la intervención voluntaria y nos parece que por el contrario, ha sido un poco

subestimado hasta ahora. La intervención voluntaria siempre ha sido excluida sobre la base del postulado según el cual la naturaleza contractual del arbitraje sería un obstáculo. El problema fue planteado desde el punto de vista del derecho de las partes en el arbitraje, de conservar el dominio sobre el procedimiento, y no parece haber sido examinado desde el punto de vista de los derechos de los terceros. Sin embargo pudiéramos preguntarnos si en ciertos casos, éstos últimos no deberían verse reconocido el derecho de imponer su intervención a las partes en la instancia.

Formulada de esta manera, la cuestión puede parecer un poco heterodoxa; pero tal derecho existe sin duda por lo menos en dos situaciones.

15. Por un lado, una parte en un contrato que contenga una cláusula compromisoria puede no haber sido llamada al arbitraje. Como ya lo hemos dicho, la noción de terceros en el contrato y terceros en el procedimiento no siempre coinciden: hay que distinguir entre los “terceros absolutos” y los “terceros imperfectos”. No existe ninguna razón para rechazar el derecho a intervenir a una parte que hubiese aceptado la cláusula compromisoria, pero que se hubiese mantenido como tercera en el procedimiento.

16. Por otra parte, un laudo puede afectar los derechos de personas que no son

<sup>19</sup> Ya en 1990, la *CA de Paris* admitía intervenciones accesorias a un recurso en anulación “*si le caractère contractuel de l’arbitrage fait en principe obstacle à l’intervention dans la procédure d’arbitrage d’un tiers à qui la clause compromissoire ne peut être opposée, il n’interdit pas une intervention dans le cadre du recours, qui trouve sa source dans les textes de procédure et non dans la volonté des parties, à la condition que l’intervenant justifie d’un intérêt propre à agir*” C.A. Paris, 5 de abril de 1990. En : *Rev. Arb.* 1992. p. 110, con nota de H. SYNNET.

partes ni en la cláusula compromisoria, ni en el procedimiento. Estas últimas están legitimadas para protegerse de los efectos del laudo.

Las reflexiones que haremos a continuación se referirán más específicamente a este segundo caso. Examinaremos en una primera parte la cuestión de la incidencia del laudo en los derechos de terceras personas, para ver enseguida las consecuencias que esta incidencia es susceptible de provocar sobre dicho laudo.

#### 1.2.2.1. *La afectación de los derechos de terceros*

17. Hasta ahora, la cuestión del efecto de los laudos arbitrales respecto de terceros no parece haber suscitado demasiado interés en la doctrina. Quizás ello es así porque a primera vista, no parece requerir de desarrollos considerables. El artículo 1.476 del CPC francés dispone que “el laudo arbitral tiene, desde que es decidido, la autoridad de cosa juzgada en relación a la disputa que resuelve”<sup>20</sup>. Pero esta autoridad no existe sino relativamente, en cuanto a los puntos de hecho y de derecho definitivamente resueltos por el laudo, y entre las partes en el procedimiento.

La relatividad *inter partes* de la autoridad de los laudos, en efecto, no se encuentra expresamente prevista por el artículo 1.476 del CPC, pero ella se deriva del artículo 1.351 del Código Civil<sup>21</sup> y constituye el complemento del principio enunciado en materia contractual por el artículo 1.165 del Código Civil<sup>22</sup>.

La combinación de las dos reglas parece entonces conducir, por un lado a excluir toda oponibilidad a terceros del acuerdo compromisorio y, por otro lado, a limitar a las partes la autoridad de los laudos.

18. Semejante lógica procede de una visión clásica de la relatividad de los actos jurídicos, la cual desde hace más de cincuenta años ha provocado numerosas críticas, en cuanto ella no considera la incidencia que éstos pueden tener en la realidad de los intercambios sociales, y en consecuencia, ignora la forma en que los derechos de los terceros pueden eventualmente verse afectados. Es por ello que, ya desde 1934, SAVATIER podía hacer referencia a un “*pretendido* principio del efecto relativo de los contratos”<sup>23</sup>.

El Profesor PHILIPPE DELMAS SAINT-HILAIRE, en este mismo sentido, escribía

<sup>20</sup> Al tratar este artículo, dejamos deliberadamente de lado, la problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a la autoridad del laudo.

<sup>21</sup> Artículo 1.351 del Código Civil francés: “La autoridad de la cosa juzgada sólo tendrá lugar con relación a lo que constituya el objeto de la sentencia. Será necesario que la cosa demandada sea la misma; que la demanda sea fundada sobre la misma causa; que la demanda sea entre las mismas partes, y presentada por las unas contra las otras en la misma calidad”.

<sup>22</sup> Ver nota N° 8.

<sup>23</sup> SAVATIER, R. “Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats”. En: *RTD Civ.* 1934, p. 525. Sobre el conjunto de la cuestión podemos referirnos a la obra del Prof. DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe. “*Le tiers à l'acte juridique*”. En: *L.G.D.J.* 2000, así como al clásico artículo del Prof. BOYER, Louis. “*Les effets des jugements à l'égard des tiers*”. En: *RTD.*, 1951, p. 163.



por ejemplo, que: “el acto jurídico puede, en tanto que hecho social oponible, afectar a terceros, quienes soportarán indirectamente las repercusiones o buscarán por el contrario prevalerse. Si el principio de relatividad de los contratos significa que los terceros no pueden volverse acreedores o deudores, contra su voluntad, en razón de un acto en el que no han sido partes, por el contrario, la oponibilidad les obliga a respetar la situación jurídica engendrada por el contrato, aunque no estén ligados por ella”<sup>24</sup>.

19. Este razonamiento vale tanto para las convenciones como para los actos jurisdiccionales. El Profesor Louis BOYER enunciaba en este sentido, en su famoso artículo relativo a los efectos de las sentencias sobre los terceros, que: “El dogma clásico de la relatividad de la sentencia no es válido salvo en cuanto al valor probatorio, es únicamente como verdad judicial que no liga sino a las partes, sin embargo, no es menos cierto que ésta crea una nueva situación de derecho, la cual, en lo sucesivo todos deberán tomar en cuenta: desde este punto de vista, y en cuanto título, él es en lo sucesivo oponible a todos”<sup>25</sup>.

Debemos entonces hacer la distinción entre la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales, por una parte, y su oponibilidad, por otra parte.

La autoridad de cosa juzgada estaría limitada a las partes en virtud del principio de relatividad, mientras que se perfilaría una noción de oponibilidad *erga omnes* de las decisiones de justicia, no en tanto fuentes de derechos y obligaciones sino como hechos sociales, realidades objetivas susceptibles de afectar indirectamente la situación de terceras partes que estén interesadas.

La autoridad de cosa juzgada y la oponibilidad son de naturaleza jurídica diferente: “la autoridad de la cosa juzgada asegura la inmutabilidad de la decisión entre las partes, mientras que la oponibilidad extiende la influencia de la decisión en el medio jurídico, imponiendo la situación jurídica nacida de la decisión, a los terceros”<sup>26</sup>.

20. ¿Cómo no ver, en efecto, que la rescisión del alquiler principal, afectará a los derechos del sub-arrendatario, que la nulidad del depósito de marca hecha por el otorgante de la licencia no podrá ser ignorada por el licenciatario, que la condena del responsable tendrá consecuencias sobre el asegurador, mientras que el fiador no podrá ser indiferente al juicio pronunciado en relación al deudor otorgante? En un caso relativo a la resolución de un contrato de edición, por ejemplo, la *Cour de Cassation* francesa consideró que: “La rescisión del contrato tiene por efecto, como la resolución, eliminar el contrato y

<sup>24</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe. Traducción libre. *Op. cit.*; p. 5.

<sup>25</sup> BOYER, Louis, traducción libre. *Op. cit.*, p. 187.

<sup>26</sup> LOQUIN E. “*Arbitrage et cautionnement*”. En: *Rev. Arb.* 1994, p. 248. Ver también la decisión de la *C. Cass. com.* “*Prodim et autres c. Distribution Casino France*”, de 23 de enero de 2007, en base al artículo 1.351 C.C. y el artículo 1.476 del C.P.C. según la cual: “si un laudo arbitral no tiene la autoridad de la cosa juzgada sino en relación al litigio que resuelve, ella no es por esta razón menos oponible a los terceros”. En: *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2007/2, p. 42.

situar a las partes en el estado en el que se encontraban anteriormente, bajo la única reserva de la imposibilidad práctica”; La *Cour d’appel* bien pudo deducir entonces, que “la rescisión de los contratos implicaba la obligación para el editor de rescindir los contratos de explotación de la obra otorgados a terceros (...)”<sup>27</sup>.

Ciertamente, la sentencia o el laudo no obligarán en nada a terceros. Pero el tercero no podrá, para escapar de las demandas intentadas en su contra, pretender ignorar las consecuencias jurídicas de lo que ha sido decidido en su ausencia. Un arrendatario gerente de un fondo de comercio, sufrirá inevitablemente, por ejemplo, las consecuencias de una decisión que pronuncie la nulidad del alquiler comercial de aquél de quien él derive sus derechos. En materia de fianzas, una sentencia de la *Cour d’appel de Paris*, de 4 de enero de 1960 decidió que: “Los jueces llamados a conocer una demanda de daños e intereses contra la caución, están legitimados a considerar que el laudo arbitral, aunque no sea ejecutorio en Francia, constituye un dato fáctico que, en vista de la calidad del árbitro y salvo impugnación seria sobre sus constataciones, así como de todos los antecedentes de la causa, permite condenar en consecuencia a la caución a daños e intereses, iguales al monto de la condena pronunciada por el laudo arbitral contra la sociedad caucionada”<sup>28</sup>.

La solución carece de cualquier ambigüedad. Notemos sin embargo, que ella fue adoptada, no sin vacilaciones, ya que la *Cour* sintió la necesidad de justificarla mediante consideraciones desprovistas de toda pertinencia en referencia a los terceros como, “la cualidad del árbitro” o la “ausencia de contestación seria en el proceso arbitral”.

21. No corresponde al propósito de éste artículo, analizar la naturaleza jurídica de estos efectos y los principios a los que responden. La oponibilidad a los terceros de los actos jurídicos, además, no es un fenómeno uniforme ni general y sus manifestaciones difícilmente se prestan para poder teorizar. Los derechos de los terceros se verán más o menos afectados según su situación: cuanto más próximos se encuentren del acto, más oportunidades tendrán de sufrir indirectamente de sus efectos<sup>29</sup>.

22. Sin embargo, lejos de ser meramente teórica, la cuestión se plantea corrientemente y la práctica ofrece múltiples ilustraciones. Nosotros únicamente daremos algunos ejemplos.

En materia de fianza, se ha establecido que la decisión que condena al deudor principal es oponible al fiador, y que éste último no puede oponer a ella, si no únicamente las excepciones que le sean personales. Como lo indica el Profesor SIMLER: “La jurisprudencia

<sup>27</sup> C. Cass. civ. 1<sup>o</sup>, 7 de junio de 1995, *Ed. Glénat c/ Bourgeon*, D. 1995, p. 494. Sobre este caso, ver también la crónica de GAUTHIER, P.Y. “*Invitation au voyage : les cessions de droits d’auteur à l’étranger, créatrices de groupes de contrats*”, D. 1995, p. 262.

<sup>28</sup> C.A. Paris 4 de enero de 1960, en: *Rev. Arb.* 1960, p. 122.

<sup>29</sup> TERRÉ, F.; SIMLER, Ph e LEQUETTE, Y. se refieren en este sentido al “*rayonnement du lien contractuel*”: “*Droit civil, Les Obligations*.” 10<sup>a</sup> edición. París: Dalloz, 2009, pp. 499 y ss.

sostiene que aquello que ha sido juzgado entre el acreedor y el deudor principal es oponible a la caución solidaria o por ellas (...). Recíprocamente, aquello que ha sido juzgado en relación a una caución solidaria es oponible a las otras cauciones y al deudor principal. Por último, aquello que ha sido definitivamente juzgado en cuanto a la deuda principal entre el acreedor y la caución es oponible por el deudor principal al acreedor<sup>30</sup>.

Esta solución se aplica igualmente en materia arbitral<sup>31</sup>.

En materia de seguros de responsabilidad, la jurisprudencia de la *Cour de cassation* ha considerado que la condenación del asegurado a indemnizar a la víctima constituye la realización del riesgo<sup>32</sup>, y nadie discute seriamente la

oponibilidad al asegurador del laudo que condene al asegurado<sup>33</sup>.

Para el fiador, como para el asegurador, la oponibilidad está fundada sobre la idea según la cual el fiador al igual que el asegurador han sido representados por el deudor principal o por el asegurado. Se considera que tanto el fiador como el asegurado han participado en el procedimiento. Esta idea, lógica en lo que concierne al asegurador dado que la póliza incluye una cláusula de dirección del proceso<sup>34</sup>, es mucho más discutible en lo que respecta al fiador, para quien se trata de una pura y simple ficción. Más allá de la manera en que se decida motivar las decisiones, el hecho es, ciertamente, que un laudo arbitral puede ser oponible a un fiador que ni fue parte ni ha sido realmente representado en el proceso<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> SIMLER, Ph. *Cautionnement et garanties autonomes*. 3ª edición, París: Litec 2000, p. 494-495. Ver también C.Cass. com. 22 de abril de 1997, *Jurisdata* N° 001695.

<sup>31</sup> C.A. París, 4 de enero de 1960 precitada; CA París de 21 de mayo de 1964, París: Dalloz, 1964, p. 602. Ver igualmente una sentencia inédita de la C Cass. de 11 de julio de 1979 citada por PH. Simler. *Op. cit.*; p. 495.

<sup>32</sup> C.Cass. civ., 12 de junio de 1968, en J.C.P. París 1968.II.15584.

<sup>33</sup> Ver BIGOT, J. "Arbitrage et assurance sous l'angle du droit français, Arbitrage, finance et assurance". En: *Bull. Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, suplemento especial de 2000*, p. 33.

<sup>34</sup> El Prof. J. BIGOT expone acertadamente en este sentido que "la clause de direction du procès s'analyse comme une promesse de mandat émanant de l'assuré, mandant, au profit de l'assureur, mandataire, ayant pour effet de donner tous pouvoirs à l'assureur pour diriger le procès en responsabilité engagé contre l'assuré". *Op. cit.*; p. 39.

<sup>35</sup> En este sentido, una decisión de la sala comercial de la *Cour de Cassation* francesa de 22 de noviembre de 1977. En: *Rev. Arb.* 1978, p. 46 con nota de Ph. FOUCHARD, ilustraba la absurda situación del fiador. En efecto, al fiador le estaba prohibido intervenir en el procedimiento arbitral entre el deudor principal y su acreedor, según la motivación siguiente: "Dès lors que les juges du fond constatent qu'une caution s'est obligée inconditionnellement et de la manière la plus étendue, à titre personnel, à garantir les dettes d'une société, par un acte ne comportant aucune clause compromissoire, c'est à juste titre qu'ils décident que cette caution ne peut personnellement invoquer une clause compromissoire contenue dans l'acte, auquel elle n'a pas été partie, intervenu entre le débiteur principal et son créancier". En otros términos, si el fiador hubiese querido proteger eficazmente sus derechos, hubiera debido demandar a todas las partes ante la jurisdicción estatal, lo cual, probablemente, no sea la mejor manera de respetar la voluntad de las partes en la cláusula compromisoria.

Existen entonces numerosos casos en los que un laudo arbitral afectará los derechos de terceros, sin que esta incidencia se justifique por ninguna idea de representación. Se puede pensar, por ejemplo, a la incidencia que tendría un contencioso entre el adquirente y el sub-adquirente sobre la propiedad del bien objeto del negocio, en relación a los derechos de vendedor, titular de una cláusula de reserva del derecho de propiedad o a las posibles consecuencias para la propiedad, en un contrato de obras, de un proceso entre el constructor principal y el subcontratista.

Puede ocurrir también, por otro lado, que un laudo arbitral tenga una incidencia positiva sobre los derechos de los terceros. Así, la *Cour de cassation* francesa se encontró frente a un caso en el cual, los árbitros, al condenar a una de las partes a ejecutar sus obligaciones contractuales, le ordenaron pagar cierta suma de dinero a un tercero<sup>36</sup>.

23. Los actos jurisdiccionales pueden entonces afectar los derechos de terceros de diversas maneras.

Esta es la razón por la cual éstos últimos disponen frente a las jurisdicciones nacionales de dos medios para proteger sus derechos: uno, la tercera u oposición de terceros, constituye una vía de recurso destinada a “eliminar los efectos indirectos –la oponibilidad– de la decisión que afecta a terceros”<sup>37</sup>; la otra es la intervención voluntaria.

Estas dos vías de acción son alternativas y forman un dispositivo equilibrado de protección de los derechos del tercero. Si bien la jurisprudencia francesa cierra la vía de la tercería al asegurador<sup>38</sup> y al fiador solidario<sup>39</sup>, salvo en caso de fraude, considerando que han sido representados en la instancia, en base al fundamento del artículo 583 del Código de Procedimiento Civil francés<sup>40</sup>. No hay ninguna duda de que la intervención les está permitida.

<sup>36</sup> C.Cass. civ. 10 de mayo de 1988, “*Wasteels c/ Ampafrance*”. En: *Rev. Arb.* 1989, pp. 51 y ss. con nota de GOUTAL, J. L.

<sup>37</sup> BLÉRY, C. “L’efficacité substantielle des jugements civils”. En: *L.G.D.J.* 2000, p. 363.

<sup>38</sup> Cuando el contrato de seguros contiene una cláusula de dirección del proceso, el asegurador no es admitido a formar oposición como tercero: C.Cass. soc. 26 de mayo de 1965, en: *D.* 1965, *Sommaire*, p. 117.

<sup>39</sup> Ver la jurisprudencia citada por el Prof. SIMLER en “*Cautionnement et garanties autonomes*”. *Op. cit.*; pp. 462 y 497. La oposición de terceros es sin embargo considerada admisible cuando el fiador hace valer una excepción que le sea personal. De manera general, el Prof. Simler considera que la oposición de terceros debería estar abierta al fiador, sea simple o solidario.

<sup>40</sup> Art. 583: “Son admitidos para formar oposición en tercería, todas las personas que tengan interés, a condición de no haber sido partes ni haber estado representadas en la decisión que se ataque. Los acreedores y otros que tengan derechos frente a una de las partes, pueden sin embargo formar oposición en tercería a la decisión dictada en fraude de sus derechos, o si invocan motivos que les sean personales”.

24. Sin embargo, sabemos, que en materia de arbitraje internacional, la oposición de terceros no es admitida en Francia<sup>41</sup>. Sin duda es adecuado que sea así, ya que la tercería es susceptible de interponerse durante treinta años<sup>42</sup> e implicaría la devolución del litigio a una jurisdicción nacional<sup>43</sup>, la oposición de terceros será entonces probablemente contraria a la seguridad jurídica y a la exigencia de confidencialidad que caracterizan al arbitraje internacional. No se plantea entonces la posibilidad de abrir tal vía de recurso en esta materia.

25. No obstante, los derechos de los terceros no pueden ser ignorados. Podríamos ciertamente tratar de solucionar el problema estableciendo un principio jurídico de exclusión, en materia de arbitraje, de toda oponibilidad de los laudos a los terceros, sin embargo semejante solución no parece ser factible.

Por una parte, nos parece imposible, tomando en cuenta su carácter jurisdiccional realizar una distinción entre sentencias y laudos, desde el punto de vista de sus efectos. Por otra parte, y sobre todo, debe considerarse que no es en tanto acto jurisdiccional que el laudo afectará los derechos de terceros sino en tanto que hecho, pues ningún principio de derecho

permite ignorar los hechos. Es suficiente en este sentido, recordar la situación del sub-arrendatario afectado por la rescisión del alquiler principal.

26. Si admitimos entonces, que la oposición de terceros está vedada en materia de arbitraje internacional, y que la oponibilidad de los laudos a terceros no pueda ser desechada de manera general, una reflexión se impone sobre la intervención voluntaria.

En efecto, rechazar a los terceros que justifiquen un interés legítimo, el derecho de intervenir en el procedimiento equivale, tomando en cuenta que la vía de la oposición les está cerrada, a privarles de cualquier posibilidad de velar por la protección de sus derechos cada vez que estos sean susceptibles de ser afectados por un laudo. Semejante situación no es solamente perjudicial para los terceros, sino que como lo veremos ahora, también pone en peligro al laudo mismo.

#### 1.2.2.2. *Las consecuencias de la incidencia de los derechos de terceros en el laudo*

27. La afectación de derechos de terceros puede ser considerada como contraria al derecho a un proceso equita-

<sup>41</sup> Esta exclusión resulta del artículo 1.507 del CPC, en virtud del cual las disposiciones relativas a las vías de recurso en materia de arbitraje interno no son aplicables en arbitraje internacional. El artículo 1.481 num. 2, que dispone que el laudo *“peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d’arbitrage”*, no es aplicable entonces en materia internacional. Ver recientemente, C.Cass. 8 de octubre de 2009, *“Société Historique et Littéraire Polonaise v. Academie Polonaise des Sciences et des Lettres”*.

<sup>42</sup> Artículo 586 del CPC.: “Salvo que la ley disponga otra cosa, la oposición de tercero podrá formularse durante un plazo de treinta años, a contar desde que se dictó la sentencia. (...)”

<sup>43</sup> La transposición de la solución retenida en materia de arbitraje interno por el artículo 1.481 del CPC será inevitable, tomando en cuenta la imposibilidad de reconstituir un tribunal arbitral varios años después de que el laudo sea pronunciado.

tivo protegido por el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre<sup>44</sup>.

Es cierto que la Convención Europea de los Derechos del Hombre, aplicable a los Estados, no se impone directamente a los árbitros. Pero ella forma parte de manera integral de la concepción francesa del orden público internacional.

Imaginemos, por ejemplo, un tercero a quien un laudo causare perjuicio y que decidiera intervenir en el recurso de anulación interpuesto ante la *Cour d'appel* por una de las partes en el arbitraje. Semejante intervención voluntaria sería sin duda alguna admisible, tal y como lo ha juzgado la *Cour d'appel* de París<sup>45</sup>. Ciertamente, el interviniente obtendrá poco beneficio de tal intervención, pues la *Cour* no puede revisar el laudo en cuanto al fondo ni controlar su motivación, pero el tercero podrá hacer valer que existe el laudo que le causa un perjuicio y en cuyo procedimiento

no se le permitió intervenir ni presentar medios de defensa, lo cual contraviene al artículo 6.1 de la Declaración, y por ende debe ser anulado, tanto bajo el fundamento del artículo 1.502-4<sup>46</sup>, que bajo el del 1502-5° del CPC<sup>47</sup>.

El tercero podrá alternativamente formar una oposición en tercería contra el fallo de la *Cour d'Appel* que haya decidido sobre el recurso en anulación; en este último caso, la tercería no retractaría ni reformaría la decisión sino sobre los puntos que perjudicasen al tercero<sup>48</sup>.

### 1.2.3. Las tentativas efectuadas hasta ahora para hacer posible la intervención de terceros

28. Existe entonces un interés cierto a prevenir este tipo de situaciones anómalas y a proteger más eficazmente los derechos de los terceros. Ciertas leyes nacionales y reglamentos de arbitraje han intentado tomar en cuenta esta preocupación.

<sup>44</sup> Sobre las relaciones entre esta convención y el arbitraje, ver JARROSSON, Ch., "*L'arbitrage et la convention Européenne des Droits de l'Homme*". En : *Rev. Arb.* 1989, p. 573 ; MOURRE Alexis, "Le droit français de l'arbitrage international face a la Convention européenne des Droits de l'Homme". En: *Gaz. Pal.* 1-2, diciembre de 2000, p. 16. La *Cour de Cassation* francesa, en su sentencia "*Cubic*" de 20 de febrero de 2001, decidió que el artículo 6.1 concierne únicamente a los Estados y las jurisdicciones estatales, y no se aplica al arbitraje. Pero, aparte de que la *Cour* reguladora verifica de igual manera que las garantías del proceso equitativo han sido respetadas en el proceso arbitral, hay que considerar que se trata de una imprecisión –sin duda voluntaria– en la motivación. Dado que las garantías al proceso equitativo forman parte de la concepción francesa del orden público internacional, ellas se aplican indirectamente al arbitraje por medio del control ejercido por el juez de la anulación.

<sup>45</sup> *C.A. Paris*, 1° civ. 5 de abril de 1990, "*Courrèges Design c/ André Courrèges*", en: *D.* 1990, I.R., p. 116.

<sup>46</sup> Si el laudo violase, en cuanto a los terceros, el principio de contradicción (art. 1502-4°).

<sup>47</sup> Si el laudo fuera contrario al orden público internacional (art. 1502-5°).

<sup>48</sup> La admisibilidad de tal recurso no ha sido establecida, a nuestro conocimiento. El principio es que la tercería está, de manera general abierta contra las decisiones de apelación a cuyo procedimiento los terceros no han sido partes (*C.Cass. civ.* 2°, 4 de julio de 1974, en: *JCP* 1976, II, 18364, nota de Couchez, en: *RTD Civ.* 1975, 160, nota de R. PERROT; *C.Cass. civ.* 3°, 22 de febrero de 1972, *Bull.*).

La ley neerlandesa de arbitraje<sup>49</sup> prevé por ejemplo la hipótesis de una intervención de terceros, pero la condiciona, por un lado al acuerdo del árbitro y, por otro lado, al acuerdo de las partes, que deben formalizar con el tercero un acuerdo escrito de acceso al compromiso; bajo estas condiciones, podemos preguntarnos cuál es el interés del texto, si no se trata –ventaja no despreciable– de servir de punto de apoyo al árbitro que desee “invitar” a las partes a aceptar una demanda de intervención. El texto holandés recibe entonces, sin duda, la crítica de no distinguir entre las situaciones, y en particular, entre el caso de intervención de una parte que hubiese participado en el acuerdo de arbitraje y el caso de intervención del “tercero absoluto”, pero al menos tiene el mérito

de no ignorar la cuestión. Las mismas observaciones pueden hacerse en relación a las belgas, que prevén la posibilidad de que los terceros intervengan pero con el consentimiento de las partes<sup>50</sup>.

El reglamento de arbitraje de la *London Court of International Arbitration*, prevé por el contrario, que los árbitros tienen el poder, salvo estipulación contraria, de autorizar la intervención de terceros a la demanda de una de las partes<sup>51</sup>. La condición del acuerdo de todas las partes desaparece aquí, quedando sólo aquella relativa al consentimiento del tercero.

29. En definitiva, estas tentativas de resolver la espinosa cuestión de la intervención de terceros continuaban

<sup>49</sup> El artículo 1.045 del Código de procedimiento civil neerlandés dispone, según su versión oficial en inglés: “1) *At the written request of a third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may permit such party to join the proceedings, or to intervene therein. The arbitral tribunal shall send without delay a copy of the request to the parties.* 2) *A party who claims to be indemnified by a third party may serve a notice of joinder on such a party. A copy of the notice shall be sent without delay to the arbitral tribunal and the other party.* 3) *The joinder, intervention or joinder for the claim of indemnity may only be permitted by the arbitral tribunal, having heard the parties, if the third party accedes by agreement in writing between him and the parties to the arbitration agreement.* 4) *On the grant of a request for joinder, intervention, or joinder for the claim of indemnity, the third party becomes a party to the arbitral proceedings. Unless the parties have agreed thereon, the arbitral tribunal shall determine the further conduct of the proceedings*”. Estas disposiciones son retomadas en el artículo 40 del Reglamento de arbitraje del *Netherlands Arbitration Institute*.

<sup>50</sup> Artículo 1.696bis del Código Judicial Belga:

“1. *Tout tiers intéressé peut demander au tribunal arbitral d'intervenir dans la procédure. Cette demande est adressée par écrit au tribunal arbitral qui la communique aux parties.*

2 *Une partie peut appeler un tiers en intervention.*

3 *En toute hypothèse, pour être admise, l'intervention nécessite une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige. Elle est, en outre, subordonnée, à l'assentiment du tribunal arbitral qui statue à l'unanimité*”.

<sup>51</sup> El artículo 22 del reglamento de arbitraje de la LCIA prevé : “*Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or on its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views (...) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party, provided any such third person and the applicant party have consented hereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration*”.

siendo limitadas. Les reglas de la LCIA, por ejemplo, someten toda intervención al acuerdo del tercero así como de la parte que lo llama a intervenir.

La primera verdadera tentativa tendiente a una admisión amplia de las intervenciones voluntarias y forzosas de terceros es el artículo 4-2 de las Reglas suizas de arbitraje internacional de 2004<sup>52</sup>, y más recientemente podemos mencionar también la nueva cláusula modelo de arbitraje de la CCI para disputas relativas a fideicomisos<sup>53</sup>, así como el borrador revisado de las nuevas reglas de arbitraje UNCITRAL<sup>54</sup>.

30. En cuanto a la doctrina, ella concuerda, en su gran mayoría, con la preeminencia del poder de las partes, en nombre del principio de la autonomía de la voluntad. Algunos autores, sin embargo, han adoptado un punto de vista diferente, acentuando la dimensión jurisdiccional del arbitraje por encima de su naturaleza contractual. Los profesores BRIGUGLIO, FAZZALARI y MARENGO escriben así, comentando la ley italiana sobre arbitraje de 1994: “En lo que concierne la intervención de terceros en el procedimiento arbitral [...], es posible

abordar el tema, evidentemente, bajo la perspectiva de la protección del tercero contra el perjuicio que el laudo homologado pudiera causarle. La opinión de que la intervención no sería admisible, tomando en cuenta la ajenidad del tercero en la cláusula compromisoria [...], es general y parece evidente. Nosotros pensamos, por el contrario, que esta opinión no está bien fundamentada [...] Es necesario tomar en cuenta otros principios: aquellos que se derivan de la asimilación del laudo a una sentencia [...] Semejante asimilación impone tomar en cuenta el principio del contradictorio (que debe respetarse en el procedimiento arbitral de la misma manera que frente a las jurisdicciones ordinarias): si, en efecto, las partes que someten la resolución de sus diferencias a los árbitros, desean que el laudo tenga los efectos de una sentencia [...] ellas se someten de la misma manera a un debate contradictorio que podríamos calificar de abierto, incluyendo por consecuencia, la eventualidad de la participación de un tercero, en la misma medida en que éste estuviese legitimado para intervenir si el procedimiento se llevase a cabo frente a una jurisdicción ordinaria. Desde este punto de vista, la ajenidad del tercero

<sup>52</sup> “Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto” (versión oficial en español).

<sup>53</sup> Ver “*ICC Arbitration Clause for Trust Disputes*” en *Bull. CCI, 2008*. Vol. 19/ N° 2, pp. 9-11.

<sup>54</sup> Artículo 17(5) del proyecto revisado en la 50° sesión (según la nueva numeración): “5. El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros entren a ser partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa acumulación de partes no debe ser permitida por poder resultar perjudicial a alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan eventualmente en el arbitraje”.



en el acuerdo compromisorio resulta indiferente [...] Para este último, el proceso arbitral se desenvuelve como un proceso ante una jurisdicción ordinaria, con una eventualidad de consecuencias [...] contra las cuales tiene el derecho de protegerse [...]. A él, le corresponde elegir, como en el caso de los procesos ante las jurisdicciones del orden judicial, si desea participar en el arbitraje, o esperar su resolución y atacar luego el laudo, [...] en otras palabras, el derecho del arbitraje [...] distingue el laudo de todos los demás actos jurídicos de derecho privado: mientras que, en lo relativo a estos últimos, los terceros no tienen acción sino después de la formación del acto (por ejemplo, la acción de reivindicación del tercero propietario frente al adquirente *a non domino*, o la acción revocatoria), frente a un laudo, por el contrario, ellos pueden intervenir y defenderse [...] en el curso del proceso de formación del acto”<sup>55</sup>.

31. El punto de vista expresado de esta manera, que quizás no fue inútil transcribir integralmente en razón de su originalidad, presenta el interés de distinguir el acuerdo compromisorio de todos los demás contratos. Esta distinción se justificaría en razón de la naturaleza jurisdiccional del laudo y de los efectos que el mismo puede tener en relación con los terceros. Estas particularidades junto con la necesidad de evitar que la autoridad de la cosa juzgada reconocida por el Estado a los laudos no cause perjuicio a aquellos que no han sido partes en el arbitraje, impondrá reducir la influencia de las partes sobre el procedimiento elegido por

ellas. Agreguemos que la exclusión de la vía de recurso de tercera, en derecho francés del arbitraje internacional, no sólo no disminuye, sino que más bien refuerza la exigencia de protección de los terceros. La intervención y la tercera, si bien son de naturaleza diferente, concurren a los mismos fines.

32. La intervención de los terceros debe entonces, en ciertos casos, ser admitida. Esta intervención, entra sin embargo en conflicto con la naturaleza contractual del arbitraje. Admitir la intervención del tercero puede trastornar la previsión de las partes. La intervención deber entonces mantenerse como excepcional.

## 2. ¿EN QUÉ CASOS Y BAJO QUÉ CONDICIONES, LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL PUEDE SER ADMITIDA?

33. Siguiendo el plan que el CPC nos ofrece en esta materia, examinaremos sucesivamente, la intervención voluntaria (1), y la intervención forzosa (2). Desde luego, el desarrollo que haremos a continuación no afecta a las disposiciones particulares o contrarias contenidas en los reglamentos de arbitraje que elijan las partes.

### 2.1. La intervención voluntaria en la instancia arbitral

34. Habíamos recordado anteriormente las dos razones que gene-

<sup>55</sup> BRIGUGLIO, A.; FAZZALARI, E.; y MARENGO, R. “*La nuova disciplina dell’arbitrato*”. Milan: Giuffrè, 1994, pp. 109 y ss.

ralmente se invocan para excluir la intervención de terceros en la instancia arbitral: en primer lugar, la naturaleza contractual del arbitraje, que será un obstáculo para que podamos constreñir a participar en la instancia a quienes no hayan suscrito la cláusula compromisoria; en segundo lugar, la igualdad entre las partes, que prohíbe que podamos forzar a una parte a someterse al arbitraje de un tribunal en cuya constitución ella no ha participado en igualdad de condiciones que las demás partes.

35. Estas dos causas no se presentan tratándose de la intervención voluntaria.

Por un lado la intervención voluntaria resulta de una decisión del interviniente, que elige libremente adherir al contrato de arbitraje, cuando todavía no es parte.

Por otro lado, la intervención voluntaria supone la libre aceptación por los terceros del tribunal tal y como ha sido constituido; esta aceptación puede eventualmente implicar una forma de renuncia a la igualdad de armas, pero esta renuncia es lícita en cuanto ella interviene una vez que el litigio ha nacido, y responde a un imperativo de protección de los intereses de la parte interviniente.

36. Estas consideraciones, ¿son sin embargo, suficientes para admitir de manera general la intervención voluntaria en la instancia arbitral? Nosotros no lo creemos. Toda reflexión sobre la admisibilidad de la intervención voluntaria en la instancia arbitral conduce necesariamente a la cuestión siguiente: ¿puede el tercero prevalecerse del contrato de arbitraje contra el principio de relatividad propuesto por el artículo 1.165 del Código Civil?

Hemos visto que la jurisprudencia ha respondido negativamente a esta pregunta, no obstante, esta respuesta negativa no sólo es incapaz de resolver todos los problemas si no que además no es convincente. Es entonces necesario distinguir de nuevo: ¿Quién es el tercero interviniente?, y ¿qué quiere?

### 2.1.1. ¿Quién es el tercero?

37. Como lo hemos visto, el tercero interviniente en la instancia arbitral no es necesariamente extraño a la cláusula compromisoria. Puede, en efecto suceder, que habiendo sido parte, o encontrándose obligado por la cláusula, haya sido excluido del procedimiento. El interviniente es entonces tercero en el procedimiento, pero se encuentra ligado por el acuerdo de arbitraje. Tal situación puede presentarse por razones diversas, la participación en el procedimiento de una de las partes en el contrato pudiera no haberle parecido útil al demandante, o las partes pudieron haber llegado a un acuerdo para excluirla de la instancia.

El círculo de estos terceros “imperfectos” es extenso. Incluye a aquellos que firmaron la cláusula, pero también a todos aquellos a quienes haya podido extenderse o transmitirse.

Ya vimos, desde la primera parte de este artículo, que los mecanismos de extensión y de transmisión de la cláusula permiten, cada vez más, hacerla oponible a terceros que no la hayan firmado ni tampoco, en la mayoría de los casos, verdaderamente aceptado. Este es el caso de aquellos terceros que han estado directamente implicados en la ejecución del contrato, tales como los co-deudores

solidarios, a quienes se considera que han sido representados, aquellos que han creado una apariencia de participación en el contrato, los derechohabientes, los cedentes del crédito, etc. Si estos terceros pueden ser obligados a someterse al arbitraje, no parece lógico que se les niegue su derecho de participar voluntariamente en el mismo.

Creemos entonces que no hay razones para negar a estos “terceros imperfectos” el derecho de intervenir voluntariamente en el procedimiento, en la medida en que ellos aceptaren el tribunal tal y como ha sido formado, y eventualmente ratificaren el acta de misión. Será necesario, desde luego, que sus demandas entren dentro del ámbito de la cláusula compromisoria, pero en este sentido no se encontrarán en una posición diferente a la de las demás partes.

38. Tratándose de “terceros absolutos”, es decir, aquellos que no han aceptado la cláusula y que no entran dentro de las categorías mencionadas, el problema es el de saber qué significado debe darse al principio de relatividad. ¿Dónde encontraremos el equilibrio entre el derecho de las partes en el contrato de arbitraje de guardar un control exclusivo del procedimiento elegido por ellas, y el de los terceros de intervenir para proteger sus propios derechos? Se impone una segunda distinción, relativa a la finalidad de la intervención, a los fines de responder a esta pregunta.

### 2.1.2. ¿Qué quiere el tercero?

39. El artículo 328 del CPC dispone que “la intervención voluntaria es principal o accesoria”. Según la definición retenida

por el artículo 329 de dicho código “la intervención es principal cuando ella contenga una pretensión en beneficio de quien la formula”, mientras que es accesoria, según el artículo 330, cuando “apoya las pretensiones de una parte”. En consecuencia, la situación debe ser apreciada de manera diferente según si el “tercero absoluto” pretende o no hacer valer pretensiones propias.

40. El tercero extraño a la cláusula compromisoria no tiene, en principio, ningún título para imponer su intervención a las partes. No existe entonces razón alguna para autorizarle a intervenir en apoyo de pretensiones que le sean propias.

La intervención voluntaria principal del “tercero absoluto” debe entonces descartarse.

41. ¿Pero qué sucede con la intervención voluntaria accesoria? Hay que considerar, en vista de las razones que fueron analizadas en la primera parte de este artículo, que ésta será admisible cuando se justifique por la necesidad del tercero de protegerse contra los efectos que el laudo podrá ocasionarle.

En efecto, creemos que en semejante situación es adecuado sacrificar la dimensión contractual del arbitraje y autorizar el tercero a adherir.

Esta distorsión del carácter contractual del arbitraje es tanto más justificada tomando en cuenta que la intervención voluntaria intentada a título accesorio por su naturaleza no es susceptible de ocasionar ningún perjuicio a las partes en la instancia. Estas no dispondrán entonces,

en principio, de un derecho subjetivo que les permita oponerse.

42. Podemos entonces concluir que la intervención voluntaria del tercero no deberá ser admitida salvo en dos hipótesis.

En primer lugar, en el caso del “tercero imperfecto”, cuando el tercero en el procedimiento es parte en la cláusula compromisoria o la cláusula le es oponible; en este caso, la intervención deberá ser admitida tanto a título principal como accesorio.

En segundo lugar, en el caso del “tercero absoluto”, cuando esté destinada a proteger los derechos del interviniente a quien le está imposibilitada la vía de la terceraía; en este caso, no podrá tratarse sino de una intervención intentada a título accesorio.

43. En estas dos hipótesis, el interviniente deberá aceptar el tribunal arbitral tal y como fue constituido, pero como ya vimos anteriormente, tomando en cuenta el carácter voluntario de la intervención y el momento en el que ésta se sitúa, esta aceptación no plantea ninguna dificultad desde el punto de vista de la igualdad de las partes.

## 2.2. La intervención forzosa

44. Los análisis expuestos anteriormente nos permiten responder fácilmente a los interrogantes que plantea la hipótesis

de una demanda de intervención forzosa por parte de un tercero en la instancia arbitral. Si el tercero es ajeno a la cláusula compromisoria, en ningún caso se podrá forzarlo a participar en el arbitraje. Esta constatación sin embargo, no agota totalmente la cuestión. ¿Qué sucede, en efecto, con los “terceros imperfectos”?

45. Hemos visto que personas que se mantuvieron ajenas en el procedimiento, pueden haber aceptado la cláusula compromisoria. Los terceros en la instancia arbitral pueden también encontrarse en una situación tal, que la cláusula les sea jurídicamente oponible, sea porque se les ha extendido, sea porque se les ha transmitido; entonces, si admitimos que estos “terceros imperfectos” pueden ser, incluso contra su voluntad, codemandados en el arbitraje, no existe una verdadera razón, en principio, de excluir la posibilidad de que puedan ser atraídos durante el procedimiento<sup>56</sup>.

46. La intervención de estos “terceros imperfectos” en la instancia arbitral debe sin embargo ser apreciada desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral.

47. Cuando se lleve a cabo en el estadio de formación del tribunal, la atracción de los “terceros imperfectos” a la instancia plantea los problemas clásicos del arbitraje multi-partes, que pueden superarse cuando un Juez o una autoridad de nominación intervenga para constituir todo el tribunal.

<sup>56</sup> No hay lugar entonces a plantearse la cuestión de saber como la intervención forzosa en la instancia arbitral se concilia con la jurisprudencia que excluye la aplicación del artículo 333 del CPC, en efecto, o bien el llamado a la intervención está contractualmente obligado por la cláusula, o bien no lo está.

Por el contrario, no se puede plantear, evidentemente, la posibilidad de impugnar la constitución del tribunal en curso de instancia arbitral porque una de las partes solicite el derecho de llamar a un tercero.

Sin embargo, el principio que la *Cour de cassation* dedujo del artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, según el cual cada parte debe tener la posibilidad de contribuir igualmente a la formación del tribunal<sup>57</sup>, se opone radicalmente a que se le imponga a un tercero someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral en cuya formación no haya participado de la misma manera que las otras partes.

48. El obstáculo constituido por el principio de igualdad de las partes podrá ser superado únicamente, cuando la composición del tribunal haya sido predeterminada en la cláusula compromisoria, o cuando éste haya sido constituido desde el inicio por un Juez o una autoridad de designación. En estas dos hipótesis, no habrá razón para considerar que la intervención forzosa del “tercero imperfecto” pueda vulnerar la igualdad de las partes en la formación del tribunal.

49. En definitiva, la intervención forzosa en la instancia arbitral es de manera general incompatible con la naturaleza contractual del arbitraje e inconciliable con el principio de igualdad de las partes en la formación del tribunal.

Esto será así salvo el único caso en el que un “tercero imperfecto”, habiendo aceptado la cláusula o estando jurídicamente obligado por ella, sea citado ante un tribunal

arbitral en cuya formación, las partes no hayan participado directamente.

### 3. CONCLUSIONES

50. Existen entonces diversas situaciones en las cuales la intervención del tercero en la instancia arbitral debería admitirse, incluso en ausencia de acuerdo de todas las partes:

- Cuando una parte en la cláusula compromisoria no haya sido llamada a la instancia arbitral, su intervención voluntaria deberá ser admitida, sea a título principal o accesorio. Deberá asimismo ser aceptada la intervención voluntaria de las partes a quienes la cláusula fuere susceptible de ser oponible, mediante un mecanismo de extensión o de transmisión, y en las mismas condiciones.
- Tratándose de estas mismas partes, que calificamos de “terceros imperfectos”, la intervención forzosa puede ser posible, pero únicamente cuando ella no atente contra el principio de igualdad (en otros términos: si el tribunal fue designado en la cláusula compromisoria, o constituido por el Juez o por una autoridad de nominación);
- Tratándose de “terceros abolutos”, ajenos a la cláusula compromisoria, su intervención sólo debería admitirse a título

<sup>57</sup> Ver N° 913.

voluntario, y únicamente cuando ella se justifique por la exigencia de que este tercero pueda protegerse contra los efectos del laudo que será dictado. Se trata en estos casos de una intervención formulada a título accesorio.

51. Queda sin embargo la duda en cuanto al rol del árbitro confrontado a una demanda de intervención. La verdadera diferencia entre el régimen de intervención ante el Juez nacional y aquel de la intervención ante el árbitro, se basa menos, según nuestra opinión, en una exclusión de principio que no se justifica de manera general, que en una concepción diferente del rol del Juez.

Frente a las jurisdicciones ordinarias, la aplicación de los mecanismos de intervención depende en gran medida de la voluntad de las partes: una parte decidirá enviar una asignación en intervención forzosa, que el Juez no dejará de unir a la causa principal antes de decidir sobre su admisibilidad y su fundamento, a la vez que decidirá sobre la causa principal<sup>58</sup>; de la misma manera, un tercero que desee intervenir voluntariamente tiene la facul-

tad de comparecer a la audiencia o enviar escritos de intervención voluntaria.

52. Por el contrario, tratándose de intervenciones en la instancia arbitral, ello no será posible. La intervención en la instancia arbitral de manera general está excluida: ella puede constituir un atentado grave al carácter contractual del procedimiento, y en este sentido, poner en riesgo el laudo en el caso de un recurso en anulación. Por otra parte, la intervención es susceptible de trastornar la organización del procedimiento y ocasionar significativos aplazamientos suplementarios.

La intervención del tercero en la instancia arbitral no deberá entonces ser admitida sino tratándose de casos verdaderamente excepcionales, en los que un control estricto de oportunidad y necesidad deberá condicionar cualquier iniciativa de las partes.

Consideramos entonces en definitiva que cualquier intervención de terceros en la instancia arbitral, deberá estar condicionada al acuerdo previo del tribunal arbitral, quien será el único que podrá ponderar adecuadamente los intereses en juego.

---

<sup>58</sup> Salvo la aplicación del artículo 326 del CPC que dispone que “si la intervención pudiera retardar excesivamente la decisión del asunto principal, el Juez decidirá antes sobre la causa principal, para luego decidir sobre la intervención”.

---

# GUATEMALA

---





# EL ACUERDO ARBITRAL

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *El Acuerdo Arbitral como un Derecho Fundamental.* 2.1. *En la legislación guatemalteca.* 2.2. *Algunos ejemplos en la legislación centroamericana aplicable.* 3. *Características del Acuerdo Arbitral.* 3.1. *Autonomía y Separabilidad.* 3.2. *Requisitos de forma.* 4. *Requisitos para la validez de un Acuerdo Arbitral.* 4.1. *Consideraciones particulares en cuanto a la capacidad del Estado y entidades públicas para suscribir Acuerdos Arbitrales.* 5. *Acuerdos Arbitrales “sui generis” en la legislación guatemalteca.* 5.1. *Artículo 69, de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías.* 5.2. *Código de Comercio (en materia de Contratos de Distribución y Agencia).* 5.3. *Artículo 117 del Decreto N° 11-2006 (reforma a la Ley de Arbitraje).*

## 1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo arbitral es piedra angular del arbitraje. Es sencillamente, un elemento *sine qua non* para poder contar con este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Ello es así, al menos, en cualquier país en donde, el llamado “arbitraje forzoso” o arbitraje legalmente impuesto no tiene cabida constitucionalmente hablando.

En Guatemala, como podrá apreciarse al final de este capítulo, este tema constituye una discusión viva. La de saber si el arbitraje puede ser impuesto a sujetos de una relación contractual, por la vía de una disposición legal, o no. Si la iniciación de un procedimiento arbitral derivara no

de un acuerdo entre partes interesadas para ello, sino de el acto de voluntad unilateral del legislador impuesto a todas aquellas personas que estuvieran incluidas en el o los supuestos normativos que la norma legislativa así lo dispusiera, ahí mismo dejaríamos precisamente atrás el concepto de acuerdo propiamente dicho.

El artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG), bajo el epígrafe de “Libre Acceso a tribunales y dependencias del Estado”, dispone lo siguiente: “Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Los extranjeros únicamente podrán acudir a

---

(\*) Socio de Consortium Centro América Abogados, Guatemala.

la vía diplomática en caso de denegación de justicia. No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas”.

El interés acá, se centra en la primera parte de esta disposición constitucional. Interpretando dicha norma para los efectos de contar con mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos, debe hacerse énfasis entonces que toda persona, nacional o extranjera, tiene libre acceso a los tribunales del Estado para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Imponer la vía arbitral por virtud de ley, por ende, podría entrar en directa contravención con este derecho humano individual contemplado en la parte dogmática de la Constitución guatemalteca.

Estimamos pertinente iniciar con esta introducción el capítulo del acuerdo arbitral en la legislación guatemalteca, pues si partimos de la posición que el arbitraje forzoso, en contraste con el arbitraje voluntario, está vedado en Guatemala (pues ningún tribunal arbitral podría ser considerado como tribunal del Estado), ello lleva a poder sostener entonces que la teoría contractualista se constituye a su vez en el basamento teórico que sostiene todo el andamiaje arbitral en Guatemala.

Si entendemos al acuerdo como el convenio entre dos o más partes, y a su vez, al convenio como contrato, no hay forma que, al menos en Guatemala, pueda nacer válidamente el arbitraje, sin su acuerdo respectivo previo. Por supuesto, hay otros aspectos ha considerar como es bien sabido, tales como la materia arbitrable o la capacidad de las partes para acordar no acceder a tribunales del Estado, renunciando así a la llamada jurisdicción ordinaria.

Pero salvados cualquiera de estos otros aspectos relevantes para poder contar con un acuerdo arbitral válido, este último, como convenio o contrato entre dos o más partes, es la fuente legítima para arrancar con todo lo que de él se deriva. Y por supuesto, con pleno carácter vinculante pleno su producto final: el laudo.

Basta comentar, para concluir esta breve introducción, que Guatemala es Estado Parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)<sup>1</sup>.

Es bien sabido, el fuerte impulso que dicha Convención otorga al acuerdo arbitral, en su artículo II. Asimismo, Guatemala también es Estado Parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>2</sup>. El artículo 1º de la denominada Convención de Panamá

<sup>1</sup> Ratificada por Guatemala el 30 de enero de 1984, mediante acuerdo gubernativo 60-84 y entró en vigor el 14 de junio de 1984. Es relevante citar que Guatemala formalizó las dos reservas a las que puede quedar sujeta esta Convención. Es decir, se hizo la reserva que solo aplica en materia comercial y bajo el principio de reciprocidad.

<sup>2</sup> Aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto N° 35-86 del 17 de junio de 1986, suscrita el 30 de enero de 1975.

de 1975, también otorga sustento jurídico trascendental a los acuerdos arbitrales.

Ambas disposiciones legales tienen un orden normativo preeminente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, al igual que en cualquier otro Estado que sea parte de estas convenciones internacionales en materia arbitral. Así lo dispone claramente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Convención de la cual Guatemala también es Estado parte<sup>3</sup>.

Finalmente, hay que mencionar que Guatemala es un Estado que adoptó de manera sustancial en el año 1995 el “Modelo de Ley de la CNUDMI (o Uncitral, por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional”<sup>4</sup>.

Si hubiera duda o debate de tipo académico sobre si la Ley de Arbitraje de Guatemala sigue de cerca o se sostiene en la teoría contractualista o en lo procesalista, al tomar en cuenta las normas tanto de orden constitucional como de derecho internacional antes referidas, debería de poderse concluir sin mayor temor a equivocarse que en Guatemala se sigue la primera de dichas teorías.

Y así el acuerdo arbitral se constituye en piedra angular, en columna vertebral de todo el proceso arbitral. Es la llave de paso para pasar del ducto de la resolución judicial de conflictos al ducto de la resolución alternativa de conflictos.

A ese acuerdo y su importancia se le dedican las siguientes líneas, con el propósito de comentar apenas algunas cosas que nos han parecido importantes para los efectos de una publicación como ésta.

## 2. EL ACUERDO ARBITRAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

En esta sección pretendemos discutir si el derecho a someter a arbitraje una disputa futura o presente, de naturaleza contractual o extracontractual, debe ser considerado como un derecho fundamental de las personas para encontrar así una resolución definitiva a su disputa.

Esta discusión podría fundamentarse en cuanto a la importancia de encontrar el verdadero asidero legal de por qué las partes pueden evitar los procesos judiciales y utilizar el proceso arbitral, siempre y cuando, por supuesto, la materia sea arbitrable y halla un auténtico y válido acuerdo para ello.

RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, en su obra “El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia” reflexiona lo siguiente: “Tal como en la reseña histórica se mencionó de manera tangencial no se encuentra dentro del texto constitucional vigente de 1985 una norma que, con características similares a las que en su momento produjeron Francia o España en 1812 o actualmente registren Honduras, Colombia, Paraguay y otros

<sup>3</sup> Aprobada por el Congreso de la República el 26 de junio de 1996 mediante Decreto 55-96, ratificada por Guatemala el 14 de mayo de 1997, y entró en vigencia el 19 de agosto de 1997.

<sup>4</sup> Decreto 67-95 del Congreso de la República. Por el año de implementación o adopción de esta ley, no contiene las modificaciones del citado Modelo de Ley aprobadas en el seno de UNCITRAL en el año 2006.

países, se le reconozca al arbitraje o bien su carácter de Derecho Fundamental o sustente la figura de manera clara y específica”<sup>5</sup>.

Efectivamente, el Dr. BERNAL GUTIÉRREZ se refiere a que no se encuentra en la Constitución guatemalteca de 1985 ese claro asidero legal como sí aparece en otras Constituciones latinoamericanas.

Si se recorre el texto constitucional guatemalteco completo no hay norma que expresamente establezca que las partes pueden someter a arbitraje sus controversias y se ha utilizado, tangencialmente, como fundamento constitucional, el contenido del artículo 203 que, en lo pertinente, dice: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”.

## 2.1. En la legislación guatemalteca

De ahí, se colige que siendo la Ley de Arbitraje de Guatemala (LAG) la que permite a las partes establecer tribunales arbitrales, la disposición constitucional anterior incluye así a estos últimos como órganos que pueden ejercer función jurisdiccional *lato sensu*.

Es notorio que la norma que se comenta no aborda ni por asomo, como derecho fundamental de las personas, el someter sus conflictos al conocimiento de árbitros.

Al buscar en la LAG alguna orientación al respecto, es decir, determinar

si hubiera alguna referencia sobre si el derecho a someter a arbitraje por la vía del acuerdo arbitral, es un derecho fundamental, tampoco se encuentra alguna aclaración al respecto.

El artículo 4, que contiene las definiciones en la LAG, en su numeral 1 dispone:

“A los efectos de la presente ley: 1. “Acuerdo de Arbitraje”, o “simplemente “Acuerdo”, es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”

Otra disposición relevante en la LAG en relación a la conceptualización del acuerdo arbitral o acuerdo de arbitraje, es la contenida en el artículo 54 de dicha ley, cuyo contenido es el siguiente:

“Por virtud de lo dispuesto en la presente ley, se reconoce el acuerdo de arbitraje como la forma para obligarse recíprocamente a resolver conflictos mediante la utilización del arbitraje. A partir de la fecha en que cobre vigencia la presente ley, todas las referencias que pudieran encontrarse en diversas disposiciones legales, tanto a la “cláusula compromisoria” o al “compromiso”, deberá entenderse que se refieren al acuerdo de arbitraje reconocido y definido en la presente ley”.

Como puede apreciarse, es claro y contundente el derecho de las personas de resolver sus controversias arbitrables por medio de la celebración de un acuerdo arbitral. De hecho, la última disposición legal referida se refiere a que existe un

<sup>5</sup> BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. “El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia”. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2001, p. 36.

reconocimiento en la ley al derecho de las partes para suscribir acuerdos arbitrales, sabiendo que este lenguaje sobre “reconocimiento de derechos” generalmente se utiliza en materia de derechos fundamentales o derechos humanos individuales.

Pero sigue sin ser respondido de manera explícita si el derecho a suscribir acuerdos arbitrales con carácter vinculante es un derecho nato, un derecho fundamental de las personas, o si por el contrario, es un “permiso” que otorga el Estado y que por ende, puede revocarlo en cualquier momento.

Donde se hace evidente la importancia de discutir este posible carácter fundamental o de derecho humano de las personas de someter sus controversias a arbitraje por medio de acuerdo arbitral, es discutiendo qué pasaría si, el fragmento o párrafo del artículo 203 de la CPRG, simplemente dijese:

“La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales del Organismo Judicial”

O bien, ¿que aún bajo el texto real de dicha norma constitucional (“La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”), en un futuro decidiera el Organismo Legislativo de Guatemala, simplemente derogar la LAG?

¿Haría cualquiera de los dos supuestos anteriores, desaparecer automáticamente el derecho de las personas a someter a arbitraje sus controversias por medio del acuerdo arbitral?

Responder que sí a cualquiera de ambos hipotéticos, sería no solo convertir a Guatemala probablemente en una excepción a la regla universal de aceptación del arbitraje, sino además entronizarla como el país del positivismo jurídico a ultranza.

Pero la respuesta la da la misma CPRG en su artículo 44: “Derechos Inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (...)”.

Sostenemos que el fundamento constitucional de celebrar acuerdos arbitrales válidamente, no es el artículo 203, que en todo caso, sirve tangencialmente al asunto, sino en todo caso es este último artículo, que abre las puertas al derecho internacional de los derechos humanos desarrollado ya sea por costumbre o por tratados o convenciones, y de manera subsidiaria, por medio de la jurisprudencia internacional o inclusive de la jurisprudencia nacional de ciertos países que se han convertido en referentes en materia de evolución y desarrollo de los derechos inherentes a la persona.

Algunos breves ejemplos de la sección siguiente ejemplifican lo que queremos decir.

## 2.2. Algunos ejemplos en la legislación centroamericana aplicable

En contraste a lo anteriormente expuesto en relación al derecho guatemalteco, los ordenamientos jurídicos de tres países centroamericanos sirven de

referencia importante para admitir que el derecho de suscribir acuerdos arbitrales puede ser perfectamente entendido como un derecho fundamental de las personas.

Nos referimos a Costa Rica, El Salvador y Honduras.

En la Constitución Política de la República de Costa Rica encontramos la siguiente disposición dentro de los derechos y garantías individuales reconocidas en el Título IV:

*“Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”.*

Por su parte, en la Constitución de la República de Honduras, la norma relevante contenida en el Capítulo II sobre el reconocimiento de los derechos individuales, es la contenida en el artículo 110:

*“Artículo 110.- Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”.*

Finalmente, en la Constitución de la República de El Salvador, la disposición pertinente la encontramos en el Capítulo I, sección primera (Derechos Individuales). La norma prescribe lo siguiente:

*“Artículo 23.- Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.*

Nos parece muy importante resaltar que en las tres Constituciones centroamericanas citadas, el reconocimiento al derecho de usar el arbitraje como mecanismo para resolver conflictos está contenido en la llamada “parte dogmática” de la Constitución, y más particularmente en la sección en la que se reconocen los llamados derechos humanos individuales, libertades públicas, derechos fundamentales o derechos humanos de primera generación.

De las tres normas constitucionales citadas, la que nos parece meritorio resaltar especialmente es la contenida en el artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador. La razón de ello es que en ese mismo artículo se reconoce el derecho a la libre contratación. Es decir, ni más ni menos la llamada libertad de contratación, es reconocida expresamente como un derecho fundamental de las personas en El Salvador y como quedó referido al inicio de este capítulo, el acuerdo es un contrato o convenio.

Dentro de la libertad de contratación, como género, podría decirse entonces que la libertad de celebrar acuerdos arbitrales es una especie dentro de dicho género. Y para confirmar ello, en ese mismo artículo se prescribe que nadie que tenga la libre disposición de sus bienes puede ser limitado en su derecho de resolver sus conflictos por medio de acuerdo de transacción o mediante sometimiento a arbitraje.

Con base en los ejemplos que podemos encontrar tan solo en estas tres Cartas Magnas, pues hay otras constituciones latinoamericanas que hacen similar reconocimiento al derecho

de resolver conflictos por medio de arbitraje, podría sostenerse de manera razonada y razonable que el derecho a celebrar acuerdos arbitrales, única forma de someter al conocimiento de árbitros una disputa para ser resuelta de esa manera, es un derecho fundamental de las personas siempre y cuando, como se ha aclarado antes, la materia sea arbitrable precisamente porque versa sobre derechos y obligaciones en los que las partes tienen libre disposición o capacidad de negociación o inclusive de renuncia.

Por lo tanto, en relación al ordenamiento jurídico guatemalteco, y con base en lo dispuesto en el artículo 44 constitucional citado en el sub apartado anterior, que establece el principio que el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas no se circunscriben o limitan a los expresamente reconocidos en el cuerpo normativo constitucional, puede sostenerse así que el derecho a celebrar acuerdos arbitrales es un derecho fundamental, ya sea autónomamente considerado o como parte del derecho a la libre disposición de los bienes y la libre contratación.

### **3. CARACTERÍSTICAS DEL ACUERDO ARBITRAL**

En los sub apartados de esta sección se hará referencia más puntual a diferentes disposiciones legales en las que, ya sea de manera directa en la LAG o indirecta, en disposiciones de otras leyes relevantes, se establecen las características del acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral.

Quizás simplemente vale hacer, a manera de reflexión introductoria,

el comentario que por el hecho de ser Guatemala un Estado que ha adoptado sustancialmente el Modelo de Ley de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo”) las características que acá se mencionarán por la vía de citas directas de la LAG en nada se diferencian de las características que pueden describirse de dicho acuerdo en cualquier Estado que ha seguido dicha Ley Modelo.

Lo más importante es que con ese concepto de acuerdo arbitral o acuerdo de arbitraje que se incorpora en la LAG, se supera así un escollo que eventualmente era muy difícil sobrepasar o superar conforme la legislación arbitral aplicable antes de la entrada en vigencia de la LAG.

Nos referimos a la marcada diferencia que antes se hacía en el Código Procesal Civil y Mercantil, entre cláusula compromisoria y el contrato de compromiso. Con base en la legislación derogada contenida en dicho Código en relación a la materia arbitral, una cláusula compromisoria contenida en un contrato o relacionada con un contrato principal aunque no estuviera contenida en el mismo documento constitutivo original, solo daba lugar a que las partes formalizaran el contrato de compromiso en escritura pública autorizada por notario. En caso de negativa de una de las partes de cumplir con esa solemnidad posterior, lo que correspondía era iniciar un proceso judicial abreviado, denominado incidente de formalización de compromiso arbitral y mientras esto no se hiciera exitosamente, nada, absolutamente nada pasaba en cuanto a lograr constituir tribunal arbitral e iniciar de inmediato el procedimiento arbitral respectivo.

Sobra decir que en muchos casos, los jueces que conocían de esos incidentes de formalización judicial del contrato de compromiso, podían decidir si procedía o no dicha formalización, vulnerando así varias características fundamentales de lo que hoy se entiende como un acuerdo arbitral vigoroso o jurídicamente sostenible: la obligatoriedad y la autonomía o separabilidad del mismo.

### 3.1. Autonomía y Separabilidad

Previamente a desarrollar estas dos características, que parecieran ser o referirse a lo mismo, cabe decir que el acuerdo arbitral como se insinúa en los párrafos precedentes es plenamente vinculante para las partes y que conforme la LAG, un procedimiento arbitral puede continuarse en rebeldía de la parte demandada o la parte reconvenida en su caso.

Pero en donde quizás puede notarse un pleno poder vinculante u obligatorio de un acuerdo arbitral, es en el artículo 8 de la LAG, que prescribe lo siguiente bajo el epígrafe de “Alcance de la Intervención del Tribunal”<sup>6</sup>:

“En los asuntos que se rigen por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”.

Luego, el artículo 11 de la LAG, que se refiere a la excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje, dispone en su numeral 1 lo siguiente:

“El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El

acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia. Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omita interponer la excepción de incompetencia”.

Estos dos artículos anteriormente referidos son los que de manera contundente, denotan que el requisito eventual de la necesidad de una formalización judicial de un contrato de compromiso en caso de negativa de la parte demandada o requerida, ha quedado totalmente superado.

En cuanto a la autonomía del acuerdo arbitral, el artículo 21, numeral 1 recoge a plenitud esa característica, siguiendo muy de cerca la Ley Modelo. En esta disposición legal se hace referencia al principio de “*kompetenz-kompetenz*”, que debe en todo caso entenderse como una lógica derivación o consecuencia del principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

En el Capítulo IV de la LAG, que regula aspectos relacionados con la Competencia del Tribunal Arbitral, el mencionado artículo 21, bajo el epígrafe de “Facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su competencia”, regula lo siguiente en su numeral 1:

*“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.*

<sup>6</sup> Un “Tribunal”, conforme las mismas definiciones de la LAG contenidas en el artículo 4, se entiende como un órgano del sistema judicial de este país, ya sea unipersonal o colegiado”.



*A ese efecto, un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje.*

En cuanto a un eventual contenido mínimo que debería contener un acuerdo arbitral, la LAG básicamente no contempla norma expresa específica para ello. Es decir, no se imponen contenidos mínimos, so pena de inexistencia o invalidez del acuerdo. Pero quizás en este tema vale la pena referirse a dos disposiciones de la misma LAG que tienen relación con dicho tema. El primero es un aspecto relacionado con reglas de interpretación básicas que contiene la LAG. Nos referimos al artículo 5, numeral 2, que dice:

*“Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje que en él se pudieran mencionar o incorporar”.*

La otra disposición legal relevante en cuanto a proveer referencias o lineamientos de lo que debe contener un acuerdo arbitral, para evitar que pudiera llegar a considerarse inclusive como un acuerdo arbitral “patológico”, es el artículo 24, numeral 1, que se refiere a la determinación del procedimiento arbitral:

*“Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 23 (trato equitativo de las partes), las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que*

*se haya de ajustar el tribunal arbitral en su actuaciones”.*

Por supuesto que existen otras normas que directa o indirectamente van dictando o sugiriendo aspectos que deben ser contenidos en un acuerdo arbitral completo o eficaz. Nos referimos, por ejemplo, a la definición en el mismo sobre si el arbitraje será de derecho o de equidad; si siendo internacional, el idioma a utilizarse sea diferente al español, la manera de designar árbitros –aspecto fundamental de toda cláusula– e inclusive, el derecho aplicable al fondo del asunto si no existiera cláusula sobre elección de derecho aplicable al fondo del asunto en el resto del contrato con el que se relaciona o está vinculado el acuerdo arbitral.

Pero finalmente, para regresar al tema de la autonomía del acuerdo arbitral y como consecuencia, su plena divisibilidad o separabilidad del contrato que le dio origen, cabe comentar que a manera de norma general, que a su vez refuerza lo dispuesto en el artículo 21, numeral 1, de la LAG, está lo previsto en el artículo 1308 del Código Civil (CCiv):

*Artículo 1308. La nulidad de una o más de las disposiciones de un negocio jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.*

*La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de las obligaciones accesorias; pero la nulidad de éstas no induce la de la obligación principal.*

### 3.2. Requisitos de forma

Siguiendo sustancialmente a la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés, la LAG establece

un marco de referencia bastante flexible para cumplir con los requisitos de forma de un acuerdo arbitral.

El artículo 10 de la LAG, precisamente bajo el epígrafe de “Forma del Acuerdo de Arbitraje”, dispone que:

1.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la forma de un compromiso o de una cláusula compromisoria, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral, constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2.- El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato o en la forma de un acuerdo independiente.

3.- Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “este contrato incluye un acuerdo de arbitraje”.

Es el párrafo primero el más importante de los tres párrafos de este

artículo, pues en él queda establecido que el requisito esencial para la existencia, en cuanto a su forma, es que conste por escrito. Conforme la legislación aplicable en Guatemala, incluida la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas<sup>7</sup>, también se entiende que se satisface el requisito de “escrito” más allá de la típica forma de documentar en papel un acuerdo o un convenio. Esta legislación de hecho sigue muy de cerca también el modelo de ley de UNCITRAL sobre comercio electrónico.

Cabe también resaltar que el artículo 10 de la LAG hace referencia a los acuerdos arbitrales tácitos, que finalmente quedan confirmados por escrito de la manera que ahí se prevé.

En cuanto al párrafo 3, esa disposición definitivamente constituyó en su momento, una novedad o adición en relación al texto original de la Ley Modelo de UNCITRAL, y que obviamente busca tutelar intereses de consumidores. Es decir, es una norma que en realidad más que un requisito de forma pareciera insertar un requisito de fondo, un requisito de validez intrínseca para acuerdos arbitrales insertos en contratos mediante pólizas o formularios, pues de no incluirse la leyenda requerida por ley, aunque esta no es clara al respecto, debe asumirse que por inobservancia de la norma que exige dicha advertencia, el acuerdo debería devenir al menos anulable. Sin embargo, dada la base constitucional que el acuerdo de arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes y la libre contratación, las partes siempre podrían acordar un acuerdo arbitral en

<sup>7</sup> Decreto N° 47-2008 del Congreso de la República.

cualquier relación jurídica derivada de contratos de adhesión.

En relación a la forma del acuerdo arbitral, es también necesario mencionar algunas disposiciones del Código de Comercio de Guatemala (CCom)<sup>8</sup>. Para empezar, el artículo 1039 prescribe:

“A menos que se estipule lo contrario en este código, todas las acciones a que de lugar su aplicación, se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje (...)”.

El artículo 671 del mismo CCom, en su último párrafo, exigía que los contratos de compromiso constaran en escritura pública. Ese artículo fue reformado, por supresión de ese requisito, mediante norma derogatoria expresa contenida en la LAG, quedando así una consistencia general en la legislación guatemalteca en cuanto a que el requisito de forma que se exige para un acuerdo arbitral puede ser cumplido de múltiples formas, pero no debe entenderse como un *requisito ad solemnitatem* como lo es el requisito de escritura pública para los contratos llamados “solemnes”. Pasamos ahora a comentar los requisitos de validez del acuerdo arbitral.

#### **4. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE UN ACUERDO ARBITRAL**

La LAG no contiene una disposición normativa que, en materia arbitral, disponga qué requisitos de validez intrínseca debe cumplir cualquier acuerdo arbitral para ser

considerado jurídicamente existente y por ende, vinculante entre quienes lo suscriben. Únicamente contiene alguna disposición en cuanto al tema de la capacidad, en relación al Estado o entidades descentralizadas y autónomas, como se verá en el subapartado siguiente.

Es por ello que debe recurrirse entonces nuevamente al Código Civil, con el fin de determinar en materia de derecho de obligaciones en general, y del negocio jurídico en particular, qué requisitos son necesarios para que surja una obligación válida derivada de un negocio jurídico entre dos o más personas.

El artículo 1251 del CCiv es el que contiene la norma que nos da la respuesta, sin perjuicio de citar también otras normas subsiguientes, que son relevantes en cuanto a este tema de requisitos de validez.

“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”

Con dicha norma puede comprobarse que Guatemala contempla en su ordenamiento jurídico los requisitos tradicionales dentro de la tradición del sistema romano canónico (o “*Civil Law*”), salvo por la ausencia de otro requisito que se contempla en muchas otras legislaciones como requisito de validez: la causa.

No es que no deban tener causa los negocios jurídicos y los contratos en particular, y de hecho hay normas dentro del cuerpo normativo constituido por el CCiv que se refieren explícitamente a ese

<sup>8</sup> Decreto N° 2-70 del Congreso de la República.

requisito. Pero basta reiterar que el artículo 1251 antes citado, no incluye la causa como requisito de validez jurídica.

En el caso de los contratos considerados solemnes, podría decirse que adicionalmente a los tres clásicos requisitos antes mencionados, debe sumarse el cumplimiento de dicho requisito de forma, o solemnidad mejor dicho.

A este elemento adicional se refiere el artículo 1518 del CCiv, que es una norma relativa a disposiciones generales en materia de contratos, como una de las fuentes de las obligaciones.

En esta disposición legal se establece lo siguiente:

“Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”.

Para comprender mejor los alcances y efectos de este último requisito contenido en el artículo 1518, es necesario complementar la cita con algunos artículos contenidos en el capítulo del CCiv relativo a la forma de los contratos, ya que, dado que la LAG requiere que el acuerdo arbitral conste por escrito, podría surgir la duda si el acuerdo arbitral es nulo o inválido porque no consta por escrito, o si bien, la ausencia de la manifestación por escrito de un acuerdo arbitral que sí existió, puede subsanarse de alguna forma.

El artículo 1574 prescribe lo siguiente:

“*Toda persona puede contratar y obligarse: 1°. Por escritura pública; 2°. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del*

*lugar; 3°. por correspondencia; y 4°. Verbalmente”.*

“Artículo 1576:

*Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieron sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.*

Artículo 1577:

*Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez”.*

Con base en las disposiciones legales anteriores, puede concluirse que el acuerdo arbitral no es considerado, definitivamente, un contrato solemne (como sí lo fue en su momento el contrato de compromiso, como se explicó antes).

Al requerirse la forma escrita, ¿se impone dicha forma como requisito esencial de validez? O bien, ¿en caso que se omita dicha forma, pero efectivamente existe un acuerdo arbitral verbal, puede subsanarse dicho requisito inclusive judicialmente?

Nuestra opinión es que en ausencia de una constancia por escrito de un acuerdo arbitral, no se está ante una situación de invalidez o nulidad absoluta, pues para ello tendría que haberse calificado de contrato solemne al acuerdo arbitral y además, por lo tanto se tendría que exigir la forma solemne de escritura pública.

En todo caso, creemos que, por analogía, podría aplicarse lo dispuesto

en el artículo 1576 antes citado, pues por la literalidad de lo dispuesto en el artículo 1577, solamente puede anularse totalmente o considerarse inexistente *ipso jure* un negocio jurídico, acuerdo o contrato que esté declarado expresamente como solemne y que por lo tanto, requiere puntualmente la forma de escritura pública. No siendo ese el caso del acuerdo arbitral, debería entenderse que un acuerdo verbal obliga, pero debe ser subsanado mediante procedimiento judicial, en el caso extremo que una parte quiera ignorar su compromiso previamente otorgado.

Por supuesto, nadie quisiera estar en esta situación pues resultaría en esos casos paradójicos en donde para poder recurrir al arbitraje, previamente habría que preguntar a un juez, por medio de la acción legal correspondiente, si considera que se tiene ese derecho o no, según las evidencias que se puedan producir, que para los efectos de la comparación analógica que sugerimos, en ausencia de toda referencia por escrito que sí obliga directamente y sin necesidad de declaración judicial, la única forma en que el acuerdo arbitral podría validarse en total ausencia de evidencia escrita, directa o indirectamente, de la misma, sería mediante la declaración y confesión judicial.

#### **4.1. Consideraciones particulares en cuanto a la capacidad del Estado y entidades públicas para suscribir Acuerdos Arbitrales**

La LAG, en cuanto a este aspecto, contiene una norma que es también “producción local” por decirlo de alguna manera, en contraste con el contenido de la Ley Modelo de UNCITRAL. Se agregó esta disposición legal, al parecer,

porque en otra ley relevante, que es la Ley de Contrataciones del Estado y que se individualiza en seguida, hay una disposición relevante o atinente al tema de la capacidad del Estado para someterse a arbitrajes, y que fue emitida antes de la vigencia de la propia LAG.

El artículo 51 de la misma, bajo el epígrafe de “Capacidad del Estado y Personas de Derecho Público para Someterse al Arbitraje”, prescribe lo siguiente:

“Una vez que el Estado, las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, hayan celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia, o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio”.

Esta norma obviamente tiene el objeto de cristalizar en materia de acuerdos arbitrales el principio sobre conflictos de leyes en el tiempo consistente en que los acuerdos o contratos incorporan las leyes vigentes al momento de su celebración.

Por supuesto cobra mayor relevancia una norma de esta naturaleza cuando se trata del Estado como parte de un acuerdo arbitral, pues precisamente se toma en cuenta la posibilidad que el Estado mismo con su *ius imperium* podría intencionalmente derogar o modificar una norma vigente con el objeto de evadir o eludir un acuerdo arbitral basado precisamente en la norma que se pretende derogar.

Pero si se hace una lectura cuidadosa de dicho artículo 51 de la LAG, solo podría decirse que se asume que el Estado o las demás entidades de derecho público en esa norma mencionadas, tienen capacidad para celebrar acuerdos arbitrales, pero deja siempre una salvedad: que el acuerdo arbitral sea válido.

Antes de identificar una norma importante a nivel de derecho interno que aborda esta capacidad o la validez de someterse a acuerdo arbitral, habremos de hacer mención a disposiciones de orden constitucional que cobran absoluta relevancia en cuanto a dicho tema de la validez de los acuerdos arbitrales, o al menos, de ciertos acuerdos arbitrales, cuando el Estado es parte de los mismos.

Nos referimos a las disposiciones constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del literal “I” del artículo 171, que literalmente dicen:

“Corresponde también al Congreso:

1) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:

(...) 4) Constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales;

5) Contenga cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; (...).”

Por supuesto, la norma anterior se refiere en principio a acuerdos arbitrales suscritos principalmente entre sujetos de derecho internacional público, pero podría

en ciertos casos considerarse ampliado a convenios arbitrales contenidos en contratos o acuerdos entre el Estado y un sujeto de derecho privado.

Por ejemplo, en el caso del Convenio sobre el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversiones –CIADI–, ese requisito exigido ya sea los numerales 4 ó 5 de la norma antes citada, se entiende cumplida desde el momento en que el Congreso de la República de Guatemala aprobó dicho Convenio y por ende no es necesario que para cada caso concreto que pudiera darse ante el CIADI en contra del Estado de Guatemala, sea necesario gestionar dicha autorización legislativa.

Fuera de la disposición anterior, cabe citar los artículos 102 y 103 de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>9</sup>, en cuanto al interesante tema de la capacidad del mismo de poder celebrar acuerdos arbitrales válidos.

El texto legal pertinente prescribe lo siguiente:

“Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: salvo lo dispuesto en el artículo 3 de esta ley, toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones de las entidades a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”.

<sup>9</sup> Decreto N° 57-92 del Congreso de la República.

En plena concatenación con ese principio anterior, el artículo 103 establece:

“Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral, mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley se someterá a la jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo o a la jurisdicción arbitral, mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. No se podrá iniciar acción penal sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje”<sup>10</sup>.

A pesar de la mala redacción de esta disposición legal, queda claramente establecido que en materia de contratos administrativos, la legislación principal permite expresamente la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos derivados de dichos contratos. Algunos de estos contratos, si llegaren a tener carácter de internacionales, pues tendrían eventualmente que cumplir con el requisito de aprobación por parte del Congreso de la República, conforme lo visto anteriormente.

Pero en suma, queda claro que las normas guatemaltecas aplicables al tema que venimos desarrollando en

este supabartado, se inclinan todas por reconocer la capacidad del Estado para suscribir acuerdos arbitrales.

## 5. ACUERDOS ARBITRALES “*SUI GENERIS*” EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

En este último apartado se hace referencia a tres disposiciones legales que contienen normas que se relacionan con el tema del acuerdo arbitral en Guatemala.

Pareciera que cada una de esas normas busca fomentar la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de determinado tipo de conflictos y descargar, de esa manera, la carga que pesa sobre la administración ordinaria de justicia. Sin embargo, el lector podrá sacar sus propias conclusiones si lo dispuesto por dichas normas es la mejor manera o no de fomentar el uso del arbitraje e inclusive si la técnica legislativa empleada en cada uno de esos casos fue la más afortunada o no.

Los tres casos de acuerdos arbitrales “*sui generis*” podrían caracterizarse, los primeros dos, como casos de “arbitrajes cuasi-forzosos” y el último, eventualmente, como un arbitraje “forzoso”, en el sentido que se utilizó al inicio de este trabajo: es decir, aquél que nace por imposición de norma o mandato legal y no por la voluntad de las partes.

<sup>10</sup> Es interesante notar que el texto del artículo 103 proviene de una reforma legal contenido en el Decreto N° 11-2006 del Congreso de la República que es el acto legislativo mediante el cual se puso en vigor la legislación de implementación efectiva del tratado de libre comercio conocido como DR-US-Cafta, celebrado entre los Estados Unidos de América, República Dominicana, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala.

### 5.1. Artículo 69, de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías<sup>11</sup>

“Solución de conflictos. Los conflictos entre las partes, derivados de un contrato de bolsa, entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, o entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán ser resueltos, salvo pacto en contrario, por arbitraje de equidad, el cual, si las partes en conflicto no dispusieron otra cosa, se sustanciará conforme a las reglas o normas del Centro de Dictamen, Conciliación y Arbitraje (CDCA). El laudo podrá dictarse en rebeldía de la parte que no comparezca dentro del proceso arbitral”.

Esta disposición legal no llega a contener un mandato imperativo de resolver mediante arbitraje la clase de conflictos a los que se refiere, pues permite el pacto en contrario. Pero si no se dice nada en un contrato de bolsa acerca de la resolución de conflictos, entonces se entiende que existe un acuerdo arbitral tácito o legal, e inclusive en esa situación hasta llega a disponer la norma que el arbitraje es de equidad (en la LAG el principio es que si las partes no pactaron nada al respecto en su acuerdo arbitral, el arbitraje es de derecho).

Además de lo anterior, al dispones que el arbitraje debe ser tramitado conforme el reglamento de una institución arbitral en particular, lo convierte así a dicho arbitraje, en uno institucional, pues conforme dicho reglamento se entiende que si se utiliza el mismo es porque además se confía la administración del proceso

arbitral a la institución expresamente mencionada.

Es cierto que en algo se parece esta disposición a la contenida en el artículo 3 de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, en el sentido que en dicho artículo se estipula que a falta de acuerdo entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Sin embargo, dicho artículo 3 no llega tan lejos como el artículo 69 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías de Guatemala, en el sentido que no crea acuerdos arbitrales tácitos en caso que las partes no hayan dispuesto nada sobre la forma de resolver sus conflictos que pudieran derivarse de contratos o acuerdos que suscriban en cualquier materia que sea arbitrable.

Por lo que puede apreciarse, en el caso de los contratos de bolsa, un acuerdo arbitral podría entenderse legalmente constituido en caso de un silencio absoluto de las partes al respecto. Y así, podría considerarse que el requisito que el acuerdo arbitral conste por escrito, queda superado mediante este tipo de acuerdo tácito o *sui generis*.

A pesar de esta disposición que pudiera considerarse pro-arbitral, quizás por el hecho que aún no se ha desarrollado plenamente el mercado bursátil en Guatemala, no se ha podido tampoco percibir realmente un incremento en la

<sup>11</sup> Decreto N° 34-96 del Congreso de la República de Guatemala (vigente a partir del 23 de diciembre de 1996).



utilización del arbitraje para los casos de conflictos derivados en materia de contratos de bolsa.

Al entrevistar a uno de los Directores del Centro Privado de Dictamen, Conciliación y Arbitraje previamente a concluir el presente trabajo, informó que no se ha dado un incremento sustancial en los servicios de administración de arbitrajes de equidad en material bursátil desde finales de 1996, año en que entró en vigor la Ley del Mercado de Valores y Mercancías<sup>12</sup>.

## 5.2. Código de Comercio (en materia de Contratos de Distribución y Agencia)

Mediante el Decreto 11-2006<sup>13</sup>, que se cita tanto para este sub apartado como para el siguiente se introdujeron reformas legales a varios cuerpos normativos con el fin de implementar la aplicación en Guatemala del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos de América, República Dominicana y los países que conforman Centro América (el comúnmente denominado US-DR-CAFTA, tal como identificó en la nota a pié de página, número 10).

Mediante el llamado “decreto de implementación del US-DR-CAFTA”, se modificó un artículo del CCom que se refiere expresamente al tema de la resolución de conflictos en materia de contratos de distribución y de agencia.

Dicha norma establece lo siguiente:

*“Artículo 291. Controversias.* Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieran de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial. En caso que la controversia se resuelva en proceso judicial, en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

En el contrato respectivo, las partes también pueden optar por el arbitraje o por la vía judicial en proceso sumario, para resolver cualquier clase de controversia derivada de dicho contrato. Para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial.

En todo caso, los procesos judiciales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de

<sup>12</sup> Conversación telefónica realizada con la Licenciada Silvia Moreno de Rohrmoser Directora del CDCA.

<sup>13</sup> El Decreto N° 11-2006 entró en vigor, salvo algunas modificaciones a las leyes en materia de propiedad intelectual, a partir del 30 de mayo de 2006. El decreto tiene por título “Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América”.

acuerdo a las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales”.

Al analizar la norma anteriormente transcrita, puede detectarse que existe un contenido muy parecido al de la norma antes comentada en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Es decir, se sigue el principio de crear un “acuerdo arbitral tácito” o *sui generis* si las partes no disponen *expresamente* que el tipo de conflictos al que se refiere la disposición legal transcrito (cobro de daños y perjuicios por terminación injustificada de contrato de distribución y agencia) se resuelvan por la vía judicial.

En esta norma, se invierte realmente el principio que las controversias se resuelven ordinariamente por la vía judicial, salvo que haya pacto expreso en contrario mediante acuerdo arbitral escrito para que dichas controversias sean resueltas mediante proceso arbitral.

Ahora bien, en el artículo 291 del CCom puede notarse que no existe una referencia expresa al tipo o clase de arbitraje que debe entenderse como el pactado “por virtud de ley”. Tampoco hace referencia alguna, correctamente en nuestra opinión, a algún centro o institución dedicada a la administración de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Así las cosas, en ausencia de pacto expreso en contrario, si se tuviera que aplicar lo dispuesto por el artículo 291, y asumiéndose que el lugar del arbitraje sería Guatemala, por virtud de la LAG, el arbitraje sería *ad hoc* y de derecho, muy diferente en este caso al arbitraje institucional y de equidad previsto legal-

mente para los conflictos en materia de contratos bursátiles.

Como comentario común tanto para esta disposición legal como la relativa a la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, creemos que lo que tienen de positivo, en todo caso, es dejar claro que los conflictos en materia bursátil o aquellos derivados de la terminación anticipada de contratos de agencia o distribución, son materia claramente arbitrable y como tal, sujetos a acuerdos arbitrales diseñados correctamente por las partes en los contratos respectivos.

Los asesores legales de las partes en este tipo de contratos deberían advertir a sus clientes entonces que de no disponerse expresamente nada en dichos contratos, se estarían desarrollando procesos arbitrales pre-definidos por ley y que en ese sentido, es recomendable que las partes primero, decidan si realmente desean el arbitraje, y luego, qué tipo de arbitraje, evitando así lo que podrían considerarse “acuerdos arbitrales patológicos” tácitamente impuestos por ley.

### 5.3. Artículo 117 del Decreto N° 11-2006 (reforma a la Ley de Arbitraje)

Finalmente, en relación a los llamados acuerdos arbitrales “*sui generis*” o tácitos que se vienen comentando en este apartado final, no puede cerrarse este trabajo sin citar el Artículo 2, numeral tercero, de la Ley de Arbitraje, tal como fuera adicionado por el Decreto N° 11-2006, que como se hizo ver en la nota al pie de página número 10, es el decreto de implementación del denominado DR-US-CAFTA.

Es decir, mediante el artículo 117 de dicho decreto de implementación, se adicionó un párrafo tercero, al artículo 2 de la LAG.

En dicho artículo 2, siguiendo casi literalmente a la Ley Modelo de Uncitral, se regula cuándo se entiende que un arbitraje es internacional.

El legislador, mediante el llamado “decreto de implementación”, agregó un párrafo 3 que literalmente dice:

“Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados se resolverán de acuerdo a las normas contenidas en el reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje”.

Para empezar, debemos decir que este agregado o adición al artículo 2 de la Ley de Arbitraje realmente no es una disposición estrictamente necesaria como parte de las obligaciones derivadas en el Estado de Guatemala para poder implementar efectivamente el cumplimiento del tratado de libre comercio en mención.

Dicho de otra manera, no creemos que la implementación del tratado estuviese en riesgo alguno si este extraño tercer párrafo no hubiese sido incluido en el Decreto N° 11-2006.

Y decimos que es extraño, como mínimo, porque puede notarse en nuestra opinión una confusa redacción y además una inadecuada o incorrecta referencia a la institución arbitral que designa expresamente.

En cuanto a su oscura o ambigua redacción, cabe preguntarse qué debe entenderse por “contrataciones internacionales entre privados”, pero sea como sea, esta norma, que no solo es aplicable a relaciones contractuales con sujetos de nacionalidad estadounidense sino con personas, ya sean individuales o jurídicas, de cualquier otra nacionalidad, estaría obligando a que toda persona que tenga un contrato “internacional” con un sujeto guatemalteco (al menos eso se asume para que fuese aplicable esta norma) tiene que utilizar la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y si no se pacta nada en contrario, tendría que ser además un arbitraje tramitado conforme el reglamento respectivo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) con sede en París, Francia.

Mucho podría comentarse sobre esta disposición. Por ejemplo, como ya se dijo, que es rara, muy rara. Además, que adolece de una muy mala redacción y que si ya habíamos señalado como criticable que en una norma que pretende crear un acuerdo arbitral tácito o *sui generis* de una vez se imponga tácitamente el centro o institución arbitral que ha de administrar el procedimiento arbitral, más criticable se hace en este caso quizás, por las connotaciones de carácter internacional que tiene.

Pero definitivamente, lo más criticable que tiene de todo es que pretende crear un arbitraje forzosamente impuesto por ley. A diferencia de las otras dos normas comentadas anteriormente en este apartado, en donde permiten que si las partes no desean un arbitraje, así lo

digán expresamente en su contrato (ya sea en materia bursátil o en materia de agencia o distribución), en este adicionado párrafo 3, del artículo 2 de la Ley de Arbitraje, el legislador fue más allá porque básicamente, para toda “contratación internacional entre privados” intenta imponer como mecanismo de solución de controversias relacionadas con tales contrataciones, ya sea el arbitraje bajo el reglamento respectivo de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC u “otros foros de arbitraje” que las partes acuerden expresamente.

En este párrafo 3 creemos que existe la imposición del arbitraje por la vía legal ya que en lo único que permite pacto en contrario es en seleccionar otra institución arbitral que no sea la prestigiosa Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

Acá retomamos nuestras observaciones y opiniones vertidas en la sección introductoria de este trabajo, en cuanto a que los arbitrajes impuestos por la vía legal, o “arbitrajes forzosos”, no tienen cabida constitucional en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Como mínimo, una disposición como la comentada en este sub apartado final, vulnera el libre acceso a tribunales del Estado al que se hizo mención en la sección I. Y en este caso se lo estaría vedando tanto a personas naturales o jurídicas, nacionales como extranjeras, que pudieran necesitar o preferir por cualquier motivo, iniciar un procedimiento judicial ante tribunal competente en Guatemala.

En lugar de hacer un favor para la correcta y sostenida utilización del arbitraje, creemos que artículos como éste lo único que pueden lograr al final es incertidumbre y peor aún, algún grado de rechazo a la institución del arbitraje.

Por eso, no nos cabe la menor duda que la vía ideal para ingresar al “mundo del arbitraje” como un mecanismo efectivo de administración alternativa de justicia, es por la vía del acuerdo arbitral. Por la vía del sometimiento voluntario. Por la vía de creer realmente que ese es el mecanismo que se necesita o se desea para resolver definitivamente una controversia<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Justamente, mientras se preparaba este trabajo, fue presentada una acción de inconstitucionalidad en contra de la disposición contenida en el ahora modificado artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto N° 67-95 del Congreso de la República. El expediente que contiene esta impugnación es el N° 387-2010. Entre otras de las normas constitucionales que se consideran vulneradas por los interponentes de esta acción de inconstitucionalidad, se incluye el artículo 29 que contiene el derecho de libre acceso a tribunales del Estado.

---

# INGLATERRA

---



# EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS

CHRISTIAN LEATHLEY (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La Práctica del Arbitraje Internacional en Inglaterra.* 3. *El Acuerdo Arbitral Inglés.* 4. *Conclusión.*

Los abogados con experiencia en la redacción de acuerdos arbitrales, ostensiblemente recurrirán primero a una cláusula arbitral modelo de alguna de las principales instituciones de arbitraje internacional. Sin embargo, a menudo esos mismos profesionales se enfrentarán a cláusulas de arbitraje de “último minuto” o “cláusulas arbitrales de medianoche”, que el cliente les presenta cuando están justo a punto de firmar el acuerdo. Estas cláusulas arbitrales a menudo están pobremente redactadas, y reflejan la falta de atención que reciben durante las complicadas negociaciones. Las negociaciones pueden también estar en una fase tan avanzada, que el re-escribir substancialmente la cláusula o recurrir a una cláusula modelo puede ser impracticable. Por lo tanto, cuando el acuerdo se rige por el Derecho Inglés, el entender aquello que es esencial para asegurar que el acuerdo arbitral sea válido y vinculante bajo el Derecho Inglés, es importante incluso para el practicante más curtido.

## 1. INTRODUCCIÓN

1.1. El Derecho Inglés, así como el Derecho Neoyorquino, a menudo se invoca para regir los contratos entre las partes envueltas en operaciones transfronterizas. La justificación de la elección del Derecho Inglés es quizás histórica y está basada en su alcance en toda la Mancomunidad Británica y en la influencia de la *City* (de Londres) y su sector bancario y de seguros. O tal vez, la justificación es lo predecible del derecho inglés y la confiabilidad de la virtualmente incorruptible judicatura inglesa. Cualquiera que sea la razón, las partes siguen optando por el Derecho Inglés para regir sus contratos, incluso en casos donde el recurso no es a los tribunales ingleses, sino al arbitraje internacional.

1.2. Las partes contratantes que decidan resolver sus controversias mediante el arbitraje internacional tienen dos opciones cuando se trata de expresar su

---

(\*) *Solicitor* de la Corte Suprema de Inglaterra y abogado de Nueva York. Consejero, Of Counsel en la firma Herbert Smith (Londres). El autor agradece a Aleksander BAKIC y Miguel J. DE PUIGDORFILA por su colaboración en la preparación de este capítulo.

confianza en el Derecho Inglés. Primero, pueden seleccionar el derecho Inglés como el derecho sustantivo del acuerdo de arbitraje (también conocido como la cláusula de arbitraje)<sup>1</sup>. Al hacerlo, la opción más sensata es el garantizar que el acuerdo de arbitraje se rija por la misma ley que rige el contrato subyacente. En efecto, a menudo es buena idea especificar el derecho que rige el acuerdo de arbitraje de una forma que no deje lugar a dudas<sup>2</sup>.

1.3. Segundo, pueden seleccionar a Inglaterra como el lugar del arbitraje (*lex arbitri*). La práctica del arbitraje comercial internacional asume en gran medida que la sede del arbitraje determinará el derecho procesal del arbitraje. Como mínimo, el orden público y las disposiciones obligatorias del derecho de la sede se van a aplicar al arbitraje, incluso si las partes optan por un derecho procesal que no es el mismo que el derecho de la sede<sup>3</sup>.

1.4. Si bien hay muchos factores (comerciales, políticos u otros) que influyen en la elección de la sede, un acuerdo arbitral eficiente idealmente debería seleccionar la sede dentro de la jurisdicción electa como aquella cuyo derecho rige el contrato subyacente y el acuerdo arbitral. Para un

acuerdo arbitral regulado por el Derecho Inglés, esto típicamente significa Londres. Tal consistencia es imperativa para evitar complicados asuntos de conflictos de derecho.

1.5. Este capítulo explica cómo redactar un acuerdo arbitral inglés válido. Al hacerlo, delinearé los principios del Derecho Contractual inglés y la interpretación que debería aplicarse por un tribunal arbitral o un tribunal inglés al considerar un acuerdo arbitral. Para propósitos de este capítulo, se asume que las partes contratantes desean tener un acuerdo arbitral regido por el Derecho Inglés, con sede del arbitraje en Inglaterra. Además, se habrá de asumir que el contrato subyacente también se registrará por el Derecho Inglés.

## 2. LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN INGLATERRA

2.1. El acuerdo arbitral es una creatura de contrato. Si bien la práctica del arbitraje internacional se rige por una combinación de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996 (la “Ley de Arbitraje”) (*Arbitration*

<sup>1</sup> Para propósitos de este capítulo, la referencia habrá de ser al acuerdo de arbitraje.

<sup>2</sup> “La elección del derecho sustantivo deberá establecerse en una cláusula independiente de la cláusula arbitral o deberá tratarse junto con el arbitraje en una cláusula cuyo título haga evidente que dicha cláusula sirve un propósito doble, *Ej.*, Derecho Aplicable y Arbitraje [o Resolución de Controversias].” Esto se debe, ya que algunas cuestiones pueden surgir bajo el derecho sustantivo durante la ejecución del contrato independientemente de cualquier controversia arbitral”. Directriz N° 8, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*), *IBA Draft for Consultation*, 9 de marzo de 2009, disponible en [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org). Esto se considerará más adelante.

<sup>3</sup> Si bien el lugar del arbitraje no determina el derecho aplicable al contrato ni los méritos, sí determina la ley que regulará los aspectos procesales del arbitraje, o *lex arbitri* (a menos que las partes hayan, en un caso muy extraño, específicamente optado en contrario).



*Act 1996*), la Convención de Nueva York de 1958 (incorporada por la Parte III a la Ley de Arbitraje), la casuística inglesa, el orden público, y la práctica arbitral internacional (incluyendo el ambiguo valor como precedente de los laudos arbitrales emitidos), un acuerdo arbitral inglés está regido primordialmente por sus propios términos. Debería considerarse de conformidad con los principios del Derecho Contractual inglés.

2.2. Un tribunal arbitral deriva su jurisdicción principalmente del acuerdo de arbitrar entre de las partes. Así, el acuerdo arbitral es la fuente que origina el poder del tribunal y define las limitaciones impuestas a ese poder en la medida en que el Derecho Inglés es una fuente del poder del tribunal. El poder del tribunal arbitral puede complementarse por otros cuerpos administrativos o judiciales, mediante una referencia explícita o implícita en el acuerdo arbitral<sup>4</sup>. Así pues, es imperativo que a fin de facultar apropiadamente al tribunal –y excluir la jurisdicción adversa o que compite con las cortes inglesas– debe emplearse una redacción muy cuidadosa.

2.3. Hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje, las cortes inglesas tenían

una reputación de intervención en los procedimientos de arbitraje, para disgusto de las partes que pensaban que habían exitosamente defenestrado la jurisdicción de las cortes. A partir de la Ley de Arbitraje, esa tradición intervencionista de las cortes inglesas ha sido atajada y, hoy en día, Inglaterra puede alardearse de una tradición pro-arbitraje razonablemente robusta, mediante la cual las cortes respetuosamente evitan la intervención innecesaria en procesos arbitrales. Sin embargo, como un comentarista adecuadamente señala, las cortes inglesas no deben verse como “evangelistas” del arbitraje, sino más bien como proponentes de soluciones sensatas para las partes contratantes<sup>5</sup>.

2.4. Las leyes de Inglaterra se componen de tres elementos esenciales: (i) la legislación; (ii) el derecho común; y (iii) la equidad. El tipo de legislación más importante es la ‘Ley del Parlamento’ (*Act of Parliament*) (también llamada estatuto), tal como la Ley de Arbitraje. El derecho consuetudinario no es resultado de la legislación, sino que se crea por la costumbre y por las decisiones del poder judicial<sup>6</sup>. El derecho común (consuetudinario) inglés no es el resultado de legislación sino que se crea por el uso

<sup>4</sup> Por ejemplo, la institución arbitral tiene la facultad como autoridad designante. De manera similar la corte en la sede del arbitraje tiene jurisdicción supervisora para ayudar y/o interferir en la conducción del arbitraje. Las cortes en el lugar del arbitraje pueden ser llamadas para proveer asistencia (*Ej.*, al designar o sustituir árbitros, o al ordenar medidas precautorias y provisionales), y también puede interferir en la conducción del arbitraje (*Ej.*, al ordenar la suspensión de los procedimientos arbitrales). Además estas cortes tienen jurisdicción para conocer las impugnaciones en contra del laudo al final del arbitraje; laudos hechos a un lado en el lugar del arbitraje pueden no ser ejecutables en otra parte. Aún cuando el laudo no sea puesto a un lado, el lugar del arbitraje puede afectar la ejecución del laudo bajo tratados de arbitraje internacionales. Directriz N° 4, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*), *id.* para. 19.

<sup>5</sup> Ver Agora: Pensamientos sobre el Caso *Fiona Trust* (*Thoughts on Fiona Trust*). *Arbitration International*. Vol. 24, No. 3, 493.

<sup>6</sup> WILLIAMS, Glanville, *Learning the Law*, (12° Ed.) London: Sweet & Maxwell. Capítulo 2, p. 22.

y costumbre del Pueblo y las decisiones de la judicatura. El derecho común (consuetudinario) inglés contrasta con la equidad que esencialmente deriva de la justicia natural, pero ésta es tan parte del derecho inglés como la legislación y el derecho consuetudinario, y se administra por la judicatura en la misma forma que el derecho consuetudinario<sup>7</sup>.

2.5. Históricamente, bajo el Derecho Consuetudinario inglés, un contrato sería contrario al orden público si pretendiera privar a las cortes de la jurisdicción que de otra manera tendrían, mientras que un acuerdo arbitral sería válido si meramente dispusiera que las partes habían de recurrir a arbitraje antes de ir al tribunal<sup>8</sup>. Hoy en día, cuando las partes otorgan un acuerdo arbitral, éste no se acomete como un paso previo a los procedimientos judiciales. Por el contrario, las partes acuerdan arbitrar sus disputas con el fin de evitar la necesidad de en absoluto ir al tribunal<sup>9</sup>.

2.6. Así pues, el hecho de que un acuerdo arbitral excluya la jurisdicción del tribunal, podría haber hecho el acuerdo inválido bajo el Derecho Consuetudinario

inglés por dos razones. Primero, basado en que tal acuerdo habría privado a las partes del derecho de acudir a los tribunales y demandar bajo una causa de acción debidamente constituida. Segundo, basado en que un acuerdo arbitral podría haber excluido la competencia otorgada a un tribunal para controlar las decisiones de los árbitros en cuestiones de derecho, o podría permitir a un árbitro el decidir sin tomar en cuenta la ley y en su lugar de acuerdo con sus propias nociones de lo que es justo<sup>10</sup>.

2.7. La invalidez de los acuerdos arbitrales bajo el 'derecho común' estaba causando graves problemas a la velocidad y costo-efectividad del arbitraje internacional en Inglaterra. Desde el 1697 en que se aprobó la primera Ley de Arbitraje inglesa, se han promulgado versiones subsiguientes, las más recientes en 1950 y 1979. Sin embargo, no fue sino hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje (en 1996) que el alcance del control judicial en los procesos arbitrales se redujo y al mismo tiempo se sostuvo la validez del acuerdo arbitral. En efecto, la Ley de Arbitraje se consideró por la judicatura inglesa como significativo hito en la práctica del arbitraje internacional<sup>11</sup>. La Ley de

<sup>7</sup> Por ejemplo, ciertos recursos de importancia para la práctica del arbitraje internacional derivan de la ley de equidad, tal como ejecución específica o la reparación por mandato judicial.

<sup>8</sup> *Scott v. Avery* (1855) 5 H.L.C. 811; cf *Atlantic Shipping & Trading Co. Ltd. v. Louis Dreyfus & Co.* [1922] 2 A.C. 250; *Persson v. London County Buses* [1974] 1 W.L.R. 569.

<sup>9</sup> *Ver Ej.*, el discurso de Lord Hoffman en el caso *West Tankers*, cuando señaló que: "quizás la consideración más importante es la realidad práctica del arbitraje como método para resolver disputas comerciales. La gente involucrada en el comercio elige el arbitraje con la finalidad de estar fuera de los procedimientos de cualquier tribunal nacional". Lord Hoffman también reconoce en la misma sentencia "el arbitraje no puede ser auto-sostenible [y] necesita del apoyo de las cortes".

<sup>10</sup> *Ver Home and Overseas Ins Co Ltd v. Mentor Ins Co (UK) Ltd* [1989] 1 Lloyd's Rep. 473, 485.

<sup>11</sup> *Ver Fili Shipping Co. Ltd. v. Premium Nafta Products Ltd. and Ors* [2007] 4 All ER 951; *West Tankers* [2007] 1 Lloyd's Rep. 391; y *Lesotho Highlands* [2005] 3 WLR 129, Lord Steyn aprobando el pasaje de Thomas J en *Seabridge Shipping v. Orsleff's Eff's* [1999] 2 Lloyd's Rep 685, 690 ("Los usuarios internacionales del arbitraje internacional deben, desde mi punto de vista, ser capaces de apoyarse en el 'lenguaje claro y amigable' del la Ley y no

Arbitraje se basa en el “espíritu” (si no es que se trata de una réplica exacta) de la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y encapsula ciertos principios claves contenidos en la misma y discutidos más adelante<sup>12</sup>.

### *La Ley de Arbitraje de 1996*

2.8. La Ley de Arbitraje rige los arbitrajes, siempre que la sede del arbitraje sea en Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte<sup>13</sup>. La Ley de Arbitraje puede también aplicar cuando un arbitraje tenga su sede fuera de la jurisdicción. Por ejemplo, los tribunales ingleses aplicarán la sección 2(2)(a) y (b) de la Ley para suspender un proceso judicial en deferencia a un arbitraje que tiene lugar en el extranjero<sup>14</sup>.

2.9. Si bien la Ley de Arbitraje otorga a los tribunales jurisdicción supervisora o ‘revisión judicial’ en algunos países, sobre las actuaciones arbitrales, también reduce el ámbito del control judicial en dos importantes aspectos. Primero, la sección 1(b) de la Ley de Arbitraje (titulada “Principios Generales”) dispone que “las partes deberían tener libertad para acordar cómo resolver sus disputas, sujetas solo a las salvaguardas que fueran necesarias en el interés público”. Esto esencialmente licencia

a las partes a definir con precisión cómo debería proceder su arbitraje, sujeto solamente a las disposiciones obligatorias del Derecho inglés, según establece en el Itinerario 1 de la Ley de Arbitraje. Esas disposiciones obligatorias están diseñadas para establecer la base de lo que el arbitraje inglés debe abarcar. Esas disposiciones obligatorias están diseñadas para establecer la base de lo que un arbitraje inglés debería incorporar. Las disposiciones obligatorias son como sigue:

Secciones 9 a 11 (suspensión de los procesos legales);

Sección 12 (facultad de la corte para prorrogar los plazos convenidos);

Sección 13 (aplicación de la Ley de Prescripción);

Sección 24 (facultad de la corte para recusar al árbitro);

Sección 26(1) (efectos de la muerte del árbitro);

Sección 28 (responsabilidad de las partes respecto de los honorarios y gastos de los árbitros);

Sección 29 (inmunidad del árbitro);

Sección 31 (objeción a la jurisdicción sustantiva del tribunal);

Sección 32 (determinación del punto preliminar de jurisdicción);

Sección 33 (obligaciones generales del tribunal);

Sección 37(2) (asuntos a tratarse como gastos de los árbitros);

---

deben exponerse al problema o a expensas de tener que referirse a la Ley antes de 1996 en cuestiones donde las disposiciones de la Ley establecen el derecho”).

<sup>12</sup> Ver la Respuesta del Comité Departamental de Asesoría de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1989 (*Departmental Advisory Committee (DAC) Response to the UNCITRAL Model Law*), reimpresa en 10 Arb. Int. 3 (1990). Para. 108(7) del Reporte del Comité, que plantea que la Ley de Arbitraje debe establecerse a partir de la Ley Modelo de la CNUDMI.

<sup>13</sup> Inglaterra y Gales han sido parte del mismo sistema legal desde 1536. Ver Stat. 27 Hen. VIII, c.26.

<sup>14</sup> Ver sección 2, en general.

Sección 40 (obligaciones generales de las partes);

Sección 43 (asegurar la comparecencia de testigos);

Sección 56 (facultad de retener el laudo en caso de falta de pago);

Sección 60 (efectividad del acuerdo para el pago de costas en cualquier caso);

Sección 66 (ejecución del laudo);

Secciones 67 y 68 (impugnación del laudo: jurisdicción sustantiva e irregularidades graves), y Secciones 70 y 71 (disposiciones suplementarias; efecto de la orden del tribunal) en tanto se relacione con aquellas secciones;

Sección 72 (salvaguarda de derechos de la persona que no toma parte en los procedimientos);

Sección 73 (pérdida del derecho de objetar);

Sección 74 (inmunidad de las instituciones arbitrales); y

Sección 75 (cargo para garantizar el pago de los costos del abogado).

2.10. Es importante señalar que la Sección 1(c) de la Ley de Arbitraje dispone que el tribunal “*no debe* intervenir, salvo por lo dispuesto en la presente Parte (...)”<sup>15</sup>. La ausencia de lenguaje obligatorio aquí ilustra cómo las cortes inglesas retienen una jurisdicción inherente para intervenir

en las circunstancias que consideren apropiadas<sup>16</sup>.

2.11. La segunda manera en que el ámbito de control judicial ha sido gestionado por la Ley de Arbitraje es que ésta impone estrictos límites, que tradicionalmente se ejercían cuando una de las partes pretendía apelar un laudo arbitral por una cuestión de derecho. La Sección 69 de la Ley de Arbitraje dispone que “[s]alvo acuerdo en contrario por las partes, una parte en un procedimiento arbitral podrá (notificando a las demás partes y al tribunal) apelar a la corte una cuestión de derecho que surja de un laudo dictado en los procedimientos”. Así la opción de apelar un laudo arbitral existe, a menos que las partes expresamente excluyan ese derecho, algo que las partes a menudo hacen simplemente incorporando reglas de arbitraje, como las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

2.12. Cabe destacar, sin embargo, que un recurso de apelación sólo puede presentarse con el consentimiento de las partes o con la venia de la corte<sup>17</sup>. Es más, la venia solo puede concederse allí donde los requisitos estatutarios de la Sección 69(3) se satisfagan<sup>18</sup>. La Ley de Arbitraje dispone una oportunidad irrenunciable de

<sup>15</sup> Énfasis agregado.

<sup>16</sup> *Ver Nissan (UK) Ltd. v. Nissan Motor Company*, Decisión de 31 de julio de 1991, Court of Appeal (Civil Division), No publicado.

<sup>17</sup> Sección 69(2) de la Ley de Arbitraje.

<sup>18</sup> La Sección 69(3) de la Ley de Arbitraje establece: “La autorización para apelar será otorgada solamente si se acredita ante el tribunal —(a) que la determinación del hecho substancialmente afectará los derechos de una o más partes, (b) que el hecho sea una de las cuestiones que se le pidió al tribunal resolver, (c) que, sobre la base de las conclusiones en el laudo— (i) la decisión del tribunal sobre el hecho es obviamente incorrecta, o (ii) la cuestión es de importancia general pública y la decisión del tribunal esta en seria duda, y (d) que, a pesar del acuerdo entre las partes para resolver el problema a través del arbitraje, es justo y propio para el tribunal determinar la cuestión en dichas circunstancias”.

buscar la revisión judicial de la regularidad procesal fundamental de un arbitraje.

2.13. La Ley de Arbitraje intencionalmente no prescribe cómo las partes deben formular su acuerdo. Los legisladores no creyeron que una definición del acuerdo arbitral serviría para algún propósito útil. Además, la Ley de Arbitraje no aborda la cuestión de cómo interpretar un acuerdo arbitral. Sino que la difiere al Derecho Contractual inglés. La única forma en que la Ley se refiere al acuerdo arbitral es de la siguiente manera<sup>19</sup>:

1. La Sección 5 titulada “Acuerdo a ser por escrito”, establece: “Las disposiciones de esta Parte aplican sólo cuando el acuerdo arbitral sea por escrito, y cualquier otro acuerdo entre las partes con respecto a cualquier materia es efectivo para propósitos de esta Parte, sólo si se está por escrito”. La Sección 5(2) continúa: “Hay un acuerdo escrito si: (a) el acuerdo se realiza por escrito (esté o no firmado por las partes), (b) si el acuerdo se realiza mediante el intercambio de comunicaciones por escrito, o (c) si el acuerdo se evidencia por escrito”. En resumen, un acuerdo arbitral debe ser “por escrito” para ser reconocido por la Ley de Arbitraje. Esto es, por supuesto, consistente con los requisitos de la Convención de Nueva York de

1958, según se incorpora en la Ley de Arbitraje, Sección 100<sup>20</sup>. Esto no quiere decir que un acuerdo arbitral verbal no es imposible, y el Derecho Consuetudinario inglés va a hacer cumplir un acuerdo verbal, sin embargo, quedaría fuera del régimen de la Ley de Arbitraje, y las disposiciones previstas por la ley en caso de incumplimiento no se importarían a un arbitraje basado en un acuerdo completamente verbal. La Sección 81(1)(b) de la Ley de Arbitraje dispone que ésta no impedirá el funcionamiento de cualquier regla, que sea consistente con la Ley, y que aplique a un acuerdo arbitral verbal.

2. La Sección 6(1) reconoce expresamente la posibilidad del alcance de un acuerdo arbitral que incorpora demandas extracontractuales. La Sección 6(1) (a) dispone: “En esta Parte un ‘acuerdo arbitral’ significa un acuerdo para someter a arbitraje controversias presentes o futuras (ya sean contractuales o no)”. La Sección 6(1)(b) establece: “La referencia en un acuerdo a una forma escrita de cláusula arbitral o a un documento que contenga una cláusula arbitral constituye un acuerdo de arbitraje si la referencia

<sup>19</sup> Ver Reporte DAC 1994, Sección 18, 10.

<sup>20</sup> Ver el artículo II(2) de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, Nueva York, 1958. Nótese que la Sección 103(2) de la Ley de Arbitraje establece: “El reconocimiento o la ejecución del laudo pueden ser rechazados si la persona contra quien es invocado demuestra... (b) que el acuerdo arbitral era inválido bajo la ley a la que las partes se sujetaron o, desobedeciendo cualquier indicación en ella, bajo la ley del país donde el laudo fue otorgado (...)”.

es tal como para hacer dicha cláusula parte del acuerdo”.

3. La Sección 82(1) identifica “definiciones menores,” y afirma que: “En esta parte,” “disputa” incluye cualquier diferencia. Sin embargo, esta definición es con respecto al uso del término en la Ley de Arbitraje, en contraposición a cómo el término debe considerarse en un acuerdo arbitral. Dicho sea de paso, y como se analiza más adelante, las cortes inglesas han interpretado este término de manera consistente con la sección 82(1).

2.14. La Ley de Arbitraje no pretende ser una codificación exhaustiva del Derecho Arbitral inglés y, por lo tanto, uno debe recurrir a la doctrina y a la casuística inglesa para suplementar la interpretación de un acuerdo arbitral válido<sup>21</sup>. La Doctrina de la Separabilidad es una de las más importantes que el Derecho Inglés sostiene en favor del arbitraje internacional. Ello se discute inmediatamente más abajo. A partir de ahí, los demás elementos del Derecho Inglés relevantes para la validez de un acuerdo arbitral se discuten en la Sección 3 más adelante.

### *La Doctrina de la Separabilidad*

2.15. Consistente con la práctica arbitral internacional, el Derecho inglés reconoce la doctrina de la separabilidad, la cual opera para mantener la validez del convenio arbitral al asegurar que los defectos del contrato subyacente no lo vuelven inoperable. La doctrina está encapsulada en la sección 7 de la Ley de Arbitraje en la sección titulada “El acuerdo arbitral”. La sección 7 de la Ley establece:

“Salvo acuerdo en contrario por las partes, un acuerdo arbitral que forma o que se pretendía que formara parte de otro acuerdo (fuere o no escrito) no habrá de considerarse inválido, inexistente o inefectivo porque ese otro acuerdo fuere inválido, o no advino a la existencia o se ha vuelto inefectivo, y para estos propósitos habrá de tratarse como un acuerdo distinto”.

2.16. La doctrina de la separabilidad establece que los árbitros pueden declarar inválido el contrato subyacente, y a la vez sostener la validez del acuerdo arbitral. Esto fundamentalmente preserva el derecho de los árbitros de proceder a determinar su propia jurisdicción (“*compétence de la compétence*”), otro aspecto crucial del arbitraje internacional<sup>22</sup>. Por supuesto, si bien la doctrina de la separabilidad es el apuntalamiento esencial para la eficacia del principio de *competencia-competencia*, la

<sup>21</sup> Ver el Reporte del Comité Departamental de Asesoría de 1996 (*Department Advisory Committee Report*), Sección 9, en 8.

<sup>22</sup> La sección 30 de la Ley de Arbitraje establece: “A menos que haya sido convenido de otra manera por las partes, el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción substancial, esto es, referente a (a) si hay un acuerdo arbitral válido, (b) si el tribunal esta debidamente constituido, y (c) que asuntos han sido sometidos a arbitraje de conformidad con el acuerdo arbitral”. La distinción entre separabilidad y competencia de la competencia se aborda en FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmauel; GOLDMAN, Berthold y SAVAGE, John. *Arbitraje Comercial Internacional. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 213-214; CRAIG, W. Laurence, William PARK y Jan PAULSSON,

doctrina no resuelve asuntos de jurisdicción, los cuales de se dejan al tribunal en una base caso por caso.

2.17. Aunque un acuerdo de arbitraje, según la doctrina de la separabilidad, se trata como un acuerdo separado y autocontenido, esto no quiere decir que deba satisfacer independientemente todos los requisitos legales de un contrato inglés válido y vinculante. Bajo el Derecho inglés, un contrato válido y vinculante debe contener lo siguiente: (i) una oferta, (ii) una aceptación, (iii) una tradición de ‘consideración’ (*ej.* ‘valor’ en el sistema romano) de una parte a la otra, y (iv) la intención de las partes de otorgar un acuerdo legal vinculante. En contraposición, el acuerdo de arbitraje no tiene que cumplir estas condiciones por si mismo<sup>23</sup>.

2.18. Como sostuvo La Cámara de los Lores (*House of Lords*) en el caso *Fiona Trust*<sup>24</sup> un acuerdo arbitral se considerará

como separado del contrato subyacente a menos que haya evidencia clara de factores que directa e independientemente recusen el acuerdo arbitral. Lord Hope comentó que esto es un “examen riguroso (...) El argumento tiene que estar basado en hechos que son específicos al acuerdo de arbitraje. No bastarán alegaciones que sean parasitarias a una impugnación de la validez del acuerdo principal”<sup>25</sup>.

2.19. En el mismo caso la Cámara de los Lores dio dos ejemplos de dónde acuerdo arbitral podía ser impugnado por factores que también afectan al contrato subyacente. Primero, donde nunca hubo acuerdo alguno en absoluto y la firma en un documento se procuró por falsificación o falsa representación. Segundo, cuando el acuerdo fue otorgado por un agente sin autoridad para otorgar acuerdo alguno. Aparte de estas situaciones, será difícil establecer que se ha recusado el acuerdo arbitral<sup>26</sup>.

---

Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 2000, pp. 48-49; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparativo del Arbitraje Comercial Internacional. Comparative International Commercial Arbitration*. New York: Kluwer Law International, 2003, p. 334; PARK, William, La Jurisdicción del Arbitro para determinar la Jurisdicción. “The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction”. En: *ICCA Congress Series*. Vol. 13. ICCA Congress, Montréal, 2006, pp. 92-95.

<sup>23</sup> Para incorporar un acuerdo arbitral proveniente de otro contrato firmado por partes distintas, el acuerdo debe contener lenguaje explícito estableciendo dicha intención, no solo una referencia general al contrato previo. En casos donde las partes son las mismas, el estándar es más bajo. Ver *Ej.*, la decisión reciente en la sentencia del caso *Habas v. Sometal* (2010) (Tribunal: Sir Simon Tuckey; Mark Hamsher; Stephen Jagusch).

<sup>24</sup> Ver *Fiona Trust & Holding Corporation and others v. Privalov and others* - [2007] 4 All ER 951; UKHL 40.

<sup>25</sup> *Id.*, 964.

<sup>26</sup> LORD HOFFMAN estableció que: “[I]a invalidez o rescisión del contrato no necesariamente conlleva a la invalidez o rescisión del acuerdo arbitral. El acuerdo arbitral debe ser tratado como un ‘acuerdo diferente’ y puede ser nulo o anulable solamente bajo la base de que se relacionaba directamente al acuerdo arbitral. Por supuesto, puede haber casos en los que la causa bajo la cual el acuerdo arbitral es inválido es idéntica a la razón bajo la cual el contrato principal es inválido. Por ejemplo, si el contrato principal y el acuerdo arbitral están contenidos en el

2.20. Si bien el tribunal arbitral presumiblemente tendrá jurisdicción para determinar su propia competencia (de acuerdo con el principio de competencia de la competencia), la cuestión de la validez del acuerdo arbitral también podría caer en las cortes inglesas. Por ejemplo, bajo la sección 9 de la Ley de Arbitraje, una parte tiene el derecho de pedir a una corte que suspenda los procesos legales en favor de los procesos de arbitraje, donde haya evidencia *prima facie* de un acuerdo arbitral<sup>27</sup>. En el caso *Fiona Trust*, la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) sostuvo que este paso debería darse primero, aún cuando hay una solicitud concurrente por la otra parte de que la corte declare que no hay acuerdo arbitral válido bajo la Sección 72 de la Ley de Arbitraje.

2.21. Si uno fuera a generalizar sobre la actitud de las cortes inglesas, sería que están inclinadas a suspender procesos a favor del arbitraje, cuando tal evidencia existe. Sin embargo, en el caso *BT plc v. SAE Group Inc.*<sup>28</sup>, la Corte Superior inglesa (*English High Court*) alcanzó una decisión que no es fácilmente reconciliable con el Derecho inglés prevalente. La Corte Superior inglesa consideró una solicitud de

una declaración de que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción por no existir un acuerdo de arbitraje entre las partes. La Corte determinó que la Ley de Arbitraje no aplicaba porque no había un acuerdo de arbitraje válido y, en consecuencia, la corte tenía derecho de ejercer su jurisdicción inherente para realizar la declaración solicitada por BT. Esta es una decisión rara. De ordinario el Derecho inglés limita los poderes para intervenir de la corte para intervenir en la jurisdicción del tribunal solamente en circunstancias muy limitadas. La decisión de la corte en el caso *BT plc v. SAE Group Inc.*, de invocar su jurisdicción inherente basada en la inaplicabilidad de la Ley, aparentemente socava el régimen de impugnaciones de jurisdicción según plasmado en la Ley<sup>29</sup>.

2.22. El remedio interdictal ha sido un arma importante en el arsenal del abogado inglés que busca proteger un acuerdo arbitral inglés. La medida cautelar llamada “*anti-suit injunction*” (un interdicto anti-demanda), ofrecería a cualquier parte un medio importante para proteger los procesos arbitrales mediante las cortes inglesas. Sin embargo, la decisión del Tribunal de Justicia de la

---

mismo documento y una de las partes argumenta que nunca se obligo a lo establecido en el documento y que su firma fue falsificada, eso será un ataque contra la validez del acuerdo arbitral. Pero la base de ataque no es la invalidez del contrato principal. Es que la firma del acuerdo arbitral, como un ‘acuerdo diferente’, fue falsificada. Similarmente, si una de las partes alega que alguien que pretendió firmar en su nombre como su apoderado no tenía autoridad para celebrar cualesquier acuerdo en su nombre, eso es un ataque tanto como contra el acuerdo principal y el acuerdo arbitral”. [2007] UKHL 40, para.17.

<sup>27</sup> La sección 9(4) establece: “En una solicitud bajo esta sección el tribunal otorgará la suspensión a menos que el acuerdo arbitral sea nulo e inválido, ineficaz o imposible de ser ejecutado”.

<sup>28</sup> [2009] EWHC 252 (TCC). Actualmente publicaron la sentencia en febrero de 2009.

<sup>29</sup> Una corte también puede ser llamada para determinar la validez de un acuerdo arbitral una vez que el laudo arbitral ha sido emitido, de conformidad con una impugnación al laudo. Por supuesto, una parte puede perder el derecho a impugnar si no levanto la objeción de manera oportuna durante los procedimientos. Ver la sección 73 de la Ley de Arbitraje.



Unión Europea en el caso *West Tankers* limitó esto<sup>30</sup>.

2.23. Antes de *West Tankers* una parte en un acuerdo de arbitraje, que también era parte en procesos en un país miembro de la Unión Europea, podía solicitar a las cortes inglesas un interdicto anti-demanda, con fin de suspender los procesos de la UE a favor del acuerdo arbitral, cuando la sede del arbitraje fuera Inglaterra. En 2009, el Tribunal Europeo en *West Tankers* sostuvo que un interdicto anti-demanda no podía traerse para restringir procesos judiciales en otro estado miembro de la UE, aun si dichos procedimientos se trajeran en incumplimiento de un acuerdo arbitral.

2.24. En resumen, la decisión del Tribunal Europeo de Justicia muestra una preferencia por el respeto a los procedimientos de las cortes de la UE por encima del respecto al principio de *competencia de la competencia* y al arbitraje internacional. Así, el arbitraje en Inglaterra tiene que esperar a que los procesos traídos ante una corte extranjera (en incumplimiento de un acuerdo arbitral) hayan sido suspendidos por esa corte extranjera o hasta que la corte en cuestión haya rechazado la jurisdicción<sup>31</sup>.

2.25. El Reglamento de Bruselas 44/2001 (*Reglamento del Consejo 44/2001*) (“el Reglamento”) ha estado en vigor

desde 2001, y es el punto de partida para determinar la jurisdicción de la corte en un estado miembro del Reglamento, para escuchar una disputa. El artículo 27 del Reglamento dispone que que: “(1) Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos, el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera. (2) Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél”. Este principio se ha aplicado estrictamente<sup>32</sup>.

2.26. El artículo 1(2)(d) del Reglamento establece que éste no se aplicará al arbitraje. Así, uno puede ver el potencial de conflictos entre estas disposiciones, que las cortes inglesas explotaron para permitirles otorgar interdictos anti-demanda a favor del arbitraje.

2.27. Ha reventado numerosos debates desde a decisión del Tribunal Europeo en *West Tankers*, la mayor parte entre los abogados ingleses lamentando caída en ciernes de Inglaterra como la sede predilecta del arbitraje. El impacto

<sup>30</sup> *Ver Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, No. C-185/07, ECJ; [2009] All ER [D] 83 [Feb].

<sup>31</sup> En la parte operativa de la sentencia en *West Tankers*, la Corte Europea de Justicia sostuvo: “[e]s incompatible con...la Regulación 44/2001...para una corte de un estado miembro el emitir una orden para restringir a una persona de comenzar o continuar procedimientos ante la corte de otro estado miembro basándose en que dichos procedimientos serían contrarios a un acuerdo arbitral”.

<sup>32</sup> *Ver Ej., Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, (C-116/02; [2004] 1 Lloyd’s Rep. 222); *Turner v. Grovit* (C-159/02; [2004] 2 Lloyd’s Rep. 169).

adverso de esta decisión, sin embargo, probablemente sea mínimo, y el autor que suscribe cree que hará poco para desventajas a Inglaterra como una opción de la sede del arbitraje internacional. Lo que la decisión enfatiza es la necesidad de redactar un acuerdo arbitral claro, de modo que las impugnaciones y/o incumplimientos de los acuerdos arbitrales puedan evitarse. Una cláusula en el acuerdo arbitral declarando que las partes se abstendrán de iniciar un procedimiento que no sea de conformidad con el acuerdo arbitral podría también ir acompañada, por ejemplo, de una garantía o daños contractuales.

2.28. Más recientemente se sintieron las implicaciones de *West Tankers* en la decisión *National Navegation v. Endesa*<sup>33</sup>. Esta decisión de la Corte de Apelación afirmó que la decisión de los tribunales españoles (la primera corte ante la que se interpuso la primera demanda) era vinculante sobre las cortes inglesas (interpuestos segundos) y sobre el arbitraje. La corte sostuvo que allí donde surjan controversias en cuanto a la existencia de un acuerdo arbitral, la cuestión de si cae dentro del Reglamento depende de si es el objeto principal del proceso o si es meramente accesoria a una controversia sustantiva que cae dentro del Reglamento.

### 3. EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS

3.1. Un acuerdo arbitral inglés válido puede tomar varias formas. La amplitud

y versatilidad del idioma inglés permite a los redactores numerosos medios para expresar el sometimiento a la jurisdicción de un tribunal arbitral. Las cortes inglesas han enfrentado muchas oportunidades de expresar su punto de vista sobre el significado preciso de diferentes términos que aparecen en un acuerdo arbitral. Con el tiempo, esto ha obligado a los abogados ingleses a prestar particular atención a las palabras utilizadas. En años recientes, sin embargo, las cortes inglesas han hecho inventario de esas sutilezas lingüísticas y, buscando alguna clase de política pro-arbitraje pragmática, las cortes inglesas han decidido con un enfoque fresco. Esto ha resultado en una situación más fácil para los redactores de un acuerdo arbitral, y para las partes que buscan reconocer y hacer valer su acuerdo arbitral.

3.2. Cabe señalar que conforme al Derecho inglés, el acuerdo arbitral se puede dividir en dos clases: la primera es la cláusula arbitral que se adelanta a futuras disputas; y la segunda es el acuerdo de sumisión, *ej.*, el compromiso de las partes de someter al arbitraje una controversia existente. Para efectos de este capítulo, solo se considerará la primera. Si bien el acuerdo arbitral se conoce también como “cláusula de arbitraje”, aquí se referirá como el “acuerdo de arbitraje”<sup>34</sup>.

#### *La Importancia del Alcance del Acuerdo Arbitral*

3.3. El alcance del acuerdo arbitral es crítico para determinar la jurisdicción del

<sup>33</sup> Ver *National Navegation Co. v. Endesa Generation SA* [2009] EWHC 1397 (Comm), revocando *National Navegation Co. v. Endesa Generation SA* [2009] EWHC 196 (Comm).

<sup>34</sup> Ver BLACKABY, Nigel & PARTASIDES, Constantine con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Arbitraje Internacional. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Quinta Edición. New York: Oxford University Press, 2009, 2.02.

tribunal. Por ejemplo, ¿cubre el acuerdo arbitral solo ciertos tipos de demandas o cubre todas las controversias contractuales y todas las demandas por daños y perjuicios u otras demandas derivadas de la relación de las partes? Si una reclamación específica cae fuera del alcance del acuerdo arbitral, el tribunal podría no tener jurisdicción para escucharla o resolverla. Igualmente, si el acuerdo arbitral es vago en cuanto al alcance de la jurisdicción del tribunal, el demandado podría ser capaz de complicar las cosas dilatando la determinación del tribunal, al pedir a una corte local que resuelva el asunto de la interpretación del acuerdo arbitral.

3.4. Una consecuencia adicional de tal dilación es el riesgo de que esa demanda en particular, si el tribunal o la corte determinaren que cae fuera del alcance del acuerdo arbitral, puede estar o quedar prescrita. El haber dejado de interponer su reclamación a través del foro adecuado no sería una defensa para un demandante. En una tesis similar, allí donde no hay un acuerdo arbitral vinculante, el demandante estará incapacitado de responder a las tácticas dilatorias del demandado mediante la obtención de una suspensión de unos procedimientos concurrentes en apoyo del arbitraje.

3.5. Así, resulta aparente que la clave para evitar complicaciones jurisdiccionales/procesales y dilaciones, consiste en retirar la capacidad de una o ambas partes para retar la interpretación del acuerdo arbitral. Esto solo se logra con redacción clara.

### *Los Principios Ingleses de la Interpretación Contractual*

3.6. El acuerdo arbitral se interpretará conforme a la ley que lo rige. Bajo el Derecho inglés, ello se conoce como la ley ‘apropiada’ (‘proper’ law). Así pues, el primer paso en cualquier ejercicio interpretativo es el determinar la ley apropiada del acuerdo arbitral. Cuando esta es el Derecho inglés, la principal regla interpretativa dictamina que debe averiguarse la intención de las partes, dando a las palabras su significado llano y ordinario. Sin embargo, como sostuvo Lord Steyn en el caso *Sirius International Insurance Co. v. FAI General Insurance Ltd.*:

“La meta de la indagación no es tentar la verdadera intención de las partes, sino el averiguar el significado contextual del lenguaje contractual relevante. La indagación es objetiva: la cuestión es lo que una persona razonable, en las circunstancias en las que las partes se encontraban, habría entendido qué quisieron decir las partes por el uso de lenguaje específico. La respuesta a esa pregunta se ha de tomar del texto y de su escenario contextual relevante”.

3.7. Los acuerdos arbitrales no son términos de arte, y tienen que interpretarse en el contexto del acuerdo individual. Por supuesto, puede que haya términos como “demanda/reclamo/denuncia”, “disputa” o “controversia”, que se traslapan unos con otros<sup>35</sup>. La consideración previa de las autoridades judiciales de palabras y frases podría ser relevante para un tribunal

<sup>35</sup> Términos como: “demandas”, “diferencias”, y “disputas” han sido sostenidos por las cortes inglesas que abarcan una amplia jurisdicción en el contexto del contrato particular en cuestión. Ver *Ej.*, *Woolf v. Collis Removal Service* [1948] 1 KB 11 at 18; *F G Sykes (Wessex) v. Fine Fare Ltd.* [1967] 1 Lloyd's Rep 53; *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87 (CA), citado en BLACKABY, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration, Id.*, 2.60.

o una corte aunque, sin embargo, a partir de la decisión de la Corte de Apelación *Fiona Trust*, la Corte indicó que las partes que otorgan un acuerdo arbitral no deben esperar que haya un argumento detallado, refiriéndose a las autoridades legales, respecto al significado preciso de frases particulares. En su lugar, la Corte de Apelación optó por seguir un enfoque liberal de la interpretación del acuerdo arbitral dándole pleno efecto a la presunción del arbitraje como el único método para resolver las disputas de las partes.

3.8. Al considerar el lenguaje del acuerdo arbitral, cualquier corte o tribunal, también estará obligado de otorgar al conceder al acuerdo un sentido y propósito comercial adecuados, para así evitar resultados absurdos. Por ejemplo, en el caso *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport* [2005] EWCA Civ 291, la corte rechazó un argumento que habría requerido a las partes quedaran impedidas de iniciar un arbitraje antes de que la causa hubiera prescrito<sup>36</sup>.

3.9. Consistente con el objetivo del Derecho inglés de dar en su lectura un sentido comercial a la interpretación de cualquier cláusula contractual y la presunción de una adjudicación de una sola escala, un tribunal o corte también podría suponer que las partes pretendían dividir los reclamos entre los diferentes foros. Por ejemplo, allí donde un contrato y una demanda extracontractual se deriven de la misma relación contractual, el derecho inglés va a requerir palabras claras para refutar la presunción de que ambos reclamos deben resolverse en el mismo foro<sup>37</sup>.

3.10. Alineado con una tradición de la casuística sobre a la consideración de contratos que data de la década de los 1980's<sup>38</sup>, Lord Hoffman en *Fiona Trust* rechazó el enfoque altamente lingüístico o textual de gran parte de la casuística inglesa existente, enfocándose en cambio en el contexto comercial del acuerdo de arbitraje. Es más, el análisis de Lord Hoffman es considerado por algunos como una obra potencialmente clásica

<sup>36</sup> “El buen sentido comercial no sugiere que la cláusula sea interpretada con rigidez legal como para impedir a las partes de comenzar procedimientos de arbitraje oportunos”. De manera similar en la sentencia del caso *City & General (Holborn) Ltd v. AYH plc* [2005] EWHC 2494 (TCC) la corte interpretó un acuerdo arbitral que se refería a disputas que eran substancialmente similares, las mismas que, o relacionadas con disputas ya referidas a arbitraje bajo un contrato independiente. Al hacerlo, la corte vio el propósito comercial del acuerdo y considerando la elusión de múltiples procedimientos siendo asunto primordial. Consecuentemente, todo lo que era requerido con objeto de satisfacer la convergencia de procedimientos era que las cuestiones en las nuevas demandas tienen una “proporción material” de similaridad con aquellos ya referidos al arbitraje.

<sup>37</sup> Ver los casos *Continental Bank v. Aeakos* [1994] 1 WLR 588, 593; *Ashville Investments Ltd. v. Elmer Contractors Ltd.* [1989] QB 488, 517; *Capital Trust Investments Ltd. v. Radio Design T JAB* [2002] EWCA Civ 135; *ET Plus SA v. Welter* [2005] EWHC 2115, *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Privalov & Ors* [2007] EWCA Civ 20 confirmado en la Cámara de los Lores *sub nom*, y *Premium Nafta Products Ltd. (20th Defendant) & Ors v. Fili Shipping Company Ltd & Ors* [2007] UKHL 40.

<sup>38</sup> Ver *ICS v. West Bromwich* [1998] 1 WLR 896 at 913D-E; *Sirius International Insurance Co. (Publ.) v. FAI General Insurance Ltd.* [2004] UKHL 54.

sobre la interpretación de cláusulas de arbitraje<sup>39</sup>:

“Solo el acuerdo puede decirte qué clase de controversias pretendían someter a arbitraje. Pero el significado que las partes pretendieron expresar por las palabras que usaron se afectará por el contexto comercial y la comprensión del lector del propósito para la cual se otorgó el acuerdo. Se asume que los hombres de negocios en particular, otorgan acuerdos para lograr algún propósito comercial racional y la comprensión de este propósito va a influenciar en la manera en la que uno interpreta el lenguaje de ellos.

Al abordar la cuestión de la consideración, es pues necesario inquirir el propósito de la cláusula arbitral. En cuanto a esto, pienso que no puede haber duda alguna. Las partes han entrado en una relación, un acuerdo o lo que se alega ser un acuerdo o lo que aparenta de su faz ser un acuerdo, y que puede dar lugar a disputas. Quieren que tales controversias se resuelvan por un tribunal que ellas hayan elegido, generalmente, fundamentadas en cuestiones tales como su neutralidad, experiencia y privacidad, la disponibilidad de servicios jurídicos en la sede del arbitraje y la eficiencia no obstaculizadora de su Derecho de revisión/Revisión Judicial. En el caso particular de los contratos internacionales, quieren una adjudicación rápida y eficiente, y no quieren asumir los riesgos de dilación y, en demasiados casos, parcialidad, en procesos ante una jurisdicción nacional.

Si uno acepta que este es el propósito de una cláusula arbitral, su consideración debe estar influenciada en si las partes—si como hombres de negocios racionales—

habrían probablemente pretendido que sólo algunos de los asuntos derivados de su relación se sometieran a arbitraje y otros se decidieran por tribunales nacionales. ¿Podrían pretendido que la cuestión de si el contrato era repudiado había de decidirse por arbitraje, pero la cuestión de si éste se había sido inducido por falsa representación había de decidirse por un tribunal? Si, como parece ser generalmente aceptado, no hay una base racional sobre la cual los hombres de negocios probablemente desearían que las cuestiones de validez y cumplimiento del contrato se decidieran por un tribunal y las cuestiones acerca de su ejecución decididas por otro, uno tendría que encontrar un lenguaje muy claro antes de decidir que ellos tenían tal intención.

Un enfoque adecuado para la consideración requiere pues que la corte dé efecto, en la medida en que el lenguaje utilizado por las partes lo permita, al propósito comercial de la cláusula arbitral...”

3.11. Un principio adicional firmemente establecido del derecho contractual inglés sostiene que el tribunal o la corte no puede reescribir el acuerdo. En el caso *Food Corp of India v. Achilles Halcoussis (The Petros Hadjkyriakos)* [1988] 2 Lloyd’s Rep 56, el acuerdo arbitral claramente delineaba la jurisdicción del tribunal para que resolviera conflictos derivados del sobreestadía (daños contractuales por el uso de una embarcación más allá del periodo pactado) y carga. En consecuencia, no se permitió al tribunal arbitral conocer de las demandas similares por las pérdidas que surgían sobre otros fundamentos.

<sup>39</sup> Ver *Fiona Trust & Holding Corporation and others v. Privalov and others* [2007] 4 All ER 951; UKHL 40. Ver también Adam Samuel, ‘Agora: Thoughts on *Fiona Trust*’, *Arbitration International*, Vol. 24, No.3 (2008), 491.

3.12. Si bien no permite ‘reescribir’, el Derecho inglés no permite a una corte o tribunal modificar el acuerdo de las partes a fin de dar efecto a las intenciones de las partes. Por ejemplo, en el caso *Film Finance Inc. v. The Royal Bank of Scotland* la corte modificó cláusulas detalladas para dar efecto a las intención de las partes. Allí donde los términos dentro del mismo acuerdo sean inconsistentes, el Derecho inglés sostendrá una cláusula y eliminará una cláusula inconsistente si está claro que la cláusula superviviente efectúa la verdadera intención de las partes y la cláusula descartada revocaría el objeto del acuerdo<sup>40</sup>.

### *Terminología del Acuerdo Arbitral*

3.13. Si bien la sentencia de Lord Hoffman en el caso *Fiona Trust* hace mucho para aclarar que el pragmatismo comercial debería, de ahora en adelante, informar la interpretación de los acuerdos arbitrales, queda la remota posibilidad de que otras cortes (o, en efecto, los tribunales arbitrales) traten de adoptar un enfoque interpretativo más tradicional y estricto. Por esta razón, es necesario no perder de vista a las autoridades inglesas que consideran de modo forense los términos y frases contenidas en los acuerdos arbitrales.

3.14. El típico acuerdo arbitral puede estar redactado como esta cláusula modelo de de la CCI:

“Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

*“All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules”.*

3.15. A menudo hay poca diferencia práctica o intencional entre los diversos términos utilizados en los acuerdos arbitrales para describir las disputas, controversias o reclamaciones/demandas, aunque se considera que el término “diferencias” (“*differences*”) es usualmente una categoría más amplia que “disputas” (“*disputes*”)<sup>41</sup>. Como han sostenido las cortes inglesas en el pasado, la existencia de una disputa se inferirse de la aquiescencia en la faz de una demanda<sup>42</sup>, mientras que una demanda admitida pero no pagada es también una “disputa”<sup>43</sup>.

3.16. Como demuestra la cláusula modelo anterior, usualmente hay un

<sup>40</sup> Ver *Ej., Central Meat Products Ltd v. JV McDaniel Ltd* [1952] 1 Lloyd's Rep 562; ver también *Mangistaumunaigoz Oil v. United World Trade Inc.* [1995] 1 Lloyd's Rep 617, donde el acuerdo de arbitraje estableció que el “arbitraje, si lo hay, por las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio en Londres”. Las palabras “si lo hay” pueden ser rechazadas como uso excedente. Ver BLACKABY, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2.178.

<sup>41</sup> Ver *Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd.* [1967] 1 Lloyd's Rep. 53 citado en *Amec Civil Engineering Ltd.*

<sup>42</sup> Ver *Amec Civil Engineering Ltd.*, 29-31.

<sup>43</sup> Ver *Exfin Shipping (India) Ltd Mumbai v. Tolani Shipping Co. Ltd. Mumbai* [2006] EWHC 1090.

lenguaje que se refiere a disputas “*que surgen del*” (“*arising out of*”) el contrato, y que ata a la disputa, controversia o reclamación al contrato entre las partes. Esta limitación particular puede aparecer en varias formas. En *Fiona Trust* la Corte de Apelación tuvo que examinar el significado de las frases: “surgir bajo” o (“*arising under*”) y “surgir del” (“*arising out of*”). La Corte sostuvo que había llegado el momento de trazar una raya bajo las anteriores autoridades inglesas que cuidadosamente habían hecho una distinción entre estas frases. Al hacerlo, la Corte adoptó un enfoque liberal, estableciendo una presunción refutable de que si las partes tenían la intención de excluir a un tipo de controversia en particular (por ejemplo, las demandas extracontractuales) podrían haberlo dicho expresamente en el acuerdo arbitral. Si bien la sentencia de la Corte de Apelación fue *obiter* y limitada a la distinción entre estas dos frases, ilustra una perspectiva interesante sobre cómo deben interpretarse ahora los acuerdos arbitrales<sup>44</sup>.

3.17. El enfoque de la Corte de Apelación fue expresamente sostenido por la Cámara de los Lores en el caso *Premium Nafta Products Ltd. (20th Defendant) & Ors v. Fili Shipping Company Ltd. & Ors* [2007] UKHL 40, (la decisión de la Cámara de los Lores desestimando el recurso de apelación del caso *Fiona Trust*). Lord

Hoffman, citando la sentencia de Longmore LJ en la Corte de Apelación, señaló que “[s]i cualquier comerciante quisiera excluir las controversias sobre la validez de un contrato, sería comparativamente fácil decirlo”<sup>45</sup>. En términos generales, la Cámara de los Lores afirmó el enfoque de la Corte de Apelación al establecer un “nuevo comienzo” en la interpretación de los acuerdos arbitrales. En apoyo a este “nuevo comienzo”, la Cámara de los Lores citó a las autoridades de varios países, incluyendo Alemania, Estados Unidos y Australia. Al hacerlo, la Cámara de los Lores indicó una disposición a que el enfoque de las cortes inglesas sea consistente con las prácticas comerciales internacionales<sup>46</sup>.

3.18. Lord Hoffman vio el asunto de la interpretación del acuerdo arbitral vio como están estrechamente vinculadas las cuestiones de la construcción del acuerdo arbitral y la doctrina de la separabilidad como íntimamente ligados. Se refirió a la sección 7 de la Ley de Arbitraje como “un reconocimiento por el Parlamento que (...) los hombres de negocios frecuentemente sí quieren plantear la cuestión de si su contrato era válido, o si entró en vigor, o si se advino inefectivo, sometido a arbitraje y que la ley no debe poner obstáculos conceptuales en su camino”<sup>47</sup>.

3.19. Lord Hope aprovechó la oportunidad para establecer una distinción

<sup>44</sup> Esta decisión hará difícil para una parte de un acuerdo arbitral el lanzar una impugnación respecto a la distinción entre estas frases.

<sup>45</sup> [2007] 4 All ER 951, 958.

<sup>46</sup> *Id.*, 963.

<sup>47</sup> (“a recognition by Parliament that .... businessmen frequently do want the question of whether their contract was valid, or came into existence, or has become ineffective, submitted to arbitration and that the law should not place conceptual obstacles in their way”.) *Id.*, 957. En esencia, la existencia de la sección 7 de la Ley de Arbitraje era un elemento significativo de los antecedentes en contra de los cuales el acuerdo debía ser construido.

entre las dos clases cláusulas contractuales. La primera era un término definiendo las obligaciones de precio y desempeño. Dichos términos yacen “en el corazón de toda transacción de negocios” con respecto a los que se requería un alto grado de precisión<sup>48</sup>. La segunda clase de término era “cuando el objetivo general está claro, no es probable que las partes se detengan en las palabras que se usan para expresarlo”<sup>49</sup>. Los acuerdos de jurisdicción y de arbitraje cayeron dentro de esta segunda categoría, basado en que la realidad comercial es que eran la “clase de cláusula a la que los hombres de negocios ordinarios fácilmente dan su acuerdo siempre y cuando su significado general esté claro”<sup>50</sup>. Si bien esta distinción es bienvenida en la medida en que fomenta un entorno pro-arbitraje, es quizás preocupante para aquellas partes que creen que están distinguiendo entre los tipos de demandas que estarán sujetas a arbitraje, pero no lo hacen con la especificidad requerida para poder refutar la presunción encontrada en el caso *Fiona Trust*.

3.20. Antes de *Fiona Trust*, las cortes inglesas adoptaban posiciones en cuanto a las frases empleadas en acuerdos arbitrales. Por ejemplo, la frase más amplia es: las disputas “que surjan durante el desempeño” (“*arising during the performance of*”) el contrato. Esta es una frase extremadamente amplia que cubre todas las disputas durante el periodo especificado, siempre y cuando las disputas no sean totalmente independientes del contrato.

3.21. Frases algo menos amplias incluyen: disputas que “surgen en conexión con” (“*arising in connection with*”), “en relación a” (“*in relation to*”), o “con respecto de” (“*in respect of*”) el contrato. Estas frases darían derecho a comenzar un arbitraje con el fin de resolver una disputa concerniente a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, además de falsas representaciones, acuerdos mutuos, transacción extrajudicial, la variación y las demandas extracontractuales. La corte, en *El Nasharty v. J Sainsbury plc* [2003] EWHC 2195 (Comm), sostuvo que la frase “*in relation to*” tiene un significado amplio, e podría incluso abarcar disputas que surgieron al amparo de un contrato anterior

3.22. Una formulación aun más estrecha fue: disputas que “surgen de” (“*arising from*” o “*arising out of*”) el contrato. Estas formulaciones cubrirán las demandas de rectificación, las demandas de impedimento (“*claims for frustration*”), demandas basadas en las declaraciones extracontractuales y daños extracontractuales. Sin embargo, “que surgen de” (“*arising from*”) no puede cubrir todas las reclamaciones de falsa representación, conforme la decisión de Australia en el caso *Hi-Fert Pty Ltd. and Cargill Fertilizer Inc. v. Kiukiang Maritime Carriers* [1997] 12 en el Informe de Arbitraje Internacional Mealey (Nº 7)<sup>51</sup>.

3.23. Las controversias “que surgen al amparo” (“*arising under*”) el contrato

<sup>48</sup> *Id.*, 961.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> Las decisiones australianas tiene una influencia no vinculatoria en el derecho inglés.



era una formulación aún más estrecha. Abarcarían demandas de responsabilidad extracontractual, siempre que corran de manera paralela a o dependan de una demanda contractual<sup>52</sup>.

3.24. Finalmente, la formulación más estrecha que uno esperaría encontrar en un acuerdo arbitral es: un conflicto “bajo” (“*under*”) el contrato. Esto probablemente solo cubriría demandas por incumplimiento contractual, pero podría argumentarse que no cubriría las disputas relativas a la existencia o validez del contrato, la legalidad del contrato, las disputas sobre si hay un acuerdo completo o si es nulo por incertidumbre, las demandas de responsabilidad extracontractual o las disputas relativas a la liquidación, el arreglo o a la rectificación.

3.25. Otra forma de resumir lo anterior es la siguiente manera:

*Categorizaciones anteriores al caso Fiona Trust*

Formulación amplia	Disputas “que surgen durante el desempeño” (“ <i>arising during the performance of</i> ”) del contrato.
	Disputas “que surgen en conexión con” (“ <i>arising in connection with</i> ”), “en relación a” (“ <i>in relation to</i> ”), o “con respecto del” (“ <i>in respect of</i> ”) contrato.
	Disputas “que surgen de” (“ <i>arising out of</i> ”) el contrato.
	Disputas “surgen al amparo” (“ <i>arising under</i> ”) el contrato <sup>53</sup> .
Formulación estrecha	Disputas “bajo” (“ <i>under</i> ”) el contrato.

3.26. Notar que en ausencia de circunstancias especiales, las partes no deben tratar de limitar el alcance de las disputas sujetas a arbitraje y deberían definir dicho alcance ampliamente. Tal y como disponen las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*) “las partes deben tener en mente que, aun cuando se redactaren cuidadosamente, las exclusiones no podrían evitar argumentos preliminares sobre si una disputa dada está sujeta a arbitraje. Una demanda puede levantar algunas cuestiones que caen dentro del alcance de aplicación de la cláusula de arbitraje y otras que no”<sup>54</sup>.

*Reglas Institucionales o Ad Hoc*

3.27. Como demuestra el anterior acuerdo modelo de arbitraje, una vez que se ha establecido el alcance (y el límite) es normal incorporar por referencia, sea las reglas de arbitraje de una institución arbitral o el seleccionar un arbitraje *ad*

<sup>52</sup> Ver *Owners of Cargo laden on mv Delos v. Delos Shipping* [2001] 1 Lloyd’s Rep. 703.

<sup>53</sup> Indistinguible, según el caso *Fiona Trust*.

<sup>54</sup> Ver Directriz N°3, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, *id.*

*hoc*. Cualquiera es permisible bajo el Derecho inglés, como en la mayoría de jurisdicciones. Igualmente, es imperativo especificar claramente cual opción se hace, y describir con exactitud las reglas para evitar confusiones. Dada la manera en que están fraseadas las cláusulas no obligatorias de la Ley de Arbitraje, las reglas de una institución arbitral van a desplazar invariablemente al lenguaje contenido en la Ley.

### *Sede del Arbitraje*

3.28. Como se mencionó anteriormente, es preferible establecer la sede del arbitraje en el acuerdo arbitral. Si las partes no lo acordaren –lo que sería un grave descuido– pero el acuerdo arbitral hace referencia a reglas institucionales de arbitraje, existe a menudo una disposición para que en ausencia de cláusula expresa el tribunal arbitral determine la sede. Por ejemplo, véase el artículo 14 de las Reglas de la CCI, el artículo 16 de las Reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), y el artículo 16 de las Reglas de la CNUDMI. Si no se incorpora regla relevante a través de las reglas institucionales de arbitraje, la sección 3 de la Ley de Arbitraje establece un método para que la corte determine la sede “en consideración al acuerdo de las partes y todas las circunstancias relevantes”. A pesar de este mecanismo por omisión bajo el derecho inglés, es inevitablemente mucho más barato y más seguro el establecer la sede del arbitraje en términos expresos.

3.29. De la misma manera que las reglas de muchas instituciones arbitrales permiten que las audiencias se realicen

en un lugar otro que la sede jurídica del arbitraje (sin perjuicio de la sede del arbitraje) el Derecho inglés también permite esta libertad. Según dispuesto en la sección 2(1) de la Ley de Arbitraje, las disposiciones de la misma aplican allí donde la sede sea en Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte. La sección 2(2) de la Ley de Arbitraje establece las disposiciones que aplican incluso si la sede está fuera de Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, o si no se ha designado o determinado la sede. Estas disposiciones son las secciones 9 a 11 (suspensión de los procedimientos legales), y la sección 66 (ejecución de laudos arbitrales).

3.30. La sección 2(3) de la Ley de Arbitraje establece que incluso si la sede está fuera de Inglaterra y Gales o Irlanda del Norte, o no se ha designado o determinado la sede, aplicarán las facultades conferidas por las siguientes secciones: sección 43 (garantizando la comparecencia de los testigos) y la sección 44 (poderes de la corte a ejercer en apoyo a los procesos arbitrales). Sin embargo, la corte puede rehusar ejercer tal poder si, a juicio de la corte, el hecho de que la sede del arbitraje esté fuera de Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, o que cuando se designe o determine la sede, es probable que esté fuera Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, no sea adecuado para ejercerlo.

3.31. La sede del arbitraje tiene más que un simple significado logístico. Además de establecer efectivamente el derecho procesal del arbitraje (o derecho “*curial*” como lo caracteriza el Derecho inglés), las partes también pueden buscar recursos para atacar un laudo en el lugar de la sede. Bajo el Derecho inglés, un

acuerdo sobre la sede se ha considerado análogo a una cláusula de jurisdicción exclusiva<sup>55</sup>. La corte en el caso de *C v. D* sostuvo que la sede del arbitraje tiene importantes consecuencias relacionadas con el derecho que rige el acuerdo arbitral y la ley que regula toda anulación del laudo por una corte. La corte dictaminó que la selección de la sede del arbitraje es la selección del foro para los remedios que buscan atacar el laudo arbitral. En consecuencia, puesto que la sede arbitral era Londres, las partes habían acordado que cualquier acción con el fin de atacar o anular el laudo parcial serían aquellas permitidas por el Derecho inglés. No era, por lo tanto, permisible para el demandado traer cualquier proceso en Nueva York o en otro lugar para atacar el laudo parcial en cualquier aspecto permitido por la ley de ese lugar. El demandado argumentó que, debido a que el contrato subyacente (un acuerdo-formulario de seguros de las Bermudas), se regía por el derecho de Nueva York, el derecho de Nueva York debía regir la base para cualquier ataque al laudo. Este argumento fue rechazado por la Corte de Apelación.

### *Reglas Procesales del Arbitraje*

3.32. Como cuestión de práctica general, no es aconsejable tratar de especificar en el acuerdo arbitral el procedimiento a aplicarse al arbitraje. Es preferible referirse a un conjunto de reglas institucionales con reputación. A partir de ahí, en la medida en que para ajustarse a la clase de disputa se

requiera tapar hoyos o adaptación, eso se puede dejar a las partes y al tribunal arbitral (si no la autoridad administrativa también). Sin embargo, si hubiera cualquier aspecto de procesal que las partes en el acuerdo arbitral pudieran desear estipular expresamente en el acuerdo arbitral, podrían considerarse los siguientes:

1. Bajo la sección 39 de la Ley de Arbitraje, las partes son libres de otorgar facultades al tribunal arbitral para que dicte un laudo provisional. La sección 39(1) dispone: “Las partes son libres de convenir que el tribunal habrá de tener el poder de ordenar con carácter provisional, cualquier remedio del cual tendría poder para otorgar en un laudo final”.
2. La sección 41 de la Ley de Arbitraje establece: “Las partes son libres de convenir los poderes del tribunal en caso que una parte deje de hacer algo necesario para la apropiada y expedita conducción del arbitraje”. Así, las partes son igualmente libres para conferir al tribunal arbitral el poder de desestimar una demanda allí donde el demandante deje de cumplir con las órdenes perentorias<sup>56</sup>.
3. La sección 34 de la Ley de Arbitraje establece: “Compete al tribunal decidir todos los asuntos procesales y evidenciaros, sujeto al derecho de las partes para

<sup>55</sup> Ver *C v. D* [2007] EWCA Civ 1282. Ver también *Roger Shashoua and others v. Mukesh Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm).

<sup>56</sup> Ver también las secciones 41(5)–(7) de la Ley de Arbitraje.

convenir cualquier asunto”. La misma sección continúa con que las cuestiones de procesales y evidenciarias incluyen “si se aplica o no estrictas reglas de evidencia (o cualquiera otras reglas) en cuanto a admisibilidad, la relevancia o el peso de cualquier material (verbal, escrito o de otro tipo) que se busca entregarse en cualquier asunto de hecho u opinión, y el plazo, modo y forma en el que dicho material debe intercambiarse y presentarse”. Así pues, las partes en un acuerdo arbitral son libres de especificar si el tribunal debería aplicar las estrictas reglas de evidencia al determinar cualquier disputa. La decisión en cuanto a esto dependerá de la naturaleza de las potencial(es) disputas.

4. Como se indicó anteriormente, la sección 69 de la Ley de Arbitraje permite a las partes convenir el obtener la venia de la corte para apelar el laudo arbitral, o para excluir la posibilidad de recurrir a la apelación. Si se desea este último (y allí donde las reglas institucionales no logren este objetivo), debe estar expresamente establecido en

el convenio arbitral<sup>57</sup>. En el caso *Shell Egypt West Manzala GmbH and Or. v. Dana Gas Egypt Ltd.*, [2009] EWHC 2097 (Comm), la cuestión surgió en cuanto a si las palabras “habrán de ser finales, concluyentes y vinculante para las partes” (“*shall be final, conclusive and binding on the parties*”) en el acuerdo arbitral excluían el derecho de apelar. La corte sostuvo que en la construcción real del acuerdo, la frase “final, concluyente y vinculante” (“*final, conclusive and binding*”), según aparecía en el contexto del acuerdo, no había de interpretarse como un acuerdo que excluía los derechos de apelar de las partes, en relación con una cuestión de derecho, bajo la sección 69 de la ley<sup>58</sup>.

5. En lugar de especificar la inclusión de determinado tratamiento, las partes podrán alternativamente proveer exclusiones. Por ejemplo, las partes pueden excluir expresamente el derecho de apelar un laudo arbitral, o excluir la necesidad de que el tribunal emita un laudo razonado. Además, la Ley de Arbitraje

<sup>57</sup> Ver *Royal & Sunalliance Insurance Plc v. BAE Systems (Operations) Ltd. & Ors* [2008] EWHC 743 (Comm) (15 de abril del 2008). No se requiere autorización para apelar un laudo arbitral cuando el acuerdo de las partes fue silencioso.

<sup>58</sup> La corte sostuvo que con el objeto de equipararlo a un acuerdo según lo previsto por la sección 69 de la Ley se requería lenguaje lo suficientemente claro, aunque ni se requiriera referencia expresa a la sección 69. En el contexto requería cláusula arbitral y derecho aplicable estándar, tal como las utilizada en el acuerdo en cuestión, el uso de las palabras “final, conclusivo y vinculante” por si solas no comunicarían a una persona razonable que tiene todo el conocimiento previo que razonablemente hubiese estado disponible par alas partes en la situación en que estaban al momento en que acordaron excluir todos los derechos de apelación en cuestiones de derecho bajo la sección 69.

establece cierta supervisión de un arbitraje cuando la sede está en Inglaterra. Un acuerdo de exclusión puede reducir pero no eliminar esa supervisión, incluyendo el derecho a obtener de la corte una determinación de un punto preliminar de derecho. Este derecho se aplica de conformidad con la sección 45 de la Ley de Arbitraje, aunque el perseguir dicha orden preliminar sería un paso inusual para una corte<sup>59</sup>. El lenguaje relevante en un acuerdo arbitral puede ser: “Por el presente, las partes acuerdan excluir todos los derechos que busquen una determinación por la corte de un punto de carácter preliminar y todos los derechos de apelación contra un laudo arbitral bajo las secciones 45 y 69 de la Ley de Arbitraje de 1996”<sup>60</sup>.

“Por la presente las partes acuerdan excluir todo derecho a obtener de la corte una determinación preliminar de un punto de derecho y todo derechos de apelación de cualquier laudo arbitral bajo las secciones 45 y 69 de la Ley de Arbitraje de 1996”.

*“The parties hereby agree to exclude all rights to seek a determination by the court of a preliminary point of law and all rights of appeal from any arbitration*

*award under sections 45 and 69 of the Arbitration Act 1996”.*

3.33. Sin embargo, allí donde las partes confíen en una cláusula modelo de la CCI, es innecesario tener un acuerdo por separado que excluya el derecho pedir permiso para apelar un punto de derecho, puesto que las Reglas de la CCI contiene tal disposición (artículo 28(6)), que las cortes inglesas han considerado que excluye la revisión judicial de los laudos<sup>61</sup>. La decisión de las partes en cuanto a si incluir o no cualquier referencia expresa a cualquiera de las antedichas disposiciones depende de la naturaleza de la operación emprendida, y la naturaleza de cualquier disputa potencial que pudiera derivarse de ello.

#### *Leyes Aplicables al Acuerdo Arbitral*

3.34. Como se señala en la introducción de este capítulo, es recomendable incluir en el acuerdo de arbitraje una referencia a la ley aplicable. Idealmente, ésta debería ser la misma que la ley aplicable al contrato subyacente, y la sede del arbitraje. Hay varios medios por los cuales se puede afirmar, por ejemplo, cuando la cláusula de ley aplicable del contrato subyacente se refiere al acuerdo arbitral, o el acuerdo arbitral en sí contiene una elección expresa de la ley aplicable al mismo<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Nótese que bajo la sección 32 de la Ley de arbitraje, un derecho obligatorio es que la corte tendrá la facultad de realizar determinaciones de aspectos preliminares respecto de la jurisdicción sustantiva del tribunal arbitral.

<sup>60</sup> Nótese que esto excluye los derechos no obligatorios para recurrir a las cortes inglesas.

<sup>61</sup> *Ver Arab African Energy Corporation Ltd. v. Olieprodukten Nederland BV* [1983] 2 Lloyd's Rep. 419.

<sup>62</sup> Hay que tener en mente que la Convención de Roma de 1980, y el Reglamento de Roma (*Rome I Regulation*), que aplica desde el 17 de diciembre de 2009 a los contratos celebrados a partir de dicha fecha, no es aplicable a los acuerdos arbitrales.

3.35. Allí donde las partes han dejado de especificar el derecho que a regir el acuerdo arbitral, uno asumiría bajo los principios ordinarios de la interpretación contractual que puesto que el acuerdo arbitral es parte del contrato subyacente (si tal cosa se declara), el derecho regente del contrato subyacente presumiblemente sería el derecho del acuerdo arbitral.

3.36. Sin embargo, este no es siempre el caso y las recientes decisiones de las cortes inglesas han mostrado una inclinación a que el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje se va a asumir usualmente que será el derecho de la sede del arbitraje. En efecto, aun donde el contrato subyacente especifique un derecho aplicable, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje seguirá usualmente siendo el derecho de la sede del arbitraje, aun cuando la sede podría dar lugar a una ley diferente a la de la ley sustantiva del contrato subyacente.

3.37. Ilustrando el cambio de algunas cortes, el caso *C v. D, Longmore LJ* sostuvo:

“(...) si no hay un derecho expreso del acuerdo arbitral, el derecho con el que dicho acuerdo tiene su conexión más cercana y más real es el derecho del contrato subyacente o el derecho de la sede del arbitraje. Me parece que... es más probable que la respuesta sea el derecho de la sede del arbitraje que el derecho del contrato subyacente”.

3.38. Longmore LJ continuó citando la sentencia de Lord Mustill en el caso *Black-Clawson v. Papierwerke*, declarando que:

“(...) sería un caso raro aquel en que la ley del acuerdo arbitral no fuera la misma que la ley del lugar o sede del arbitraje”.

3.39. Esta visión es consistente con Toulson J en *XL v. Owens Corning*, un caso en el que el presente autor se sirvió como abogado de XL<sup>63</sup>. En efecto, de más está decir que las consecuencias del derecho aplicable al acuerdo arbitral, a menudo son significativas - no menos en la fase de ejecución de un laudo-. En una decisión reciente del caso *Dallah Estate and Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2009] EWCA Civ 755, la Corte de Apelación inglesa difirió del tribunal arbitral en cuanto al derecho aplicable en circunstancias en que el acuerdo arbitral no era explícito. El tribunal había sostenido que Pakistán era parte del acuerdo arbitral, conforme al Derecho francés (la sede del arbitraje era París), mientras que la corte inglesa –al pedírsele ejecutar laudo de conformidad con la sección 103(2)(b), de la Ley de Arbitraje– sostuvo que conforme al Derecho paquistaní, Pakistán no era parte del acuerdo arbitral. En última instancia la corte inglesa, se negó a ejecutar el laudo sobre esta base después de haber reabierto la decisión del tribunal. La clara lección de esta decisión es la necesidad de que todas las partes indiquen explícitamente el derecho que rige el acuerdo arbitral.

3.40. Finalmente, la reciente decisión de la Corte Superior inglesa en *Accentuate Limited v. Asigra Inc.*<sup>64</sup> pone de relieve la importancia de tener en mente que las cláusulas obligatorias en derecho

<sup>63</sup> [2002] 2 Lloyd's Rep. 500.

<sup>64</sup> [2009] EWHC 2655 (QB).

aplicarán en un arbitraje, aun allí donde el acuerdo de las partes no lo contemple. En el caso *Accentuate Limited v. Asigra Inc.* un distribuidor inglés del software de la empresa demandada Canadiense firmó un acuerdo arbitral en el que las partes habían acordado arbitrar bajo el derecho de Ontario con la sede del arbitraje en Toronto. Sin embargo, el demandante comenzó los procesos en la corte inglesa, reclamando indemnización bajo ciertos Reglamentos del Reino Unido que implementaban legislación de la Unión Europea, que proveen compensación obligatoria para un agente comercial. Esta solicitud a la corte inglesa posteriormente se anuló y se otorgó una suspensión de los procesos al amparo de la sección 9 de la Ley de Arbitraje 1996. Se inició entonces un proceso de arbitraje y los árbitros encontraron que tenían jurisdicción, y emitieron una serie de laudos. Mientras tanto, el demandante apeló la decisión del juez inglés del distrito ante la Corte Superior inglesa<sup>65</sup>.

3.41. La Corte Superior inglesa sostuvo que la corte tiene que dar efecto a las cláusulas obligatorias del derecho de la UE, pese a cualquier expresión en contrario por las partes del acuerdo arbitral. La Corte Superior inglesa concurrió con el

demandante en que, allí donde un acuerdo arbitral pretenda aplicar un derecho extranjero que no de efecto a una cláusula obligatoria del derecho de la UE el acuerdo arbitral es nulo (y así la corte no debe otorgar la suspensión bajo la sección 9, y mucho menos ejecutar cualquier laudo resultante)<sup>66</sup>. Se levantó la suspensión del proceso.

3.42. Esta es una decisión preocupante, ya que socava la elección de las partes contenida en el acuerdo arbitral. La decisión genera incertidumbre en cuanto a cómo las partes contratantes pueden (o no) confiar en las cortes inglesas para dar un cumplimiento en la elección de las cláusulas de la ley, las cláusulas de arbitraje u otras disposiciones jurisdiccionales. Sin lugar a dudas, obliga a cualquier parte que realice negocios con una entidad de la Unión Europea a comprobar qué Reglamentos obligatorios de la UE puedan afectar a su transacción comercial. A pesar de un acuerdo sobre la ley aplicable, comprensiblemente, podría ser desplazado por normas imperativas (incluido el derecho de la UE), la Ley de Arbitraje no prevé que estos derechos deben por completo dejen sin efecto el acuerdo arbitral a favor del órgano jurisdiccional nacional. Para ello, coloca la

<sup>65</sup> Las apelaciones ante la Corte Superior inglesa se hacen desde las cortes de distrito. Sin embargo, cuando el procedimiento/aplicación ante la corte se originan en el Tribunal Superior inglés, la apelación debe presentarse ante la Corte de Apelación (*Court of Appeal*). A partir de entonces, cualquier apelación subsecuente debe presentarse ante la Corte Suprema (*UK Supreme Court*). La Corte Suprema se estableció en octubre de 2009, a raíz de importantes cambios constitucionales en el Reino Unido, y transfiere facultades judiciales fuera de la Cámara de los Lores (*House of Lords*) (en su capacidad de órgano judicial).

<sup>66</sup> Por ejemplo, sobre la base de que las disposiciones de compensación en el Reglamento, como las disposiciones de indemnización, son obligatorias y no pueden ser contratados fuera de. El carácter obligatorio de la legislación de la Unión Europea, a pesar de una no obstante una elección de ley (incluyendo una opción de ley fuera de la UE), fue establecido por El Tribunal Europeo de Justicia en *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd.* [2000] C-381/98.

importancia de las leyes imperativas sobre el acuerdo de las partes al arbitraje – algo que el derecho inglés debe tratar como reconciliable<sup>67</sup>. *Accentuate* (al menos por el momento), ha complicado la comprensión del derecho inglés.

### *Confidencialidad Según el Derecho Inglés*

3.43. Una de las justificaciones comúnmente citadas para la adopción de arbitraje sobre los procedimientos judiciales locales es la confidencialidad de los procedimientos. Según el derecho inglés, la posición es menos clara respecto de si existe o no una presunción a favor de la confidencialidad de los procedimientos. La Ley de Arbitraje, como cualquier legislación moderna, ha evitado la tarea de definir y delimitar la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional. En el pasado las cortes inglesas, han estimado que existe

un deber de confidencialidad como parte inherente a un procedimiento arbitral<sup>68</sup>. Si la confidencialidad es importante para las partes, vale la pena especificar de manera expresa en el acuerdo arbitral que los procedimientos de arbitraje serán confidenciales. También es importante especificar una acción por el incumplimiento. Ciertas normas institucionales de arbitraje establecen obligaciones de confidencialidad limitadas<sup>69</sup>.

### *Arbitraje con Múltiples Partes y Consolidación*

3.44. En ocasiones, más de dos partes desean celebrar un acuerdo arbitral. Del mismo modo, se puede buscar incluir a un tercero en los procedimientos en donde un tercero (por ejemplo, un subcontratista) puede ser una de las partes necesarias a cualquier tipo de controversia. Bajo el derecho inglés y la Ley de Arbitraje, no

<sup>67</sup> El derecho inglés provee que un tribunal puede determinar su propia jurisdicción y dar efecto a la ley seleccionada junto con cualquier ley obligatoria.

<sup>68</sup> *Ver Ej., Dolling-Baker v. Merrett* [1991] 2 All ER 890; *Hassneh Insurance Co of Israel v. Mew* 1993] 2 Lloyd's Rep 243; *City of Moscow v. Bankers Tr. Co.* [2004] EWCA Civ. 314; *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* [1999] 1 WLR 316 (sujeto a limitadas excepciones y a falta de disposiciones expresas, hay un deber implícito de confidencialidad en procedimientos de arbitraje). *Ver también Associated Elec. & Gas Ins. Servs. Ltd. v. European Reinsurance Co. of Zurich* [2003] 1 All ER (Comm) 253 (una decisión del Consejo coparticipa en una apelación del Tribunal de apelación de Bermuda (Court of Appeal of Bermuda), el cual puede señalar un cambio en el amplio deber de confidencialidad de Inglaterra); *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited* [2008] EWCA Civ 184.

<sup>69</sup> *Ver artículo 21(3) del Reglamento de la CCI, artículos 19.4 y 30 del Reglamento de la LCIA, y el artículo 25(4) del Reglamento de la CNUDMI. Las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses) recomiendan la siguiente cláusula modelo: "La existencia y el contenido de las actuaciones arbitrales y cualesquier resolución o laudo se mantendrán en secreto por las partes y los miembros del tribunal arbitral, excepto (i) en la medida en que su revelación se requiera para que una parte cumpla con una obligación legal, proteja o persiga un derecho legal, o haga cumplir o impugne un laudo arbitral en procedimientos judiciales de buena fe ante una corte estatal o autoridad judicial competente, o (ii) con el consentimiento de todas las partes. No obstante cualquier disposición en contrario, cualquiera de las partes podrá divulgar asuntos relacionados con el arbitraje o el procedimiento arbitral en caso necesario para la preparación o presentación de una demanda o contestación, en este arbitraje".*



hay ninguna disposición obligatoria para participación de un tercero en el arbitraje. La sección 35 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento arbitral que se consolidará con otros procedimientos arbitrales, o que se llevarán a cabo audiencias concurrentes, en los términos que se convengan. La sección 35(2) de la Ley de Arbitraje continúa: “A menos que las partes acuerden conferir dicha facultas al tribunal, el tribunal no tiene competencia para ordenar la consolidación de las diligencias o audiencias simultáneas”<sup>70</sup>.

### *Número de Árbitros*

3.45. La Ley de Arbitraje establece en la sección 15(3) que “Si no hay acuerdo alguno respecto a el número de árbitros, el tribunal consistirá de un solo arbitro”. Se le recomienda a las partes siempre especificar el número de árbitros en su acuerdo arbitral.

### *Medidas Provisionales*

3.46. Finalmente, existe a menudo una tendencia de los abogados a incluir

una disposición en el acuerdo arbitral relacionada con la facultad de las partes de buscar una reparación provisional o medidas provisionales. Bajo el derecho inglés, las secciones 38 y 39 de la Ley de Arbitraje ampliamente facultan al tribunal arbitral para otorgar medidas provisionales, salvo pacto en contrario de las partes. Del mismo modo, de acuerdo con la sección 44 de la Ley de Arbitraje, “[a] menos que se acuerde lo contrario por las partes, la corte tiene para los propósitos de y en relación con los procedimientos arbitrales la misma facultad de dictar órdenes en las materias enumeradas a continuación como ha sido para los propósitos de y en relación con los procedimientos legales”. Esto incluye la facultad de la corte para ordenar medidas provisionales adoptadas según se identifica en dicha sección<sup>71</sup>.

## 4. CONCLUSIÓN

4.1. Es evidente que las partes contratantes deberían formular las disposiciones de solución de controversias de la manera que como a ellos les parezca

<sup>70</sup> Ver *Ej., Redlands Aggregates Ltd. v. Shepherd Hill Eng'g Ltd.* [1999] BLR 252. Ver también MUSTILL, Michael J. & Stewart C. BOYD. *Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume to the Second Edition*. London: Butterworths Law, 2001, p. 309 (“la consolidación es posible con el consentimiento de todas las partes involucradas, pero no de otra forma. El Tribunal no tiene facultades para ordenar la consolidación en contra del deseo de una parte, y la Ley no contempla facultad alguna para que la corte ordene la consolidación”).

<sup>71</sup> Esto incluye la resolución de los siguiente: la práctica de la prueba de testigos, la preservación de pruebas, formulación de ordenes relacionadas con la propiedad que está siendo sujeta a los procedimientos o de la que surge cualquier cuestión en los procedimientos o la inspección, la fotografía, la preservación, custodia o detención de la propiedad, o la orden de toma de muestras de, o cualquier observación de o experimento realizado a, la propiedad, y para ello autorizando a cualquier persona acceder a los locales en posesión o en control de una parte del arbitraje; la venta de cualquier mercancía objeto del procedimiento, el otorgamiento de una reparación temporal o la designación de un receptor. Si se trata de un caso de urgencia, la corte podrá, a solicitud de una parte o parte propuesta en el procedimiento arbitral, dictar dichas órdenes según lo estime necesario para el propósito de preservar las pruebas o los bienes.

conveniente, dentro del contexto de la transacción y la relación entre las partes y los recursos. Sin embargo, como punto de partida, y con el fin de establecer un acuerdo arbitral suficientemente amplio, se recomienda la siguiente versión:

*“All disputes controversies or claims arising out of or in connection with the present agreement shall be finally settled under the Rules of Arbitration of [the International Chamber of Commerce] by [three] arbitrators*

*appointed in accordance with the said Rules”.*

*“The seat of the arbitration shall be London, England”.*

*“The language of the arbitration shall be English”.*

*“This agreement is governed by, and all disputes controversies or claims arising out of or in connection with the present agreement shall be resolved in accordance with the laws of England & Wales”.*

---

# ITALIA

---



# EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

GIORGIO MEO (\*)

1. Según el artículo 808°, párrafo 1, del Código procesal civil italiano, las partes de un contrato pueden acordar que las controversias que puedan surgir relativas al contrato mismo sean resueltas por árbitros, con tal de que la controversia se refiera a derechos disponibles.

Este acuerdo viene definido por el Código como cláusula compromisoria y se diferencia del compromiso (art. 807°, C.P.C.) por el hecho de que la lite no ha surgido todavía, y del acuerdo arbitral en materia no contractual (art. 808 *bis* C.P.C.) porque la cláusula compromisoria se refiere a los litigios que surgen de un contrato.

Se ha discutido mucho, en doctrina y en jurisprudencia, sobre las relaciones entre la cláusula compromisoria y el contrato al

que hace referencia: en resumidas cuentas se trata de establecer, por un lado, si la cláusula sea autónoma respecto al contrato o si, en cambio, tenga que seguir la misma suerte del contrato y, por otro lado, si los árbitros pueden o no decidir la controversia cuando ésta se refiera a la validez del contrato.

Debemos a FRANCESCO CARNELUTTI<sup>1</sup>, a principios del pasado siglo, la primera crítica fundamental a la jurisprudencia<sup>2</sup> y a otros Autores<sup>3</sup> de la época, que consideraban la cláusula compromisoria como una más de las cláusulas del contrato, destinada, por lo tanto, a seguir la suerte del mismo, en aplicación del principio *simul stabunt simul cadent*. En el curso de los años se ha ido siempre afirmando cada vez más, como opinión mayoritaria, la sostenida por CARNELUTTI<sup>4</sup>.

(\*) Profesor de derecho mercantil en la Universidad de Roma –“Universitas Mercatorum”. Socio fundador de Giorgio Meo Abogados, Roma.

<sup>1</sup> CARNELUTTI. *Clausola compromissoria e competenzaa degli arbitri*. En: *Riv. dir. comm.*, 1921, II.

<sup>2</sup> V. Cass., 17 febrero 1932, n. 557, en *Giur. it.*, 1932, I, 1, 692.

<sup>3</sup> Entre otros, CODOVILLA. *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915.

<sup>4</sup> En jurisprudencia ya desde Cass., 23 junio 1937, en *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 505, hasta Cass., 25 febrero 1995, n. 2147, en *Riv. arbitrato*, 1995, 689. En doctrina, entre otros, REDENTI, *Diritto processuale civile*. III. Milano, 1954, p. 463; SATTI. *Commentario al codice di procedura civile*. IV. Milano, 1971, 227, el cual justificaba la interpretación mantenida afirmando que, en caso de admitir que la invalidez del contrato se transmite siempre, en cualquier caso, a la cláusula compromisoria, se llegaría a la conclusión, que no podría compartirse, de que los árbitros juzgando inválido un contrato declararían inválido también su propio juicio sobre la invalidez de la cláusula compromisoria.

Acogiendo esta última opinión, el Legislador italiano, con la reforma, llevada a cabo en 1994, de la disciplina del C.P.C. sobre el arbitraje<sup>5</sup>, ha codificado expresamente el principio en virtud del cual “la validez de la cláusula compromisoria debe examinarse autónomamente respecto del contrato al que se refiere” (art. 808°, párrafo 2, C.P.C.). Todo ello, como veremos, significa que la invalidez del contrato no puede autónomamente invalidar la cláusula y que es la propia cláusula la que atribuye a los árbitros la facultad de juzgar si el contrato es o no válido.

2. La cláusula compromisoria, más allá de la propia denominación, constituye un verdadero contrato<sup>6</sup> y no sólo uno más de los pactos que forman el contenido del contrato al que hace referencia. Ello contribuye, sin duda, a explicar mejor la consideración autónoma que se le debe reconocer.

La citada autonomía se manifiesta—o, mejor, puede manifestarse—desde el punto

de vista documental<sup>7</sup>. La cláusula puede, en efecto, introducirse materialmente en el contrato al que se refiere (hipótesis más frecuente en la práctica) o puede ser objeto de un documento separado (cfr. art. 808°, párrafo 1, C.P.C.).

Se manifiesta, además, en relación al perfil causal, pues la causa del acuerdo arbitral<sup>8</sup> es diferente de la del contrato. La función económico-social del primero consiste en hacer decidir a los árbitros, en vez que a los jueces, la controversia, mientras que la causa del contrato cambia en base al tipo negocial en el que la cláusula haya sido incorporada.

Los dos contratos, además, son diferentes también en el objeto<sup>9</sup>. Objeto de la cláusula compromisoria es la controversia que tendrá que ser sometida al juicio de los árbitros, mientras que el del contrato cambia, obviamente, en función del tipo negocial.

También la forma es diferente. La cláusula exige siempre la forma escrita *ad*

<sup>5</sup> Ley 5 enero 1994, n. 25, en *Gazzetta Ufficiale* 17 enero 1994, n. 12.

<sup>6</sup> En este sentido se ha expresado la doctrina mayoritaria: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*. IV, Napoli, 1964, p. 765; BERNINI, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992, pp. 197 y ss.; FAZZALARI, *L'Arbitrato*, Torino, 1997, pp. 33 y ss.; PUNZI, voce *Arbitrato*, I), *Arbitrato rituale e irrituale*. En: *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, p. 10. En sentido opuesto, consideran la cláusula un acuerdo que surge de la convergencia de declaraciones unilaterales de voluntad, CARNELUTTI, *Arbitrati ed arbitri*. En: *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 129; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*. En: *Riv. arbitrato*, 1991, pp. 13 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., 24 julio 2007, n. 16332, en *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 7; Cass., 2 febrero 2007, n. 2256, en *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 2, ha especificado que para la validez de la cláusula — desde la perspectiva del respeto de la forma escrita — no es necesario que sea incorporada al contrato principal y suscrita contemporáneamente por las partes sino que es suficiente “el intercambio de declaraciones que contengan respectivamente la oferta y la aceptación del deferimiento de la controversia a los árbitros, debiéndose interpretar la exigencia de constitución de un colegio arbitral y la relativa aceptación como la común voluntad de someter la cuestión litigiosa a los árbitros”.

<sup>8</sup> Sobre este punto VERDE, en *Diritto dell'arbitrato rituale*, dirigido por Verde. Torino, 2000, p. 44; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 439.

<sup>9</sup> VERDE, *Diritto*, cit., p. 44.

*substantiam* en virtud de lo dispuesto por el art. 808° c.p.c.<sup>10</sup>. La forma del contrato al que el acuerdo arbitral hace referencia cambia en base al tipo particular del contrato.

Estos dos contratos, si bien ontológicamente son diferentes, funcionalmente no puede no reconocerse que se encuentran enlazados<sup>11</sup> y prueba de ello es que el poder de estipular el contrato comprende el poder de pactar la cláusula (art. 808°, párrafo 2, segunda parte, c.p.c.).

El fundamento de la autonomía de la cláusula no reside, por lo tanto, en una particular relación entre el contrato en su integridad y una parte del mismo (la cláusula), sino en el hecho de que la susodicha cláusula es un contrato completo

y distinto de aquel respecto del cual se aplicará.

3. La ley italiana, como hemos dicho, establece que la validez de la cláusula debe ser examinada autónomamente respecto del contrato al que hace referencia<sup>12</sup>.

Según la interpretación unánime de la doctrina, ello quiere decir que debe excluirse que la validez del contrato que podríamos definir principal se transmita *ipso iure* a la cláusula, impidiendo así a los árbitros la posibilidad de examinar la validez del contrato. La cláusula no sufre la incidencia de una expansión *automática* de los vicios del contrato<sup>13</sup>.

En algunos casos es posible referir la invalidez contemporáneamente a los dos actos. Pensemos, por ejemplo, a

<sup>10</sup> La doctrina se ha orientado mayoritariamente en este sentido: VERDE, *Diritto*, cit., p. 47; CECHELLA, *Codice di procedura civile commentato*, dirigido por Consolo y Luiso, Milano, 1997, p. 2237; LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Milano, 2007, p. 322. Con una opinión diferente, PUNZI, *Disegno*, cit., pp. 191 y ss., considera que la forma escrita se requiera *ad substantiam* sólo para el compromiso porque el art. 807 C.P.C. prevé expresamente que tenga que realizarse por escrito bajo pena de nulidad. Y viceversa, en relación a la cláusula compromisoria, el código prevé que tiene que *resultar* de un acto que cumpla el requisito de la forma escrita, por consiguiente se tratará de forma escrita solo *ad probationem*.

<sup>11</sup> VERDE, *Diritto*, cit., p. 77.

<sup>12</sup> La posición constante que ha mantenido la jurisprudencia excluye que el principio de autonomía de la cláusula compromisoria pueda invocarse en relación al arbitraje "*irrituale*". El arbitraje de este tipo, según la jurisprudencia, "completa la voluntad de las partes dando vida a un negocio de segundo grado, el cual encuentra su razón de ser en el negocio en el que la cláusula se ha incorporado y no puede sobrevivir a las causas de nulidad que provoquen la eliminación de la fuente misma del poder de los árbitros": Cass., 9 abril 2008, n. 9230, en *Arch. Juris data*; Cass., 16 junio 2000, n. 8222, en *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1318, Cass., 2 julio 1981, n. 4279, en *Mass. Foro it.*, 1981, p. 874. V. también Trib. Milano 14 abril 1997, en *Riv. arbitrato*, 1998, p. 275, según el cual la regla de la autonomía es aplicable también al arbitraje "*irrituale*" y, a pesar de ello, "esta regla se excluye cuando el contrato tenga una causa ilícita [...]; en esta hipótesis, la causa de nulidad tiene que considerarse común, es decir, que afecta al negocio sustancial y a la cláusula compromisoria".

<sup>13</sup> Cfr. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, en *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 336; CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, pp. 15 y ss.; FAZZALARI, *L'Arbitrato*, cit., p. 34; MARENGO en BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 54 y ss. En jurisprudencia Cass., 11 julio 2003, n. 10910, en *Giust. civ.* 2004, I, p. 1555; Cass., 20 junio 2000, n. 8376, en *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1327.

un contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado verbalmente y que prevea el deferimiento a los árbitros de la decisión de las controversias que puedan surgir del contrato. En este caso, la compraventa será nula por haberse celebrado en contra de lo dispuesto por el art. 1350° del código civil, mientras la cláusula compromisoria lo será por ser contraria al art. 807° del código procesal civil. La nulidad de la cláusula deriva de un vicio de la cláusula misma, es decir por un defecto propio en los requisitos de forma previstos para *su* validez y no por violación de las prescripciones en tema de forma para la validez del contrato principal.

Es necesario, por lo tanto, examinar *en concreto* si el vicio del contrato principal es idóneo a invalidar también la convención arbitral y una posible coincidencia del vicio es cuestión de hecho, jurídicamente irrelevante<sup>14</sup>.

De lo anteriormente indicado se deduce necesariamente que la validez de la cláusula no puede comprobarse a través del examen de la voluntad de las partes, aplicando los principios relativos a la

nulidad parcial de los contratos, prevista por el art. 1419° del código civil<sup>15</sup>.

La hipótesis inversa a la antes indicada se observa cuando el contrato principal no presenta vicios y, en cambio, sí es posible observarlos únicamente en relación a la cláusula compromisoria. Pensemos, por ejemplo, a la hipótesis en la que el consentimiento a la conclusión de la convención arbitral se haya manifestado por error, esencial y reconocible por la otra parte contratante (art. 1427° y siguientes del código civil italiano).

En este caso se considera que los árbitros, aunque no puedan decidir sobre el fondo de la cuestión litigiosa, pueden decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria<sup>16</sup>.

Es importante subrayar, además, que a veces el concepto de examen autónomo sobre la validez asume un significado meramente teórico. Pensemos, por ejemplo, a una cláusula compromisoria que se haya introducido materialmente entre las cláusulas del contrato. En este caso, con una única subscripción las partes

<sup>14</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808 Clausola compromissoria*, in *Arbitrato, titolo VIII libro IV codice di procedura civile artt. 806-840*, comentario dirigido por Carpi, Bologna, 2008, p. 147.

<sup>15</sup> VECCHIONE. *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 285 y ss. y las referencias bibliográficas *ivi* indicadas; PUNZI, *Disegno*, cit., p. 440, según el cual la imposibilidad de aplicar el art. 1419 del código civil deriva del hecho que el artículo en cuestión "regula la nulidad parcial o la nulidad de la cláusula de un único contrato, mientras que, sin embargo, pacto compromisorio y contrato son dos negocios entrelazados funcionalmente, pero diferentes". Sobre este punto v. también IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*. En: *Riv. arbitrato*, 1994, y p. 655, según el cual el art. 808 C.P.C. ha previsto sólo la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato y no lo contrario. Partiendo de este premisa, el Autor considera que, con tal de que se respeten los criterios a los que hace referencia el art. 1419 C.C., la nulidad de la cláusula compromisoria puede extenderse al contrato.

<sup>16</sup> Cfr. PUNZI. *Disegno*, cit., p. 443; VERDE, *Diritto*, cit., p. 71; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808*, cit., p. 147.



manifiestan el propio consentimiento sea al contenido del contrato principal, sea al de la convención arbitral<sup>17</sup>. La incapacidad legal a concluir un contrato relativa a una de las partes provoca la anulabilidad del contrato y, al mismo tiempo, de la cláusula. Es cierto que la invalidez de la convención arbitral deriva directamente de la incapacidad de la parte a concluir la convención misma y no deriva de la anulabilidad del contrato principal, pero el concepto de examen autónomo de la validez de la cláusula parece, en este caso, reducirse a una puntualización conceptual sin relevancia práctica.

4. La intervención legislativa del 1994 ha puesto fin a cualquier posible divergencia de opiniones sobre la relación entre cláusula y contrato por lo que se refiere únicamente a la cuestión de la validez de los dos actos, pero ha dejado abiertas otras cuestiones.

En particular se trata de entender cómo se sitúa el principio de autonomía de la cláusula compromisoria respecto a las vicisitudes relativas a la circulación del contrato al que se refiere o del crédito que surge del contrato: en caso de cesión del contrato ¿viene cedida también

automáticamente la cláusula? ¿Y en los casos de cesión del crédito?

La cuestión es todavía muy discutida<sup>18</sup> y está estrechamente ligada al concepto de autonomía de la cláusula compromisoria y a su relación con la voluntad de las partes que han optado por el juicio arbitral como alternativa al judicial.

Según la jurisprudencia no existe una regla unívoca en este tema: la cesión del contrato, en efecto, no conlleva automáticamente la sucesión en relación a la cláusula compromisoria, pero tampoco la excluye como regla de principio<sup>19</sup>.

La sucesión automática tendrá lugar en caso de explícita manifestación del consentimiento del sucesor a título particular *inter vivos* y en el caso de que exista un nexo funcional entre la cláusula y el contrato cedido, de tal manera que se quede claro que la voluntad contractual se realiza y respeta solo si la sucesión en la relación de fondo comprende también la alternativa a la jurisdicción estatal.

La jurisprudencia se muestra más propensa, por lo tanto, a reconocer mayor relevancia a la voluntad de las partes que a “difuminar” el concepto de autonomía<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> El art. 1341<sup>o</sup> del código civil italiano, en efecto, prevé la aprobación específica por escrito de la cláusula compromisoria, en cuanto abusiva, solo en caso de que las condiciones del contrato hayan sido predispuestas por uno solo de los contratantes y no hayan sido objeto de negociación.

<sup>18</sup> Sobre este argumento se ha ocupado ampliamente CARLEO. *Le vicende*, cit.

<sup>19</sup> Cfr Cass., 17 diciembre 1998, n. 12616, en *Foro it.*, 1999, I, 2979; Cass. 19 septiembre 2003, n. 13893, en *Foro it.*, I, p. 638; Cass. 22 diciembre 2005, n. 28497, en *Arch. Juris data*. Es importante subrayar además que Cass. 21 noviembre 2006, n. 24681, en *Giust. civ. mass.*, 2006, 11, se limita a afirmar, sin añadir ninguna argumentación, que la cesión del contrato conlleva automáticamente también la cesión de la cláusula.

<sup>20</sup> V. no obstante sobre este punto GALLETTO, *La clausola compromissoria e il compromesso*. En: *Arbitrato. ADR. Conciliazione*. Dirigido por Rubino-Sammartano. Bologna, 2009, p. 133.

El cesionario del contrato no sub-entra automáticamente en la convención arbitral y ello no tanto porque el “dogma” de la autonomía lo impida, sino porque, si no se deduce del contexto negocial que él ha querido aceptar la alternativa a la jurisdicción del Estado, es justo que no tenga que renunciar a ello.

La interpretación del contrato de cesión servirá, por lo tanto, a dirimir cualquier cuestión relativa a la sucesión también de la cláusula compromisoria<sup>21</sup>.

Es importante observar, para concluir, que mientras es posible, como hemos tenido ocasión de ver, que el contrato puede ser objeto de cesión sin la cláusula compromisoria, en cambio, no es posible lo contrario. La eventual cesión únicamente de la convención arbitral sería nula por indeterminación e indeternabilidad del objeto<sup>22</sup>.

5. La situación es totalmente diferente en un caso, típico del derecho italiano, como es el de la “cesión de empresa” (*cessione d'azienda*), que presenta una relevancia importante en tema de arbitraje mercantil.

La cesión de empresa es un instituto que no encuentra una correspondencia en la mayor parte de las legislaciones

diferentes a la italiana y que podemos definir sintéticamente como el contrato con el que un empresario transmite en bloque a otro empresario el propio *business*. La cesión se lleva a cabo conjuntamente respecto de todas las relaciones relativas a la actividad de empresa que se refieren al empresario cedente. Esta comprende, entre otros, todos los contratos mercantiles pendientes, que se transmiten *uno actu* del cedente al cesionario sin necesidad del consentimiento del contratante cedido (el cual puede sólo ejercitar el desestimiento, si prueba la existencia de una justa causa para ello). El efecto de la transmisión de cada uno de los contratos se realiza dentro de una operación más amplia de transmisión que comprende la universalidad de las relaciones que se refieren a la empresa, todo ello gracias a un único acuerdo.

En consideración de este efecto automático, la sucesión en el negocio compromisorio se produce en este caso también automáticamente en virtud de la expresa previsión normativa contenida en el art. 2558<sup>o</sup> del Código civil italiano, en virtud del cual, el cesionario de la empresa sub-entra en todos los contratos estipulados por el cedente en el ejercicio de la empresa, a menos que no sean de carácter personal y a menos que las partes no hayan excluido expresamente este efecto<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> V. CARLEO. *Le vicende*, cit. pp. 55 y ss. El Autor, entre otras cosas, se cuestiona la posibilidad de interpretar el principio de autonomía de la cláusula compromisoria de tal manera que sea compatible con la tesis del transferimiento automático de la cláusula misma y llega a la conclusión de que la cuestión no se centra tanto en la existencia de un principio general sino en la necesidad de comprobar, caso por caso, en base a la interpretación del contrato de cesión, cuál es la voluntad efectiva de las partes.

<sup>22</sup> V. CECHELLA. *L'Arbitrato*, Torino, 2005, p. 75.

<sup>23</sup> Cass., 28 marzo 2007, n. 7652, en *Arch. Juris data*. La particularidad de la figura, derivada de la disposición normativa expresa, conlleva además que la sucesión del cesionario en los contratos de empresa estipulados por el cedente se produce *ope legis*, sin que pueda hipotizarse un conflicto entre la norma sustancial del art. 2558 C.C. y la norma procesal contenida en el art. 807 C.P.C., sin que sea necesario un pacto de cesión y sin que, por lo tanto, se tenga que plantear la exigencia de la forma escrita.

6. Excluída, en los modos expuestos precedentemente, la automaticidad de la transmisión de la cláusula en caso de cesión del contrato, se considerará también excluída en caso de cesión del crédito surgido del contrato al que se refiere la convención arbitral.

La jurisprudencia, en relación a este tema, ha precisado que la cesión del crédito produce un efecto más limitado de la cesión del contrato porque queda limitada solo a un derecho de crédito que corresponde al cedente en virtud de un contrato y no determina la transmisión al cesionario de toda la posición jurídica contractual compuesta por todas las obligaciones y los derechos que a ella se refieren.

El cesionario del crédito que nace del contrato en que se encuentra incorporada la cláusula compromisoria no adquiere automáticamente la titularidad de la cláusula misma y no puede valerse de ella en relación al deudor cedido<sup>24</sup>. Tratándose de un evento de contenido mucho más circunscrito, respecto a la cesión del contrato, no es posible nunca el subingresso automático del cesionario, sin perjuicio, obviamente, de la posibilidad de que las partes estipulen un específico acuerdo sobre este punto.

La jurisprudencia ha dejado claro, además, que el deudor cedido puede de todas maneras oponer al cesionario la convención arbitral porque, en caso contrario, se vería privado del derecho (que le corresponde en virtud de la cláusula compromisoria) de deferir a los árbitros las controversias sobre el crédito en virtud de un acuerdo entre cedente y cesionario en el que él no ha participado. En este último caso no se tiene en consideración el fenómeno por el que el cesionario del crédito subentra en la relación compromisoria (que quedaría excluido en virtud del principio de autonomía de la cláusula) sino solo el principio de transmisibilidad al deudor cedido de las excepciones que éste habría podido oponer al acreedor originario, entre las que se comprende la derivada de la cláusula compromisoria<sup>25</sup>.

La interpretación expuesta suscita alguna perplejidad debido al tratamiento diferente que se reconoce a las dos caras de una misma medalla (la relación crédito/deuda). El cesionario de un crédito no puede deferir a los árbitros la cuestión litigiosa pero, si inicia un procedimiento ante el juez estatal, queda sujeto a la excepción del deudor cedido a cerca de la existencia de la cláusula compromisoria<sup>26</sup> y al deferimiento a los árbitros del juicio.

<sup>24</sup> Cass., 21 noviembre 2006, n. 24681, en *Arch. Juris data*; Cass., 21 marzo 2007, n. 6809, en *Giust. civ.*, 2008, p. 2566.

<sup>25</sup> Cass., n. 12616, cit.

<sup>26</sup> GALLETTO. *La clausola*, cit. 135, criticando la falta de simetría en la operatividad de la cláusula compromisoria sugiere, adheriendo a lo sostenido por otra doctrina *ivi* citada, que en los casos de cesión del crédito y a falta de un acuerdo específico de las partes, la cláusula compromisoria no puede considerarse operativa por lo que se refiere a la relación entre cedido y cesionario con la consiguiente competencia del juez ordinario.



---

# MÉXICO

---



# EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE

CECILIA FLORES RUEDA (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *El acuerdo de arbitraje.* 2.1. *El sustento del arbitraje.* 2.2. *Exclusión de la jurisdicción de los tribunales judiciales para resolver el fondo de la controversia.* 3. *Marco legal del acuerdo de arbitraje.* 3.1. *La Convención de Nueva York.* 3.2. *La Ley Modelo de Arbitraje.* 3.3. *Interpretación uniforme de la Ley Modelo de Arbitraje.* 4. *Procedimientos paralelos.* 5. *El deber de honrar el acuerdo de arbitraje.* 6. *Función de los tribunales judiciales al hacer cumplir el acuerdo de las partes.* 6.1. *Ejecución del acuerdo de arbitraje.* 6.2. *Ejecución del laudo.* 7. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Con alguna frecuencia las partes disienten respecto de la interpretación y aplicación del acuerdo de arbitraje que suscribieron. En ocasiones la discrepancia es válida, sin embargo, la mayoría de las veces surge debido a aquellos litigantes que deshonran el acuerdo de arbitraje al encontrar un recurso práctico objetándolo y presentando sus reclamaciones frente a los tribunales judiciales, particularmente cuando no tienen una postura fuerte en el fondo del caso.

Esto da lugar a serias complicaciones, además del incremento de tiempo y costos. Asimismo, pueden presentarse procedimientos paralelos, es decir, procedimientos arbitrales y judiciales estrechamente relacionados que tienen lugar al mismo tiempo, que además acarrearán el riesgo de decisiones contradictorias.

El presente ensayo se enfoca a la regulación dada al deber de honrar el acuerdo de arbitraje, esto es, a la obligación de respetar el compromiso de las partes de someter sus controversias al arbitraje, junto con la función que en este aspecto corresponde a los tribunales judiciales<sup>1</sup>.

---

(\*) Abogada del área de Arbitraje del despacho Santamarina y Steta (México). Presidente del Comité de Jóvenes Árbitros de la CCI en México y Coordinador Regional del Comité de Jóvenes Árbitros de América Latina. Es Delegada por México ante el Grupo de Trabajo sobre Conciliación y Arbitraje de UNCITRAL y ante el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

<sup>1</sup> Este ensayo no aborda los efectos de los procedimientos paralelos cuando la materia en disputa y las partes no son las mismas.

## 2. EL ACUERDO DE ARBITRAJE

El artículo 7.1 de la Ley Modelo de Arbitraje define al acuerdo de arbitraje como: “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”<sup>2</sup>.

Esta definición coincide con el concepto previsto en el artículo II.1 de la Convención de Nueva York, conforme al cual: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

Un elemento presente tanto en la Ley Modelo de Arbitraje, como en la Convención de Nueva York, es el *compromiso* de las partes de someter sus disputas al arbitraje.

### 2.1. El sustento del arbitraje

Precisamente, el acuerdo de las partes es lo que da sustento del arbitraje y

al laudo que emana de éste. Por esa razón, una parte no puede eludir su obligación y buscar que la controversia sometida al arbitraje se resuelva ante los tribunales judiciales. En consecuencia, como se explicará más adelante, el artículo 8 de la Ley Modelo prevé la remisión judicial al arbitraje y el artículo 16 establece la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia<sup>3</sup>.

En otro sentido, sin un acuerdo de arbitraje válido, no puede obligarse a las partes a resolver sus disputas mediante arbitraje y tampoco puede ejecutarse un laudo que verse sobre una disputa que no esté cubierta por el acuerdo de arbitraje. Así, como también se referirá más adelante, los artículos 34.2, a.i) y iii) y 36.1, a.i) y iii) de la Ley Modelo establecen como causales de nulidad del laudo y para denegar su reconocimiento y ejecución, que el acuerdo de arbitraje no sea válido y que el laudo se refiera a cuestiones no previstas en el acuerdo de arbitraje o que contenga decisiones que excedan los términos de éste<sup>4</sup>.

Incluso, se ha llegado a considerar que la voluntad de las partes para someterse al arbitraje es la piedra angular del acuerdo de arbitraje al establecer que:

“La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir

<sup>2</sup> El artículo 7.1 de la Ley Modelo de Arbitraje corresponde al artículo 1416, fracción I del Código de Comercio Mexicano.

<sup>3</sup> Los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de Arbitraje corresponden respectivamente a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio Mexicano.

<sup>4</sup> Los artículos 34.2, a.i) y iii) y 36.1, a.i) y iii) de la Ley Modelo corresponden a los artículos 1457, fracción I, incisos a) y c) y 1462, fracción I, incisos a) y c) del Código de Comercio Mexicano.



que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje [...] la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria”<sup>5</sup>.

## 2.2. Exclusión de la jurisdicción de los tribunales judiciales para resolver el fondo de la controversia

Las partes de una relación jurídica contractual o no contractual gozan de libertad para elegir la forma cómo resolverán las controversias derivadas de esa relación. Así, pueden elegir entre los tribunales judiciales o el arbitraje<sup>6</sup>.

La elección de una forma de solución de controversias descarta a la otra, por lo que al someter sus disputas al arbitraje, las partes convienen en excluir la jurisdicción de los tribunales judiciales para resolver la controversia<sup>7</sup>. Por ello, si una parte del acuerdo de arbitraje intenta someter el fondo de la controversia a la decisión judicial, las demás partes pueden oponerse a ello<sup>8</sup>. Esto ha sido reafirmado como se muestra a continuación:

“El arbitraje es un acuerdo reconocido por la ley y que, puesto que implica una renuncia al derecho de las partes de que las autoridades judiciales tomen conocimiento de la controversia, tiene un significado negativo con respecto al proceso judicial. Dicho acuerdo es conocido como un compromiso de arbitraje y en virtud del mismo, las partes encomiendan la resolución de sus conflictos a una o más personas; por lo tanto, el proceso [judicial] es reemplazado en su figura lógica, con algo similar a este, considerando que en ambos caso, se resuelve una disputa”<sup>9</sup>.

De igual forma, en cumplimiento del acuerdo de las partes para que

<sup>5</sup> Tesis: “*arbitraje. Debe constar de manera expresa e indubitable la voluntad de las partes de celebrarlo*”. No. Registro: 178,812. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXI, abril de 2005. Tesis: I.3o.C.476 C, p. 1344. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

<sup>6</sup> El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce que las leyes pueden prever mecanismos alternativos de solución de controversias. En ese sentido, el artículo 1051 del Código de Comercio Mexicano establece que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento ante los tribunales judiciales o un procedimiento arbitral.

<sup>7</sup> La intervención judicial en apoyo al arbitraje está permitida en los casos expresamente previstos en ley.

<sup>8</sup> Artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de Arbitraje.

<sup>9</sup> Tesis de Jurisprudencia: “*Arbitraje*”. Registro No. 913649. Localización: Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice 2000. Tomo IV, Civil, P.R. Suprema Corte de

la controversia se resuelva mediante arbitraje, los tribunales judiciales están impedidos para revisar el fondo de la controversia al resolver sobre la nulidad o el reconocimiento y la ejecución de un laudo. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente criterio:

“Un laudo arbitral es la decisión de un órgano no estatal, así convenida por las partes, para resolver una contienda, ya sea presente o futura; así, para efectos de la instancia ordinaria queda a la exclusiva potestad de la decisión del tribunal de arbitraje y pasa a ser una extensión de esa voluntad, que por ser un acto de particulares, en cuanto a su sentido, no se encuentra sujeto a revisión constitucional; sin embargo, tal revisión constitucional sí se puede dar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que, desde luego, se limitará al resultado del análisis de la debida composición del tribunal de arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de la materia del mismo y de los demás supuestos contemplados en el artículo 1462 del Código de Comercio,

supuestos que, como se advierte, contemplan únicamente cuestiones de forma y no de fondo, y, una vez dada la homologación, de los actos de ejecución con que el Juez auxilia al cumplimiento del laudo; por lo que en la vía de amparo únicamente se podrán alegar esas cuestiones y no las relativas al fondo y sentido del laudo”<sup>10</sup>.

### 3. MARCOLEGAL DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

#### 3.1. La Convención de Nueva York

El punto de partida del régimen legal internacional del acuerdo de arbitraje es la Convención de Nueva York<sup>11</sup>. Entre los objetivos de la Convención está el que los tribunales judiciales de los Estados contratantes den plena validez a los acuerdos de arbitraje, negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación al acuerdo de resolver la controversia ante un tribunal arbitral. Por consiguiente, su artículo II establece: (i) la obligación de reconocer el acuerdo de arbitraje<sup>12</sup>; y (ii) la remisión

---

Justicia de la Nación, p. 29. Tesis: 41. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Precedentes: Amparo civil en revisión 4660/31. Compañía Mexicana de Petróleo “El Águila”, S.A. 26 de mayo de 1933. Unanimidad de cinco votos. Excusa: Ricardo Couto. La publicación no menciona el nombre del ponente. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXXVIII, p. 801, Tercera Sala.

<sup>10</sup> Tesis “*laudo arbitral. Su homologación por autoridad judicial ordinaria y el análisis de ésta, en amparo, no permite el estudio de su sentido en cuanto al fondo*”. Registro No. 186229. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Agosto de 2002. Página: 1317. Tesis: XV.1o.50 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Precedentes: Amparo en revisión 138/2002. Mecalux, México, S.A. de C.V. 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ángel Rodríguez Rico.

<sup>11</sup> La Convención de Nueva York fue elaborada en 1958 por las Naciones Unidas, antes del establecimiento de UNCITRAL, y es considerada como el tratado más importante relativo al arbitraje comercial internacional. Desde que entró en vigor ha sido ratificada por más de 140 países (véase [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

<sup>12</sup> Artículo II.1 de la Convención de Nueva York.

judicial al arbitraje a instancia de parte, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable<sup>13</sup>.

Diversos doctrinarios han abordado la importancia de la remisión judicial al arbitraje en términos del artículo II.3 de la Convención de Nueva York<sup>14</sup>. En su mayoría consideran que en el texto de la Convención utiliza el verbo *remitir* (“remitirá”) de manera imperativa, con lo que se enfatiza el carácter no discrecional de la obligación de los tribunales judiciales de referir a las partes al arbitraje. Incluso consideran que con ello, los redactores de la Convención trataron de incorporar una pieza esencial para la regulación del acuerdo de arbitraje.

Asimismo, existe consenso en la práctica internacional al considerar que si se cumplen las condiciones para la remisión al arbitraje, los tribunales judiciales no pueden negarse a ello, en cumplimiento al convenio entre las partes, que se traduce en el acuerdo de arbitraje.

La Convención de Nueva York acrecienta la probabilidad de que los acuerdos de arbitraje sean reconocidos

en los Estados contratantes. No obstante, en algunos de ellos la Convención no se aplica automáticamente por los tribunales judiciales locales, sino que se requiere su implementación a través de la legislación nacional. Por ello, el Grupo de Trabajo que redactó la Ley Modelo de Arbitraje, incorporó disposiciones relativas a la exigibilidad del acuerdo de arbitraje.

### 3.2. La Ley Modelo de Arbitraje

La Ley Modelo de Arbitraje ha sido adoptada por cerca de 60 países, con lo que se han reducido de manera considerable las disparidades entre los diferentes regímenes de arbitraje<sup>15</sup>. Por ello, en lugar de hacer referencia a la legislación arbitral de distintas jurisdicciones, en este apartado se hará referencia a dicha Ley.

Conforme al artículo 8 de la Ley Modelo, el tribunal judicial al que se someta un litigio sobre un asunto objeto de un acuerdo de arbitraje, debe remitir a las partes al arbitraje, a solicitud de cualquiera de ellas, a más tardar en el momento en que se presente el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que

<sup>13</sup> Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

<sup>14</sup> Véase: BORN, Gary. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*. Segunda Edición. Kluwer Law International, 2006, pp. 103-110. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. (editores). *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 402-415. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique. “La remisión judicial de un litigio al arbitraje”. En: *Diagnóstico y Propuestas sobre el Sistema de Administración de Justicia en México*. México: Themis, 2004, pp. 1611 - 1625. REDFERN, Alan y HUNTER, Martin con BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, pp. 248 - 263.

<sup>15</sup> La Ley Modelo tiene como objetivo principal asistir a los Estados en la reforma y actualización de sus leyes sobre arbitraje. Regula desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo, con base en los principios más importantes de la práctica. Fue aprobada por UNCITRAL en 1985 y después modificada en 2006. Véase [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. No obstante que dicha acción haya sido entablada ante el tribunal judicial, es posible iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar el laudo, mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal judicial.

El artículo 16 de la Ley Modelo establece que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como sobre las objeciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje; en la misma línea, reconoce la independencia del acuerdo de arbitraje respecto de las demás estipulaciones del contrato y establece que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no supone la nulidad del acuerdo de arbitraje. Asimismo, el artículo 16 establece que el tribunal arbitral puede decidir sobre dichas excepciones, como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo de la controversia; si como cuestión previa el tribunal arbitral se declara competente, dentro de los treinta días siguientes, cualquiera de las partes puede solicitar a los tribunales judiciales competentes, que resuelva la cuestión, decisión que será inapelable<sup>16</sup>; mientras está pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral puede proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Al concebir esta regulación para el acuerdo de arbitraje, el Grupo de Trabajo que redactó la Ley Modelo tomó en consideración la práctica a la que entonces se recurría de cuestionar la eficacia<sup>17</sup> del acuerdo de arbitraje, con el único propósito de entorpecer el arbitraje. El cuestionamiento se basaba en el siguiente razonamiento: (a) las facultades del tribunal arbitral surgen del acuerdo de arbitraje; (b) si la eficacia del acuerdo de arbitraje es cuestionada, las facultades del tribunal arbitral también lo son; por lo tanto; (c) el propio tribunal arbitral no puede decidir sobre el acuerdo de arbitraje, si no que tal decisión debe ser tomada por el juez<sup>18</sup>.

Asimismo, para no dejar desprotegida a la parte que alegó la ineficacia del acuerdo de arbitraje, la Ley Modelo complementó el sistema legal con los artículos 34.2.a.i) y iii) y 36.1.a.i) y iii). Los artículos 34.2.a.i) y 36.1.a.i) establecen que un laudo puede ser anulado o puede denegarse su reconocimiento y ejecución, si el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley a que las partes lo sometieron. De igual forma, los artículos 34.2.a.iii) y 36.1.a.iii) de dicha Ley prevén que el laudo puede anularse o puede denegarse su reconocimiento y ejecución,

<sup>16</sup> Algunos reglamentos de arbitraje prevén la renuncia a recurrir ante la autoridad judicial en estos casos. Por ejemplo el artículo 37 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

<sup>17</sup> La Ley Modelo de Arbitraje utiliza la expresión “nulo, ineficaz o de ejecución imposible” siguiendo el lenguaje de la Convención de Nueva York. A su vez, los redactores de la Convención de Nueva York utilizaron esa terminología atendiendo a los diversos sistemas jurídicos. Para efectos de este ensayo, el término “ineficaz”, es decir que no produce efectos, comprende la expresión “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

<sup>18</sup> Véase HOLTSMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E. *A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International, 1989, pp. 302-331 y 478-529.

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

### 3.3. Interpretación uniforme de la Ley Modelo de Arbitraje

Para lograr una verdadera uniformidad, las disposiciones de la Ley Modelo deben interpretarse de la misma manera. Con ese propósito, resulta adecuada la *Teoría de los Dos Disparos* de GEROLD HERMANN, Secretario del Grupo de Trabajo de UNCITRAL que redactó la Ley Modelo. Conforme a esta Teoría, los dos disparos pueden lanzarse en los siguientes escenarios:

Escenario A. El tribunal arbitral lanza el *primer disparo* cuando una de las partes objeta ante él el acuerdo de arbitraje y éste decide sobre su competencia, antes de emitir el laudo sobre el fondo de la controversia<sup>19</sup>. Si dentro de los treinta días siguientes la parte afectada solicita ante los tribunales judiciales que resuelvan en definitiva la cuestión, éstos lanzarán el *segundo disparo*.

Escenario B. El tribunal arbitral lanza el *primer disparo* sobre la eficacia del acuerdo de arbitraje cuando emite el laudo sobre el fondo de la controversia. Los tribunales judiciales lanzan el *segundo disparo* al examinar el laudo,

en términos de los artículos 34.2,a.i) y iii) y 36.1,a.i) y iii) de la Ley Modelo.

La *Teoría de los Dos Disparos* se traduce en que al remitir a las partes al arbitraje, los tribunales judiciales no están emitiendo una decisión definitiva sobre la eficacia del acuerdo de arbitraje, ni están abandonando sus poderes jurisdiccionales; los tribunales judiciales sólo están permitiendo que el tribunal arbitral efectúe un primer análisis y más tarde efectuarán el segundo análisis y emitirán una decisión definitiva.

Así, cuando se objeta la eficacia del acuerdo de arbitraje ante los tribunales judiciales antes de que el tribunal arbitral haya decidido sobre su propia competencia, éstos deben realizar un análisis *superficial* y sólo en aquellos casos en que la ineficacia sea evidente, podrán sostener su competencia y desestimar el acuerdo de arbitraje. Si los tribunales judiciales no encuentran dudas justificadas sobre la objeción del acuerdo de arbitraje, *deberán remitir a las partes al arbitraje, en cumplimiento a la voluntad de éstas.*

## 4. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Cuando surge alguna controversia entre las partes, en ocasiones la parte que no tiene una postura sólida respecto al fondo de su caso trata de reconsiderar o rehuir el acuerdo de arbitraje, alegando por ejemplo que éste es nulo, que nunca ha existido, que se ha renunciado a él o que ha terminado, o incluso, que no es aplicable

<sup>19</sup> El artículo 16.3 de la Ley Modelo establece que el tribunal arbitral puede resolver sobre la eficacia del acuerdo de arbitraje como una cuestión preliminar o un laudo sobre el fondo de la controversia.

a la controversia. Por consiguiente, esa parte presenta sus reclamaciones frente a los tribunales judiciales.

Esto suele dar lugar a procedimientos paralelos, es decir, a procedimientos arbitrales y judiciales estrechamente relacionados que tienen lugar al mismo tiempo. El vínculo entre los procedimientos puede ser en función de las partes, el contrato o la relación jurídica, los hechos o las reclamaciones<sup>20</sup>.

Los procedimientos paralelos conllevan serias complicaciones, además del incremento de tiempo y costos, así como el riesgo de decisiones contradictorias<sup>21</sup>. Por esta razón, resulta indispensable la resolución rápida y eficiente de las objeciones al acuerdo de arbitraje, para lo que los tribunales judiciales no han de soslayar la necesidad de evitar el dispendio de recursos en virtud de las tácticas dilatorias de una parte recalcitrante.

## 5. DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE

Como todo acuerdo entre las partes, el acuerdo de arbitraje debe ser honrado. Esto deriva de la naturaleza consensual y del principio general *pacta sunt servanda*<sup>22</sup>.

Si una de las partes se niega a honrar su acuerdo, éste debe hacerse cumplir. Hacer cumplir el acuerdo de arbitraje

significa darle plena validez a la decisión de las partes a favor del arbitraje, conforme a ello:

- El acuerdo de arbitraje debe ser reconocido como el fundamento del procedimiento de arbitraje.
- La decisión de las partes debe ser respetada por los tribunales judiciales, por lo que en caso de que una parte presente ante éstos una reclamación relacionada con una disputa comprendida en el acuerdo de arbitraje, debe hacerse la remisión al arbitraje.
- El laudo que se rinda debe ser reconocido como vinculante para las partes.

Incluso en términos de la legislación que resulte aplicable, ante el incumplimiento del acuerdo de arbitraje la parte afectada tendría derecho a reclamar el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

## 6. FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES JUDICIALES AL HACER CUMPLIR EL ACUERDO DE LAS PARTES

Como se señaló, mediante el acuerdo de arbitraje, las partes se comprometen

<sup>20</sup> En este ensayo sólo se hace referencia a los procedimientos paralelos que tienen lugar al mismo tiempo con respecto a la misma materia entre las partes.

<sup>21</sup> Véase REICHERT, DOUGLAS, D. "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings: The Litispendence Principle and International Arbitration". En: *Arbitration International*. Vol. 8. No. 3, 1992, pp. 237-256.

<sup>22</sup> Véase Case No. 375: Concurring Opinion of JUDGE HOWARD M. HOLTZMAN of 10 March 1988, regarding Award No. 352-375-1.

a resolver sus controversias mediante arbitraje y por tanto, a acatar el laudo que se rinda. Sin embargo, ante la inobservancia de una de las partes, los tribunales judiciales desempeñan la importante función de hacer cumplir el acuerdo de las partes.

### 6.1. Ejecución del acuerdo de arbitraje

Al aplicarse correctamente el régimen legal anteriormente descrito, se reduce la probabilidad de tácticas dilatorias y la existencia de procedimientos paralelos, permitiendo el inicio o la continuación del arbitraje sin mayores contratiempos o complicaciones<sup>23</sup>.

### 6.2. Ejecución del laudo

En laudo es el resultado del procedimiento de solución de controversias acordado por las partes, en él se plasma la solución a la controversia. Las partes quedan obligadas al cumplimiento del mismo, también en virtud del acuerdo de arbitraje.

En un porcentaje importante de los casos las partes cumplen voluntariamente el laudo. De no ser así, la legislación prevé el mecanismo para hacerlo cumplir a través de los tribunales judiciales. Así, conforme al artículo 35 de la Ley Modelo de Arbitraje, un laudo es reconocido

como vinculante y tras la presentación por escrito al tribunal judicial competente.

Al ser reconocido como vinculante, el laudo se presume válido y ejecutable, por lo que la parte que se resiste a su reconocimiento y ejecución, debe probar que se actualizan las causales limitativamente previstas en ley<sup>24</sup>. Asimismo, los tribunales judiciales únicamente están facultados para determinar si se actualiza alguna de dichas causales de no ejecución, estando impedidos para revisar el fondo de la controversia.

## 7. CONCLUSIONES

El acuerdo de arbitraje, como cualquier otro convenio, debe poderse cumplir; de otra manera, sería una mera declaración de intención que, mientras que es moralmente obligatoria, no tiene efecto legal. Un medio esencial para hacer cumplir el acuerdo de arbitraje es el de referir las partes a arbitraje si una controversia cubierta por el acuerdo se presenta ante un tribunal judicial, en el entendido de que la parte interesada lo solicite.

El régimen legal del arbitraje proporciona soluciones adecuadas para evitar procedimientos paralelos, y en estos, el papel de los tribunales judiciales es fundamental.

Al interpretar las disposiciones legales, los tribunales judiciales podrán

<sup>23</sup> Véanse los casos CLOUT 41, 65, 69, 72, 73, 74, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 128, 129, 178, 179, 183, 184, 350, 352, 354, 355, 356, 357, 368, 382, 404, 435, 449, 458, 460, 515, 518, 521, 522, 524, 525, 557, 561, 581, 585, 586, 598, 600, 602, 604, 618, 619, 621, 623, 624, 654, 657, 660, 671, 672, 673, 688, 689, 692, 703, 705, 706, 707, 709, 710, 711, 738, 739, 813, 814, en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>24</sup> Artículos 35 y 36 de la Ley Modelo de Arbitraje.

encontrar útil la *Teoría de los Dos Disparos* de GEROLD HERMANN, conforme a la cual los artículos 8 y 16 deben interpretarse tomando en cuenta los artículos 34.2.a.i) y iii) y 36.2.a.i) y iii) de la Ley Modelo de Arbitraje. De esta manera: (i) los tribunales judiciales deben referir a las partes a arbitraje cuando una reclamación o materia sujeta a un acuerdo de arbitraje se someta a su consideración; (ii) el tribunal arbitral debe ser el primero en decidir sobre la eficacia del acuerdo de arbitraje; y (iii) después de que el tribunal arbitral ha resuelto sobre la eficacia del acuerdo de arbitraje, el juez será el que

resuelva finalmente ya sea en el supuesto del artículo 34.2.a.i) y iii) o 36.2.a.i) y iii) de la Ley Modelo.

Las partes están obligadas al cumplimiento del laudo en virtud del acuerdo de arbitraje, por lo que si la parte vencida se rehúsa a cumplir con él, los tribunales judiciales lo harán cumplir.

Conforme al artículo 36 de la Ley Modelo, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, los tribunales judiciales están impedidos para revisar el fondo de la controversia.



# NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Novación.* 2.1. *Definición.* 2.2. *Tipos de Novación.* 2.2.1. *Diseño: objetiva y subjetiva.* 2.2.2. *Efectos: propia e impropia.* 3. *Autonomía del Acuerdo Arbitral.* 3.1. *Leitmotiv.* 3.2. *Noción.* 3.3. *Trascendencia.* 4. *Novación y Autonomía.* 4.1. *La pregunta.* 4.2. *Precedentes Judiciales.* 4.2.1. *Francia.* 4.2.2. *México.* 4.2.3. *Comentario.* 4.3. *Modelo.* 4.3.1. *Tipo de Novación.* 4.3.2. *Régimen de la Novación.* 4.4. *¿Acuerdo Arbitral como accesorio?* 5. *Comentario Final.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El impacto de la novación de una relación jurídica en el acuerdo arbitral es interesante y controvertido. *Interesante*, pues conjuga principios de leyes especiales. Por un lado, del derecho de las obligaciones. Por otro, uno de los principios más tradicionales del derecho arbitral: la autonomía del acuerdo arbitral. *Controvertido*, pues la confrontación de ambas instituciones genera dudas y propicia diferencias de opinión.

A continuación se adopta una postura sobre el tema. Para ello se recordará el régimen de la novación (§2), el principio de separabilidad del acuerdo arbitral (§3), para luego enfrentarlos, adoptando una postura sobre el resultado (§4).

## 2. NOVACIÓN

### 2.1. Definición

Deseo adoptar la definición de CASTÁN TOBEÑAS<sup>1</sup>: la novación es una forma

(\*) Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Arbitraje Deportivo, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje, London Court of International Arbitration, International Arbitration Institute, Club Español del Arbitraje, y del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

<sup>1</sup> CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de las Obligaciones, La Obligación y el Contrato en General*. Tomo Tercero. Madrid: Ed. Reus, S.A., 1992, p. 483.

de extinción de las obligaciones mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla.

Dos aspectos caracterizan ésta forma de extinguir obligaciones, en comparación con las demás<sup>2</sup>:

1. La *extinción* de una obligación pretérita; y
2. El *nacimiento* de una nueva obligación que la sustituye.

Ambos elementos dependen recíprocamente<sup>3</sup>. Si no existen ambos, simplemente no se está en presencia de novación<sup>4</sup>. Se tratará de otra forma de extinguir obligaciones, por ejemplo remisión. Ello pues la novación tiene una doble función: extingue y crea. Disuelve

la obligación preexistente y da a luz a una nueva. No pueden separarse el efecto extintivo y creador<sup>5</sup>.

En ambos casos, la introducción de un elemento nuevo (*aliquid novi*) es esencial. De lo contrario, no se estará en presencia de una novación. Será un *idem debitum*. Ciertamente, tiene que existir un *animus novandi*<sup>6</sup>, pero si el ánimo existe sin que haya alteración<sup>7</sup>, simplemente no hay novación.

Concluiré el resumen del régimen de la novación con una pregunta: ¿es *cualquier* cambio suficiente? La respuesta es negativa. Tiene que ser *substancial*<sup>8</sup>. ¿Pero qué significa eso? Al regular con adjetivo se invitan diferencias de opinión.

<sup>2</sup> Compensación, confusión, remisión, novación, prescripción.

<sup>3</sup> Algo observable en que la nulidad de la obligación anterior contagia a la nueva obligación, y que la nulidad de la nueva obligación hace revivir la obligación novada. (Artículos 2217 al 2219 del Código Civil Federal.)

<sup>4</sup> MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Cumplimiento, Extinción y Transmisión de las Obligaciones*, Parte segunda, Vol. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 467.

<sup>5</sup> PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés de las Obligaciones*, Tomo Segundo, 1ª edición, México: Editorial Acrópolis, 1998, pp. 592-604.

<sup>6</sup> Artículo 2215 del Código Civil Federal.

<sup>7</sup> Y las alteraciones de *mínimis* o de *quantum* no encierran *animus novandi*. Por ejemplo, si se aumenta o reduce el monto debido, si se altera el plazo o se otorga una prórroga. Nuestra judicatura ha hecho eco de este principio. (Ver por ejemplo, *arrendamiento. La modificación en el momento de la renta no constituye novación del contrato*, Registro No. 818037, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, LXI, p. 60; *arrendamiento. La modificación en el monto de la renta no constituye novación del contrato*, Registro No. 818117, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, LVIII, p. 61; *arrendamiento. El aumento de las rentas no constituye novación del contrato*, Registro No. 818067, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, XXXIV, p. 28; *arrendamiento. La modificación de la renta no entraña novación*, Registro No. 271703, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, XXVIII, p. 84; *novación de contratos de arrendamiento, no existe en los casos de disminución de la renta*, Registro No. 349513, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación CII, p. 1108; *rentas, el aumento de las, no constituye novación del contrato de arrendamiento*, Registro No. 814336, Sexta Época, Tercera Sala, Informe 1960, p. 87).

<sup>8</sup> Artículo 2213 del Código Civil Federal "Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran *substancialmente* substituyendo una obligación nueva a la antigua". (Énfasis agregado.)

Y aunque la jurisprudencia da ciertos lineamientos<sup>9</sup>, son útiles para ejemplificar que no cualquier alteración es suficiente, mas no esclarecen a partir de cuándo un cambio es ‘sustancial’.

Es lo anterior lo que explica que la institución de la novación sea poco utilizada<sup>10</sup>, con frecuencia evadida<sup>11</sup>. Como alerta CASTÁN TOBEÑAS<sup>12</sup> (citando a DÍAZ PAIRÓ)<sup>13</sup>:

“Téngase en cuenta (...) que la relatividad del límite que separa lo principal y lo accidental, da gran inseguridad a toda esta doctrina, y obliga a que se considere, en cada caso, para determinar si existe o no verdadera novación, no sólo la naturaleza de la cláusula modificada, sino también la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación”.

## 2.2. Tipos de Novación

Tomando como base los diferentes regímenes existentes<sup>14</sup>, existen los siguientes tipos de novación:

1. Atendiendo a su diseño: Objetiva y subjetiva
2. Atendiendo a sus efectos: propia e impropia

Estando de acuerdo en el núcleo de lo que es novación, las especies varían<sup>15</sup>. Por ende, las resumiré por separado.

### 2.2.1. Diseño: objetiva y subjetiva

La doctrina<sup>16</sup> identifica dos géneros de novaciones<sup>17</sup>: la objetiva y la subjetiva. En la *objetiva* lo que cambia es el *objeto*. Sea por que cambia la *cosa* o la *causa*<sup>18</sup>,

<sup>9</sup> Aquellos citados en el pie de página 7 anterior.

<sup>10</sup> Aunque en derecho romano era importante por el principio que una obligación existente, conservando su identidad, no podía ser transferida ni a otro acreedor ni a otro deudor, ni alterarse sustancialmente su contenido. Si ello quería lograrse, era necesario crear una nueva obligación, mediante la *stipulatio*. Tal modificación se lograba con la novación. (ENNECERUS, *Tratado de Obligaciones*, vol. I, §75, p. 363.)

<sup>11</sup> En la práctica es frecuente observar pactos expresos indicando que lo acordado no es una novación.

<sup>12</sup> CASTÁN TOBEÑAS. *Op. cit.*; p. 497.

<sup>13</sup> DÍAZ PAIRÓ. *Op. cit.*; p. 118.

<sup>14</sup> La observación es relevante. La institución de la novación recibe diferente tratamiento en diferentes jurisdicciones. Por ende, mucho de lo que a continuación se abordará exige despejar inicialmente la duda sobre en base a qué jurisdicción se está analizando.

<sup>15</sup> Aunque todas las jurisdicciones examinadas contemplan la novación objetiva.

<sup>16</sup> Es importante mencionar que la distinción es doctrinaria, pues, como se detallará más adelante, la ausencia de regulación expresa en nuestro Código Civil Federal podría interpretarse en el sentido que la novación objetiva no ha sido recogida en el mismo. En dicho sentido ver BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 13ª edición. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1991, p. 620. Pero *confere* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 9ª edición. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1993, p. 1104, RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio. *Teoría General de las Obligaciones*. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2005, p. 527, e GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Teoría de las Obligaciones*. 2ª edición. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2003, p. 247.

<sup>17</sup> Aunque algunos hablan de tres: subjetiva, objetiva y mixta, ésta última abarcando tanto una novación objetiva como subjetiva.

<sup>18</sup> Por ejemplo, si en la obligación primigenia se hablaba de depósito y las partes mudan su contenido obligacional a préstamo.

se extingue la obligación antigua. La *subjetiva* cambia los sujetos, deudor<sup>19</sup> o acreedor<sup>20</sup> y <sup>21</sup>.

### 2.2.2. Efectos: propia e impropia

En cuanto a sus efectos, algunos<sup>22</sup> admiten la existencia de dos tipos de novaciones: la novación propia e impropia. Mientras que la primera reúne los requisitos anteriormente explicados, la impropia no. En palabras de DÍAZ PAIRÓ, la impropia consiste en<sup>23</sup>:

La simple modificación del vínculo, que perdura, aunque modificado, con un nuevo contenido.

Puede cuestionarse la aceptación de la novación impropia como una verdadera novación. Y el cuestionamiento no solo tendría mérito, sino que propiciaría un debate deseable para aclarar el régimen de la novación. Sin embargo, en la medida en que hay quien la acepta<sup>24</sup>, merece comentarse.

## 3. AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

### 3.1. *Leitmotiv*

El principio de separabilidad<sup>25</sup> del acuerdo arbitral es uno de los dos principios clásicos del derecho arbitral. Junto con *compétence de la compétence*, constituye uno de sus principios más característicos.

Esto es sabido y comúnmente repetido. Lo que es menos conspicuo es el porqué<sup>26</sup>. La respuesta es doble. Primero, es un principio que da efectos al deseo de las partes de someter su controversia al arbitraje. Segundo, resuelve un problema conceptual y práctico. Explicaré ambos con un ejemplo.

Piénsese en una relación contractual entre *A* y *B* que contiene un acuerdo arbitral y que da origen a una controversia. *A* demanda a *B* por incumplimiento de contrato. *B* esgrime una defensa

<sup>19</sup> Este género contiene dos especies: expromisión y delegación. Mientras que en la *expromissio* un tercero asume espontáneamente la obligación del deudor, en la *delegatio* el deudor presenta a un tercero para que éste asuma la obligación, lo cual es aceptado por el acreedor. La delegación supone aceptación del deudor anterior. La expromisión no.

<sup>20</sup> El acto de cambiar al acreedor también ha sido definido como 'delegación'.

<sup>21</sup> El Código Civil del Perú inclusive las regula por separado: la novación subjetiva por delegación (artículo 1282) y la novación subjetiva por expromisión (artículo 1282).

<sup>22</sup> Por ejemplo, *Chile* (artículo 1631.1 del Código Civil de la República de Chile), *Colombia* (artículo 1690.1 del Código Civil de Colombiano), *España* (artículo 1203(2) del Código Civil Español), *Francia* (artículo 1271.1 del Code Civil Française).

<sup>23</sup> *Teoría*, t. II, número 57, pp. 112 *et seq.*

<sup>24</sup> Además de las jurisdicciones citadas en el pie de página 21 anterior, existe doctrina que también la acepta. Por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, (*Op. cit.*; p. 490).

<sup>25</sup> También conocido como independencia, vida propia y autonomía del acuerdo arbitral.

<sup>26</sup> Lo aquí expuesto toca, mas no agota, los motivos. De desear abundar, puede consultarse GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2004, p. 113 *et seq.*; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje y la Judicatura*. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2007, p. 17 *et seq.*; y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Kompetenz Kompetenz a la mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada* (visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje)).

consistente en la inexistencia del contrato. A refuta argumentando que el contrato es válido. El tribunal arbitral, seguido un proceso arbitral, emite un laudo fallando a favor de *B*: el contrato es inexistente. Como el lector atento seguramente ha notado, se detona un dilema jurídico: si el contrato es inexistente, siguiendo el principio lógico y jurídico de *ex nihilo nil fit*, el laudo –producto del acuerdo arbitral, a su vez parte del contrato– es justamente eso: la nada jurídica. Resultado: todo el ejercicio arbitral se siguió en vano. Únicamente propició desperdicio de recursos.

El dilema no solo era práctico sino filosófico. La respuesta del derecho arbitral: cambiar el cauce del silogismo insertando (por ley) la premisa jurídica que evita la consecuencia indeseada: la vida del acuerdo arbitral no proviene del contrato que lo contiene. Deriva de un análisis singular. Autónomo. En el caso mexicano, proviene del artículo 1423 del Código de Comercio. Si el acuerdo arbitral reúne los requisitos de dicho precepto, se estará en presencia de un acuerdo arbitral válido, al margen de la suerte de la relación jurídica que lo contiene. Nuevo resultado: el tribunal arbitral puede *con efectos* emitir un laudo que sostenga la invalidez (¡inclusive inexistencia!) del Contrato. Ergo, el deseo de las partes de someter al arbitraje es cumplido. Y el ridículo jurídico propiciado por el ejemplo anterior es evitado.

Entendido así, el principio de autonomía del acuerdo arbitral es producto de diestra ingeniería jurídica.

### 3.2. Noción

Entendida la teleología, la regla puede resumirse en lo siguiente: *las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral*. El destino del acuerdo arbitral está dissociado del contrato principal. El análisis de validez del acuerdo arbitral es jurídicamente distinto del análisis de validez de la relación que lo contiene. Ello significa, en el argot del derecho de las obligaciones, que cuando las partes celebran un contrato con un acuerdo arbitral, jurídicamente entablan no *una*, sino *dos*, relaciones jurídicas. Y cada una se cocina aparte.

### 3.3. Trascendencia

Tener en cuenta lo anterior es de importancia para todas las jurisdicciones con derecho arbitral moderno. Aunque he anclado la explicación en derecho arbitral mexicano, la explicación es válida *in genere*. Proviene de, y aplica al, orden jurídico arbitral internacional<sup>27</sup>, que es el derecho arbitral trasnacional que tiene un núcleo, un común denominador, que forma un sistema internacional. Y todas las jurisdicciones arbitrales modernas son parte del mismo.

Entendido ello, la materia de este ensayo enfrenta uno de los principios más caros del derecho arbitral trasnacional con una institución que forma parte de la mayoría de los sistemas de tradición civilista.

<sup>27</sup> Comulgo con Emmanuel Gaillard en la forma de entender el sistema arbitral internacional (GAILLARD, Emmanuel *Aspects Philosophiques du Droit de L'Arbitrage international*, Académie de Droit International de la Haye, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).

## 4. NOVACIÓN Y AUTONOMÍA

### 4.1. La pregunta

*¿Quid iuris* cuando una novación versa sobre una relación jurídica que contiene un acuerdo arbitral? ¿Queda *ex hypothesi* o *a fortiori* extinguida la obligación de arbitrar?

Para responder esta pregunta comenzaré por resumir y comentar lo que han dicho al respecto dos jurisdicciones (§2), para luego proponer un modelo que considero que brinda una mejor solución (§3).

### 4.2. Precedentes Judiciales

Los precedentes judiciales sobre este tema son incipientes, pero interesantes. Vale la pena mencionar un caso francés y otro mexicano.

#### 4.2.1. Francia

En *Cosiac v. Consorts Luchetti*<sup>28</sup> al conocer de la solicitud de nulidad de un laudo arbitral derivado de un acuerdo arbitral contenido en un contrato que se alegaba que había sido novado, la Corte de Apelación aseveró en uno de sus considerandos que:

“Considerando, sin embargo, que la cláusula compromisoria tiene una completa autonomía y que por ende la

transacción o la novación que intervino sobre la convención que contiene la cláusula compromisoria, no puede tener el efecto de privar dicha cláusula de su eficacia;

[Considérant, cependant, que la clause compromissoire possède une complète autonomie et que dès lors, la transaction ou la novation intervenue sur la convention contenant la clause compromissoire ne peut avoir pour effet de priver cette clause de son efficacité;]”

Como resultado, se sostuvo la validez del laudo.

La decisión se recurrió ante la Corte de Casación, la cual rechazó indicando<sup>29</sup>:

“Tomando en cuenta que la corte de apelación ha correctamente determinado que la novación –suponiendo su existencia– no puede tener por efecto privar de eficacia a la cláusula compromisoria insertada dentro del contrato, dichos motivos son suficientes para justificar legalmente la decisión

[Mais attendu que la cour d’appel, a justement estimé que la novation –à la supposer établie– ne peut avoir pour effet de priver d’efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat; que ces motifs suffisent à justifier légalement sa décision]”

Como puede verse, ambos tribunales rechazaron que la novación de un contrato impacte el acuerdo arbitral contenida en el mismo.

<sup>28</sup> Corte de Apelación de París el 4 de marzo de 1986 (4 mars 1986 - Cour d’appel de Paris (1 re Ch. suppl.), *Revue de l’Arbitrage*, (Comité Français de l’Arbitrage, 1987, Vol. 1987 Issue 2) pp. 167-169). Corte de Casación, 10 de mayo de 1988.

<sup>29</sup> Bulletin 1988 I N° 139, p. 96. Cour de cassation, 1re chambre civile, 10 mai 1988, N° 86-13.333.

#### 4.2.2. México

El único precedente judicial mexicano que ha tocado el tema dice<sup>30</sup>:

*“Arbitraje mercantil. Criterios para determinar la ineficacia del acuerdo de. Un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos, ya sea porque las partes no están facultadas y obligadas a someterse al arbitraje, o debido a que es imposible plantear la diferencia ante un tribunal estatal. Así, no podrán generarse los efectos del arbitraje si existe una renuncia de ambas partes al mismo, dado que esa voluntad es prioritaria en la conformación del acuerdo y debe atenderse a ella, como se tiene que respetar en el caso opuesto, esto es, cuando se pacte el convenio arbitral, en atención a que la voluntad de las partes es la base toral de las convenciones mercantiles. Desde luego, esa renuncia deberá constar de manera expresa e indubitable, porque de esa misma forma tiene que obrar el acuerdo arbitral en aras de la certeza y de la constatación del efectivo consentimiento en comprometer, y la exigencia que para ese acuerdo se impone debe también, por identidad de razón, regir en cuanto a la dimisión al compromiso. Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de*

*esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal. De la misma forma, si el plazo en que debía acudirse al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal o aplicarse el previsto legalmente de manera genérica, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones, conforme a los artículos 1135 y 1158 del Código Civil Federal, en relación con los artículos 1038 y 1047 del Código de Comercio. Similar imposibilidad de producción de efectos del pacto arbitral se dará si un tribunal estatal resolvió la controversia sin oposición de las partes, o cuando la sentencia judicial ha causado ejecutoria, dada la firmeza que ello produce y el respeto que debe darse a la cosa juzgada, lo cual impedirá a las partes someter al arbitraje una cuestión ya fallada por un órgano del Estado, quien tampoco podrá hacer la remisión correspondiente. La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial. Los anteriores supuestos relacionados con la falta de capacidad para que el acuerdo de arbitraje surta sus efectos, esto es, con su ineficacia, son enunciativos y no limitativos, ciertamente, pero revelan que el juzgador que se pronuncia sobre esa cuestión debe constreñirse a verificar si existe un motivo que impida que los referidos efectos se produzcan”* (énfasis añadido).

<sup>30</sup> Registro No. 176595, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005, p. 2623. Tesis: 1.3o.C.521 C. Amparo directo 465/2005.

### 4.2.3. Comentario

Los casos se prestan a comentarios y lecciones. Tomémoslos por separado.

#### 4.2.3.1. Caso mexicano

En relación con el caso mexicano, la tesis citada no arroja mucha luz sobre nuestro tema. El motivo es que parte de la premisa que existe una novación *de la cláusula arbitral*. Partiendo de dicha premisa, no hay nada que discutir<sup>31</sup>.

Pero si la novación no es del acuerdo arbitral, sino de la relación que lo contiene, las dudas que motivaron este ensayo subsisten.

#### 4.2.3.2. Caso francés

*Cosiac v. Consorts Luchetti* despierta dudas si se pone bajo la lupa de derecho civil mexicano<sup>32</sup>. Aunque es cierto que el principio de autonomía implica que la suerte del contrato principal no necesariamente impacta el acuerdo arbitral, sostener lisa y llanamente que el acuerdo arbitral sobrevive una novación exige la pregunta: ¿es imposible novar un acuerdo arbitral?

Como seguramente el lector contestará negativamente<sup>33</sup>, la lógica

arroja otra pregunta: ¿Cómo? Es decir, a la luz de *Cosiac v. Consorts Luchetti*, ¿cómo novar de tal manera que abarque el acuerdo arbitral?

Podría contestarse que una novación, para impactar ambas relaciones jurídicas, debe *ex profeso* indicar que abarca el acuerdo arbitral. ¿No será ir demasiado lejos? Aceptando que las partes pueden desear novar ambas relaciones, la novación del acuerdo arbitral procedería, no porque es parte del Contrato, sino porque las partes desearon *en el mismo acto* extinguir ambas obligaciones. En dicho caso, la extinción del pacto arbitral ocurre, no porque ambos están en el mismo contrato, sino de que la novación se confeccionó para asesinar ambas relaciones.

Aún llevando el principio de autonomía al extremo (el acuerdo arbitral está *totalmente* desligado del contrato que lo contiene), si las partes, viendo que su relación contractual contiene un acuerdo arbitral, la novan y, al crear una nueva relación, no reflejan *de novo* su voluntad de quedar vinculados al arbitraje, ¿qué no será suficiente para dar el pacto por extinguido? Después de todo, el nuevo contrato contendrá el alfa y el omega de su relación. De no contener arbitraje, ¿no debe entenderse por simplemente no pactado?

<sup>31</sup> De hecho, podría decirse que la tesis comete el error de la lógica argumentativa en exponer una pregunta de tal manera que la respuesta es obligada. (La rectitud de ésta crítica dependerá de cómo se litigó el asunto, cuestión que admito ignorar.)

<sup>32</sup> La aseveración es importante pues la sentencia alude a que, bajo el derecho aplicable, los comunicados de las partes no podían considerarse como una novación. [En sus palabras: "(...) en vertu de la loi italienne, applicable au fond du litige, et de la (...) jurisprudence la Cour Supreme de cassation d'Italie, l'échange de lettres ... ne pouvait pas être considéré comme une transaction ni une novation (...)"].

<sup>33</sup> Sostener lo contrario sería desnaturalizar al acuerdo arbitral, el cual es un acto jurídico como cualquier otro, que puede ser extinguido *inter alia* mediante una novación.



A estas alturas la postura que probablemente empiece a generarse en la mente del lector es: depende.

Coincido con dicha postura. Para discernir, a continuación propongo un modelo.

### 4.3. Modelo

Deseo postular que el análisis de la suerte del acuerdo arbitral ante una novación sea menos mecánico y más sofisticado: que se aquilate la voluntad de las partes *in casu*. Cuando un tema puede variar atendiendo a factores diversos, una regla mecánica y genérica puede generar más problemas de los que resuelve.

Propongo que la respuesta a la pregunta que motiva este ensayo es mejor lograda si se analizan dos variables: (1) al tipo de novación; y (2) el alcance de la novación. A continuación explico cada una por separado.

#### 4.3.1. Tipo de Novación

Como se explicó, en cuanto a su *diseño*, existen dos géneros de novaciones: la objetiva y la subjetiva. En cuanto a sus *efectos*, también existen dos tipos de novación: la propia y la impropia. La vigencia del pacto de arbitrar dependerá del tipo de novación.

##### 4.3.1.1. Diseño

El diseño de la novación que las partes hayan realizado será decisorio.

Recuérdese que, antes que nada, la novación es una convención.<sup>34</sup> Por ende, lo expresamente acordado contendrá el principio y el fin de éste análisis.

##### 4.3.1.1.1. Novación objetiva

Si las partes cambian la cosa o tipo de obligación adquirida, existe novación de la obligación. Si el régimen de la obligación fresca no contiene acuerdo arbitral, no existirá obligación de arbitrar disputas.

Ello no quiere decir que una novación objetiva siempre conlleve una extinción del pacto arbitral. Quiere decir que la respuesta la dará el régimen en vigor post-novación.

Piénsese por ejemplo en un Contrato de Depósito por \$1,000 entre *A* y *B* que contiene un acuerdo arbitral. Tiempo después tachan la palabra “Depósito” del título del documento para testar en su lugar “Préstamo”. Existe una novación pues cambió la causa. Sin embargo, el régimen está contenido en el (ahora) Contrato de Préstamo (otrora Depósito), el cual contiene un acuerdo arbitral.

Pero ello no quiere decir que la novación objetiva nunca extinga la obligación a arbitrar. Piénsese en el mismo ejemplo, pero con la siguiente variante: *A* (el depositante) le dice a *B* (depositario) que el dinero que *B* posee de *A* lo puede usar para *X* propósito. Se lo presta a cambio de un interés anual del 10%. Proceden a romper el Contrato de Depósito y plasmar su nuevo acuerdo de voluntades en un

<sup>34</sup> Artículo 2214 del Código Civil Federal es contundente: “La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas (...)”.

pedazo de papel que tienen a la mano, sin incluir pacto adicional alguno. Sólo su rúbrica.

En el ejemplo, operó una novación objetiva, tanto del contrato principal como del acuerdo arbitral.

Moraleja: no puede establecerse una regla mecánica sobre la novación objetiva. Tiene que analizarse caso por caso. Y la prueba de ácido será la voluntad de las partes.

#### 4.3.1.1.2. Novación subjetiva

Si las partes cambian a la persona que es parte de la relación jurídica, el resultado del cuestionamiento del estatus del acuerdo arbitral es totalmente dependiente de cómo lo hayan hecho. Me explico<sup>35</sup>.

#### 4.3.1.1.2.1. Cambio de acreedor

El cambio del acreedor genera dudas. El motivo es que nuestro Código Civil no lo regula *ex profeso*. Ante ello, surge la duda de la suerte que debe seguir. Por ejemplo, si el nuevo acreedor se pone en los zapatos del anterior, tal parece que sí continuará el deber de arbitrar. Sin embargo, el lector conocedor de obligaciones seguramente matizaría que ello no es una verdadera *novación*, sino una *subrogación* o una cesión de crédito. Es decir, no se está en presencia de una forma de *extinguir*—sino *transmitir*— obligaciones. Ante ello, el régimen de novación sería inaplicable.

Tendría que estar de acuerdo con la caracterización, aunque me pregunto si agota la incógnita, pues la novación subjetiva por cambio del acreedor *existe*<sup>36 y 37</sup>. Luego entonces, la contestación en el sentido que no debe

<sup>35</sup> Todos los ejemplos que siguen parten de la premisa que la relación pretérita contenía un acuerdo arbitral.

<sup>36</sup> Ejemplos de los países que la contemplan son *Chile* (artículos 1631.3, 1635 y 1643 del Código Civil de la República de Chile), *Argentina* (artículos 814, 815 y 817 del Código Civil de la República de Argentina), *Colombia* (artículos 1690.3, 1694 y 1702 del Código Civil de Colombiano), *España* (artículos 1203(i), 1205 y 1211 del Código Civil Español), *Francia* (artículos 1271.2, 1274 y 1275 del Code Civil Française), *Italia* (artículo 1235 del Codice Civile Italiano), *Louisiana* (artículo 1882 del Louisiana Civil Code), *Perú* (artículo 1280 del Código Civil del Perú). En éste último caso, el título mismo del artículo citado alude a la 'novación subjetiva activa'.

<sup>37</sup> La aseveración debe invitar diferencias de opinión, tanto generales como especiales (en México). Con respecto a las *generales*, existen elementos para pensar que la delegación de acreedor es mejor caracterizada como una forma de *transmitir*—no *extinguir*— obligaciones. Con respecto a las *especiales*, el caso del Código Civil Federal mexicano no lo regula. La omisión podría defenderse de varias maneras. Por ejemplo, dado que el Código Civil de 1884 sí lo contenía (art. 1607), el cambio legislativo podría entenderse como la adopción de la teoría alemana: sólo existe la novación objetiva. Pero también podría defenderse que la novación subjetiva está implícita en el *aliquid novi* y el artículo 2213 del Código Civil Federal. Finalmente, existe doctrina que respalda ambas posturas. Mientras la primera podría encontrar apoyo en BORJA SORIANO (*Op. cit.*; p. 620), la segunda podría fundarse en GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ (*Op. cit.*; p. 1104), RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA (*Op. cit.*; p. 527), aunque al hablar del cambio de acreedor y deudor, refieren al lector al capítulo de transmisión de las obligaciones, (id., p. 530). Para una postura que parece ecléctica, ver GALINDO GARFIAS (*Op. cit.*; p. 247).

confundirse con cesión o subrogación<sup>38</sup> no satisface la duda<sup>39</sup>. Lo que es más, distrae. Regresemos a la pregunta: partiendo de la premisa que existe *animus novandi* –despejando así la fuente de confusión– ¿qué sucede si las partes cambian al acreedor?

Partiendo de la premisa que el único cambio es subjetivo, y que el contenido obligacional queda intacto, propondría que la obligación a arbitrar queda incólume<sup>40</sup>. Estará contenida en la nueva relación.

La postura adoptada debe generar dudas. Después de todo, dado que la novación extingue la obligación anterior, ¿con fundamento en qué aseverar que un pacto pretérito continúa en la nueva relación?

Mi respuesta: al hablar de novación *subjetiva*, parto de la premisa que lo *único* que cambió es la *persona*, no el *contenido*, de la obligación. Si cambia el contenido, entonces ya no sería subjetiva, sino objetiva (o mixta).

Y si se acepta que lo único que cambió fue la persona (acreedor en este caso) quiere decir que el resto se mantuvo intacto. Es decir, el contenido

de la obligación es el mismo - incluyendo acuerdo arbitral.

#### 4.3.1.1.2.2. Cambio de deudor

El cambio de deudor también genera dudas. Si resulta de una expromisión o delegación mediante la cual el nuevo deudor asume la obligación tal como está<sup>41</sup>, ¿por qué no habría de persistir el deber de arbitrar? Podría contestarse que la novación implica *ex hypothesi* una nueva obligación. Estaría de acuerdo en la premisa, pero tengo dudas sobre la conclusión. Si estamos hablando de una novación *subjetiva* donde no se cambia el contenido obligacional, y el mismo incluye una cláusula arbitral, ¿porqué no continuaría existiendo dicho pacto?

Como puede observarse, la novación subjetiva genera dudas. Pero las dudas no provienen de su confrontación con el acuerdo arbitral. Son endémicas a la figura: la novación subjetiva. De hecho la ejemplifican los motivos detrás de la corriente de opinión que defiende que la única verdadera novación es la objetiva.

Pero mientras se acepte la figura de la novación subjetiva, tendrá que adoptarse una postura sobre sus consecuencias con

<sup>38</sup> Además de que la subrogación está ligada a pago. Por ende, si en el caso particular no existe pago por un tercero ajeno a la obligación a ser transmitida, simplemente no estamos en presencia de subrogación.

<sup>39</sup> Es fácil confundir ambas instituciones pues como resultado de ambas cambia el acreedor. Sin embargo, existen diferencias. Por ejemplo, mientras que la cesión no extingue obligación alguna, la novación sí. La cesión no exige autorización del deudor; la novación sí. Y finalmente una consecuencia importante: mientras que en la cesión pueden oponerse al nuevo acreedor las excepciones relacionadas con la relación anterior, en la novación no.

<sup>40</sup> Admito que tendrían que analizarse las circunstancias del caso, siguiendo el análisis contenido en la sección IV.C.2 de este ensayo.

<sup>41</sup> Suponiendo que el acto mediante el cual el nuevo deudor asume la obligación sea por escrito y firmado (para cumplir con el artículo 1423 del Código de Comercio).

respecto a nuestro tema. La mía es la descrita en estas líneas.

#### 4.3.1.2. Efectos

Si se trata de una *novación propia*, también conocida como *novación extintiva*, la respuesta dependerá del nuevo régimen de la novación. Si se trata de una *novación impropia*, también conocida como *novación modificativa*, la respuesta será dependiente del alcance de la modificación. Si la parte no modificada de la obligación pretérita incluye al acuerdo arbitral, éste ligará a los nuevos acreedor y deudor.

Dado que ambos casos exigen un análisis casuista, dependerán del régimen adoptado por las partes post-novación.

#### 4.3.2. Régimen de la Novación

La nueva obligación nace con sus caracteres propios<sup>42</sup>, conforme las partes lo han querido<sup>43</sup>. Por ende, cualquier discusión sobre el contenido de la nueva relación jurídica empieza y termina con su texto expreso (suponiendo que haya sido regulado por las partes).

Si las partes desean acarrear estipulaciones de la obligación pretérita

a la nueva, el mecanismo para hacerlo es la reserva<sup>44</sup>. Es decir, tienen que pactarlo. De lo contrario, la relación nueva será fresca. Carecerá de cualquier pacto no expresamente estipulado –incluyendo el arbitral<sup>45</sup>. De hecho, de dicho principio toma su nombre la novación: *de nuevo*— como lo refleja el aforismo jurídico *novatio enim a novo nomen accipit*.

Dado lo anterior, y el principio que las obligaciones accesorias quedan extintas<sup>46</sup>, una pregunta obligada es si el acuerdo arbitral debe entenderse como una obligación ‘accesoria’.

#### 4.4. ¿Acuerdo Arbitral como accesorio?

Si bien es cierto que, desde el punto de vista comercial, las partes pueden considerar a la obligación de arbitrar controversias como una secundaria o accesoria al objetivo que los llevó a contratar, debe tenerse en cuenta que *la accesoriidad económica no necesariamente implica su accesoriidad jurídica*. El motivo: el principio de autonomía. Como se recordará<sup>47</sup>, gracias a éste principio, no existe una, sino dos, relaciones jurídicas que nacen de

<sup>42</sup> De hecho, este es el origen filosófico de la institución. Si algo cambia tan radicalmente (‘sustancialmente’, para usar el término de nuestro derecho escrito) que su esencia ya no es la misma, se trata de otra cosa. Se ha convertido en algo distinto. En una nueva obligación. En cambio, si se modifican aspectos accidentales, se está en presencia de lo mismo— aunque con diferencias secundarias.

<sup>43</sup> PLANIOL y RIPERT. *Op. cit.*, pp. 592-604.

<sup>44</sup> Artículo 2220 del Código Civil Federal.

<sup>45</sup> Ello es consistente con el principio que, en ausencia de reserva de garantías, la novación las desaparece. Si no se reservan, la nueva obligación será quirografaria.

<sup>46</sup> Artículo 2220 del Código Civil Federal.

<sup>47</sup> Y se explicó en la sección III de este estudio.

la celebración de un contrato con un acuerdo arbitral. Por ende, jerarquizar mecánicamente una sobre la otra es inexacto. Son dos. Punto.

Ante ello, aunque discutible en lo técnico, considero más adecuado no concebir al acuerdo arbitral como una obligación ‘accesoria’ para efectos del artículo 2220 del Código Civil Federal.

## 5. COMENTARIO FINAL

El acuerdo arbitral es un acto jurídico como cualquier otro. Y dicho pacto puede novarse, como cualquier otro. Pero la forma de hacerlo y sus consecuencias jurídicas no son evidentes. El motivo: el (ambiguo) régimen de la novación aunado al (importante) principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

Ante ello, lejos de mecánicamente suponer que la novación implica la extinción del acuerdo arbitral, propongo que:

1. No se presume que, *per se*, la novación extingue el acuerdo arbitral;
2. La determinación de la existencia de la obligación de arbitrar siga un análisis casuista de la voluntad de las partes *ex post* novación. Del contenido obligacional de la nueva relación;
3. La novación subjetiva conlleve una presunción *iuris tantum* que sigue vigente el pacto arbitral; y
4. No se tilde de ‘accesorio’ al acuerdo arbitral.

De seguirse los lineamientos anteriores, el resultado será más sofisticado y fiel a la verdadera intención de las partes.



# LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO

LUIS ENRIQUE GRAHAM TAPIA (\*)

**SUMARIO:** 1. Comentario inicial. 2. Una mirada a la formalidad en el acuerdo de arbitraje. 3. La caída paulatina de las formas en el acuerdo de arbitraje. 4. La modificación a la Ley Modelo y la Recomendación de las Naciones Unidas en relación con la Convención de Nueva York. 5. La evolución en la interpretación de la forma escrita en el marco de la Convención de Nueva York. 5.1. Criterios de interpretación restrictiva del artículo II.2 de la Convención de Nueva York. 5.2. Criterios de interpretación evolutiva del artículo II.2 de la Convención de Nueva York. 6. El acuerdo de arbitraje y su efecto vinculatorio. 7. La autonomía de la cláusula arbitral y el principio “competencia de la competencia” (“Kompetenz / Kompetenz”). 8. La redacción de la cláusula arbitral. 9. Cláusulas arbitrales defectuosas. 9.1. Cambios efectuados por las partes a un reglamento de arbitraje. 9.2. Referencia inexacta a un reglamento o institución administradora. 9.3. Cláusula no vinculatoria. 9.4. Imprecisión en la delimitación de la controversia materia del arbitraje. 9.5. Exceso de reglamentación Ad-Hoc para el futuro procedimiento. 9.6. Defectos en la conformación del tribunal arbitral. 9.7. No arbitrabilidad de la materia. 10. Disyuntivas ante cláusulas arbitrales defectuosas.

## 1. COMENTARIO INICIAL

Puede decirse que el acuerdo de arbitraje se ve afectado por varios sistemas jurídicos. Así, el análisis podría comprender el enfoque de la ley vigente en los siguientes lugares: el de celebración del acuerdo, el de ejecución de una medida

cautelar, el de la sede del procedimiento (en el cual se demandaría la nulidad del laudo) y, por supuesto, el de aquél en el que se demandará la ejecución del laudo. Sin embargo, la regulación del acuerdo de arbitraje tiene un tratamiento cada vez más uniforme en los diferentes sistemas jurídicos nacionales. A este hecho hay

---

(\*) Socio de la firma Chadbourne & Parke, LLP, Directivo (“Officer”) del Consejo de Usuarios para América de Norte de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA), Integrante del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y Expresidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

que agregar que el marco internacional contiene dos importantes conjuntos normativos que contribuyen a ese plano uniforme: la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de Uncitral<sup>1</sup>.

Por esas razones, entre otras, este trabajo presenta reflexiones en torno al acuerdo de arbitraje, que sean útiles para analizar las precauciones y problemas que se presentan en este rubro, con independencia (y salvedad) del sistema jurídico nacional que resulte aplicable. La Convención de Nueva York y la Ley Modelo de Uncitral son ejes fundamentales de este análisis.

## 2. UNA MIRADA A LA FORMALIDAD EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE

El requisito que ha estado presente en varias normas, como elemento de eficacia del acuerdo de arbitraje, ha sido la constancia escrita del mismo. Pero la constancia escrita debe analizarse en el contexto de una evolución de las formas de hacer comercio, y no en un vacío academicista.

El derecho comercial sigue al comercio, y no a la inversa. Las formas del comercio siempre han buscado la rapidez y la facilidad para lograr sus fines. Así, cada vez hay más prácticas comerciales alejadas de las formas.

Desde luego, no debe confundirse la flexibilidad con la imprudencia. Muchos negocios mercantiles son eficaces sin el requisito de forma alguna, sin embargo, se les da forma escrita como acto de prudencia cuando no hay obstáculo práctico para darle tal formalidad. Sin embargo, hay prácticas comerciales que se ejecutan sin constancia escrita alguna, y no por falta de diligencia del comerciante o sus asesores, sino porque la disyuntiva sería la siguiente: darle la forma escrita al negocio o realizar el negocio.

Uno de los ejemplos más prácticos para demostrar la necesidad de llevar la evolución del acuerdo de arbitraje al plano alejado de las formas de los negocios mercantiles es el del contrato de salvamento de buques. En muchos casos, no sería razonable que el salvamento se contratara por escrito. Ante esta circunstancia, lo paradójico es que, en el caso de un régimen que exigiera la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, el negocio principal y la operación de salvamento sería eficaz, pero el acuerdo para dirimir alguna diferencia, por la vía del arbitraje, sería ineficaz.

Una buena reglamentación del derecho comercial debe aspirar a brindar certeza al tráfico mercantil, pero no a costa de volver ineficiente el tráfico mismo.

Y esta misma afirmación cabe para la interpretación del derecho comercial y el

<sup>1</sup> La expresión Convención o Convención de Nueva York significa Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (adoptada en la ciudad de Nueva York, el 10 de junio de 1958). La expresión Ley Modelo significa Ley Modelo de la Uncitral Sobre Arbitraje Comercial Internacional (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985 y enmendada mediante aprobación de dicha Asamblea el 4 de diciembre de 2006).



marco del arbitraje como elemento de éste. Es en ese contexto que los requisitos del acuerdo de arbitraje deben reglamentarse e interpretarse.

### 3. LA CAÍDA PAULATINA DE LAS FORMAS EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE

La Convención de Nueva York no fue una imposición de formalidades, sino un importante paso hacia la liberalización de las formas. La tendencia “liberalizadora” que está implícita en la Convención de Nueva York se demuestra con lo siguiente:

Antes de la Convención de Nueva York había muchos sistemas normativos que establecían requisitos muy complicados para asegurar la eficacia del acuerdo de arbitraje. En esa línea estaban las firmas ante funcionarios públicos, la aprobación o registro por parte de entidades públicas. Por esa razón, para entender la intención legislativa de la redacción de la Convención es necesario no sólo poner atención en lo que ésta dice, sino también en lo que ésta no dice. Los artículos II.1 y II.2 de la Convención establecen la forma escrita para el acuerdo de arbitraje<sup>2</sup>. La

Convención sólo indicó que el acuerdo debía constar “*por escrito*”, pero, además, integró fórmulas de equivalencia a la forma escrita, por ejemplo, la constancia en “*un canje de cartas o telegramas*”. Eso es lo que permite afirmar que la Convención no impuso formas, sino que eliminó muchas formas.

La tendencia dentro de la evolución del arbitraje ha apuntado a dar cabida a medios “novedosos” de comunicación para cumplir la exigencia de forma. Por ello, en la medida que se han ido adoptando instrumentos posteriores de regulación del arbitraje, se han ido reconociendo a tales mecanismos novedosos, como equivalentes de la fórmula tradicional escrita.

En este orden de ideas, en una Convención Internacional posterior (si bien regional), la Convención de Panamá<sup>3</sup>, se incorporo como equivalente, de la fórmula escrita, a las “comunicaciones por télex”<sup>4</sup>.

Como instrumento más elaborado y reciente, y de amplia aceptación internacional, está la Ley Modelo de Uncitral. La Ley Modelo, en su primer texto, consideró un catálogo muy amplio de

<sup>2</sup> En el artículo II.1 de la Convención de Nueva York, establece;

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el *acuerdo por escrito* conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje (...)”.

Y, el artículo II. 2 dispone fórmulas para tener por satisfecha la fórmula escrita;

“La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un *canje de cartas o telegramas*” (artículo II. 2).

<sup>3</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en la ciudad de Panamá, en el año de 1975 (publicada en el Diario Oficial el 27 de abril de 1978).

<sup>4</sup> El artículo 2 de la Convención de Panamá, dispone “El acuerdo respectivo [de arbitraje] constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

equivalentes; el que disponía lo siguiente (artículo 7.2):

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un *intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. (Cursiva agregada).

Así, la Ley Modelo introdujo un mecanismo novedoso para hacer constar el acuerdo, al reconocer la posibilidad de que éste se exprese por “medio de la telecomunicación”. Esto es acorde con la dinámica de las actividades comerciales, que históricamente han demostrado ser creadoras-receptoras de innovaciones tecnológicas. Con este supuesto, la agilidad de las comunicaciones en los negocios se extendió para la formación de acuerdos de arbitraje. Sería poco afortunado, que los contratos se pudieran perfeccionar con estas facilidades, pero que el perfeccionamiento del acuerdo arbitral no recibiera dicho beneficio. Para entender la mecánica de un acuerdo arbitral que se otorgue por “medio de la telecomunicación

en donde se dejen constancia del acuerdo”, son útiles los conceptos siguientes en materia de: “*mensaje de datos*” y de “*intercambio electrónico de datos (EDI's)*”, confeccionados por la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico<sup>5</sup>;

“a” Por “*mensaje de datos*” se entenderá la información consignada, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax. (Subrayado agregado).

“b” Por “*intercambio electrónico de datos*” (EDI) se entenderá la transmisión electrónica de información de una terminal informática a otra, de estructurarse la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto. (Cursiva agregada).

Y para confirmar la eficacia de la celebración de actos jurídicos bajo esta modalidad, en la misma Ley Modelo (sobre Comercio Electrónico) se apunta:

“Artículo 5. *Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.*

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 6. *Escrito.*

1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”.

<sup>5</sup> Artículo 2 incisos “a” y “b” de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (incluida en el informe presentado por la UNCITRAL, en la ciudad de Nueva York, en el 29º período de sesiones, del 28 de mayo al 14 de junio de 1996).

#### 4. LA MODIFICACIÓN A LA LEY MODELO Y LA RECOMENDACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN CON LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Uncitral decidió avanzar respecto del requisito de forma dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley Modelo. El sentimiento entre los delegados de dicho organismo y la Secretaría del mismo, apuntaba hacia la conveniencia de adecuar el marco de eficacia del acuerdo a la diversas formas de hacer comercio que tenían un régimen liberal de forma (y para las cuales el artículo 7 no brindaba eficacia).

Un importante documento del Grupo de Trabajo sobre el Arbitraje de Uncitral reflejaba ejemplos de operaciones mercantiles cuyos acuerdos de arbitraje no se encontraban protegidos por la fórmula de la constancia escrita. Teniendo en cuenta el documento aquí los siguientes ejemplos<sup>6</sup>:

“(a) Una de las partes formula el contrato, el que contiene una cláusula de arbitraje y envía las condiciones por escrito a la otra parte, que cumple su cometido conforme al contrato sin contestar ni realizar ningún otro “canje” por escrito en relación con las condiciones del contrato;

(b) Se formula un contrato en el que se figura una cláusula de arbitraje partiendo de un texto propuesto por una de las partes, en donde la otra parte no acepta de forma explícita por escrito,

pero al cual se refiere por escrito ulteriormente en correspondencia, es decir una factura o una carta de crédito mencionando, por ejemplo, la fecha o el número del contrato;

(c) Se concierta un contrato a través de un intermediario el cual redacta el texto que testimonia lo acordado por las partes, incluida la cláusula de arbitraje, sin que exista ninguna comunicación escrita directa entre las partes;

(d) En un acuerdo verbal se hace referencia a un conjunto de condiciones escritas, que pueden existir como modelo, en las que se incluye un acuerdo de arbitraje;

(e) Conocimientos de embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente;

(f) Una serie de contratos concertados entre las mismas partes en el transcurso de negocios, en la que los contratos anteriores incluían acuerdos de arbitraje válidos pero no existe un escrito firmado que sirva de prueba para el contrato en cuestión ni ha habido un intercambio de documentos por escrito relativos al mismo;

(g) El contrato original contiene una cláusula de arbitraje concluida de manera válida, pero no figura cláusula de arbitraje alguna en un anexo del contrato, una prórroga de éste, un contrato de novación o un acuerdo de arreglo relativo al contrato (dicho contrato “ulterior” puede haberse concluido verbalmente o por escrito);

(h) Un conocimiento de embarque en el que figure una cláusula de arbitraje que no haya sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior;

(i) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje

<sup>6</sup> Documento del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, de Uncitral, presentado en el 32º período de sesiones, en Viena, del 20 al 31 de marzo de 2000 (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1). La expresión Uncitral (Cnudmi) significa Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

previstos en contratos que conceden beneficios a terceros o en los que figuran estipulaciones en favor de terceros;

(j) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje tras la cesión o la novación del contrato subyacente a un tercero;

(k) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que el tercero ejerce los derechos en que se ha subrogado;

(l) Derechos y obligaciones con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que los intereses previstos en los contratos son reivindicados por sucesores de las partes, tras la fusión o la separación de sociedades, de forma que la entidad social ya no es la misma;

(m) Supuestos en los que un demandante trata de iniciar un procedimiento arbitral contra una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje, o en los que una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje trata de recurrir a él para iniciar un procedimiento de arbitraje, por ejemplo, basándose en la teoría del grupo de empresas”.

Los trabajos de Uncitral, a partir de 2000 y hasta 2006, partieron de una premisa clara; no convenía continuar con un doble régimen de eficacia (uno para el contrato sustantivo y otro para el acuerdo de arbitraje relativo al mismo). El objetivo

fue uno y recibió relativo consenso desde el principio; cómo apartarse del requisito de forma escrita. El debate no fue sobre la conveniencia de apartarse de la forma escrita, sino sobre cómo apartarse de la forma escrita.

Había preocupación en torno a la posibilidad de que la eliminación del requisito escrito pudiera crear obstáculos al régimen de aplicación de la Convención de Nueva York (puesto que ésta establece un sistema de eficacia sobre la base de la fórmula escrita).

El debate fue de gran calidad. Los documentos de trabajo dejaron constancia de ello. En estas líneas me limito a brindar muy breves comentarios sobre las dos fórmulas (alternativas) que se adoptaron en la enmienda a la Ley Modelo (en 2006).

La denominada Opción I incorpora el anterior texto del artículo 7 y lo amplía para incorporar un equivalente a la fórmula por escrito, al disponer que “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 7.3)<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> *Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje*

*(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)*

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

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

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

La Opción II llega al mismo resultado pero con una fórmula directa y “silenciosa”. En vez de establecer una serie de equivalentes a la constancia escrita, incluyendo en esos equivalentes el acuerdo concertado verbalmente, la Opción II guarda silencio sobre requisitos de forma del acuerdo; en pocas palabras, eliminó la referencia a la forma escrita. La Opción II es la primera oración del artículo 7.1<sup>8</sup>.

Como corresponde a la adopción de una ley modelo dentro del ámbito de la legislación de un Estado nacional, se espera que éste la incorpore a su orden jurídico sin cambios; con la peculiaridad de que en este caso el Estado podrá elegir una de las dos opciones que aprobó Uncitral.

A la par que el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de Uncitral emprendió la discusión de la enmienda de la Ley Modelo,

también se enfocó a un debate sobre el contenido de la Convención de Nueva York, en lo concerniente, también, a la forma escrita (artículo II, párrafos 1 y 2).

Después de intensos debates, Uncitral decidió que el mejor camino para atenuar el requisito previsto en el artículo II, párrafos 1 y 2 de la Convención, era dictar una declaración interpretativa, que tomó el título de “Recomendación”. Ésta se inspiró, entre otros hechos, en que “se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia”, y en que “al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales”<sup>9</sup>.

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

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

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

<sup>8</sup> *Opción II*

*Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje*

*(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)*

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

<sup>9</sup> Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones.

La Recomendación de Uncitral, en relación con la aplicación de la Convención de Nueva York, se resume através<sup>10</sup>:

(a). *que la aplicación del artículo II.2 se realice sobre la base de que las fórmulas ahí contenidas, para satisfacer el requisito de la forma escrita, no son exhaustivas, y*

(b). *que se aplique el artículo VII.1, que contiene un principio de norma más favorable, para que un acuerdo de arbitraje sea eficaz.*

## 5. LA EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA FORMA ESCRITA EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Los tribunales jurisdiccionales han dictado criterios muy variados en relación con la interpretación del requisito de la forma escrita que dispone la Convención de Nueva York. No es posible hacer

una clasificación precisa de criterios y tendencias para cada sistema jurídico nacional. Sin embargo, en lo general, sí se aprecia una tendencia a dar una interpretación evolutiva al artículo II.2.

Como ejemplos de criterios muy variados que han seguido los tribunales jurisdiccionales se describen los siguientes<sup>11</sup>:

### 5.1. Criterios de Interpretación restrictiva del artículo II.2 de la Convención de Nueva York

Un tribunal de apelación de Halogaland<sup>12</sup> negó la eficacia a un acuerdo de arbitraje contenido en un correo electrónico, porque ello no cumplía con el requisito de que el acuerdo se incluya en un documento original o en una copia certificada, como lo dispone el artículo IV.1."b" de la Convención<sup>13</sup> para conceder la ejecución de un laudo. Éste es un caso

<sup>10</sup> La Recomendación de Uncitral es la siguiente;

"Considerando que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales,

1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;

2. Recomienda que el párrafo 1) artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje".

<sup>11</sup> La reseña de los casos que se comentan en este trabajo es sólo un breve muestrario, que busca presentar evidencia de las muy variadas formas de aplicar el requisito de la forma escrita que dispone la Convención de Nueva York.

<sup>12</sup> *Contratista (Noruega) v. propietario del navío (Rusia)*, (Corte de apelación de Halogaland, 16 de agosto de 1999). van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*, 2002, Vol. XXVII, pp. 519-523.

<sup>13</sup> Artículo IV (Convención de Nueva York):

"1) Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

claro de aplicación de la Convención bajo un criterio limitativo, en el que se hace un lado cualquier circunstancia relativa a la intención del redactor de la misma y a las prácticas del comercio, que inspiraron al redactor y que debieran inspirar al que la aplica.

La Suprema Corte de Italia<sup>14</sup> determinó que no era suficiente que un conocimiento de embarque remitiera a un contrato que a su vez incluyera una cláusula de arbitraje, para considerar satisfecho el requisito de eficacia de un acuerdo de arbitraje. La Suprema Corte determinó que era necesario que hubiera una referencia expresa al acuerdo de arbitraje, para que hubiese certeza de que las partes tenían la intención de someter sus diferencias a un arbitraje. Esta decisión es muy descriptiva de un criterio que parece superado (salvo el que aparece en decisiones como la que se comenta) en la tendencia de las decisiones jurisdiccionales y de la elaboración de las leyes de arbitraje. La tendencia apunta a considerar al arbitraje cada vez menos como una fórmula de excepción en la solución de disputas mercantiles. Su uso generalizado confirma que es una fórmula natural de solución de controversias en el comercio. Este pensamiento nace de un hecho innegable; El mecanismo original de solución de controversias mercantiles fue el arbitraje, no los litigios ante los

tribunales estatales. Además, no puede escapar el hecho de que el arbitraje no arroja “peligros” en sí, como para impedir que la remisión a un documento que contenga un acuerdo de arbitraje produzca la eficacia de dicho acuerdo. La remisión a un documento es una fórmula general para asegurar la eficacia de las estipulaciones introducidas por vía de remisión. Por ello, no hay razón para crear una excepción frente a una remisión a un documento que contenga un acuerdo de arbitraje.

En sentido similar al anterior, en otra decisión, también de la Suprema Corte italiana<sup>15</sup>, se resolvió que la aceptación de una oferta es insuficiente (respecto de la eficacia del acuerdo de arbitraje) si la aceptación no indica una referencia expresa a la cláusula de arbitraje. Este tipo de interpretación es claramente restrictiva en relación con la aplicación del artículo II.2.

## 5.2 Criterios de Interpretación evolutiva del artículo II.2 de la Convención de Nueva York

También hay criterios que los tribunales jurisdiccionales han dictado partiendo de una lectura evolutiva, en cuanto a la teleología de la norma y en cuanto al rol que le corresponde al Derecho frente al comercio. El jurista debe

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”.

<sup>14</sup> *Granitalia v. Agencia Marítima Sorrentini*, (Suprema Corte Italiana, 22 de diciembre de 2000). VAN DEN BERG, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVII, 2002, pp. 506-509.

<sup>15</sup> *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GMBH, (Alemania) v. Bristol Myers Squibb, (Italia)* (Suprema Corte Italiana, 10 de marzo de 200). VAN DEN BERG, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXVI, 2001, pp. 816-822.

entender el marco temporal que motivó la creación de esa norma y la evolución que las circunstancias van registrando en las prácticas comerciales que dicha norma regula. Las decisiones judiciales que se comentan a continuación son una breve muestra de esa actitud positiva del Derecho frente al comercio.

Si un documento refleja la voluntad de las partes de convenir un acuerdo de arbitraje, éste es eficaz aunque el documento no estuviere firmado. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Italiana<sup>16</sup> y la corte de apelación del Reino Unido<sup>17</sup>. En ambos casos, los documentos sólo estaban firmados por una de las partes. En estas decisiones, la convicción de los tribunales jurisdiccionales se apoyó no sólo en “una de las firmas” (pues sólo había una firma), sino también en elementos adicionales que permitían demostrar la existencia del acuerdo de arbitraje. Este criterio de aplicación del requisito de eficacia del acuerdo de arbitraje ilustra un ingrediente importante. Ese ingrediente es los principios generales de valoración de prueba. Con base en dicho principio, la exclusión de medios de prueba sólo opera cuando hay disposición expresa en la ley. A falta de tal exclusión, el juzgador debe valorar todas las circunstancias (pruebas) que se le han presentado para

tener convicción de los hechos que ocurrieron. Este principio, universalmente aceptado, también se aplica a la prueba de la existencia de un acuerdo de arbitraje

En una resolución, dictada por la Corte de Apelación de Hertogenbosh<sup>18</sup>, se dispuso que la cláusula arbitral incluida en un apéndice de un contrato es eficaz y que no se trataba de un hecho del cual los contratantes no tuvieran oportunidad de estar plenamente informados. Una de las partes alegó que el acuerdo de arbitraje no era eficaz porque, al haberse incluido él mismo en un apéndice del contrato, no había tenido un conocimiento pleno (*awareness*) del acuerdo de arbitraje. La Corte se pronunció en favor de la eficacia del acuerdo arbitral.

Una de las resoluciones más liberales es una que fue dictada por la Corte de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos de América<sup>19</sup>, en la que dicho tribunal estableció que la firma de la Convención de Nueva York es un acto en representación de los Estados nacionales (parte) y con ello se tenía por cumplido el requisito de acuerdo por escrito. Se trató de un caso en el cual no había un documento preparado por las partes en que constara dicho acuerdo. La corte consideró que la suscripción de la Convención de Nueva York, por parte del ejecutivo federal,

<sup>16</sup> *American Bureau of Shipping v. Tencara S.p.A.* (Suprema Corte Italiana, 26 de junio de 2001). Van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXVII, 2002, pp. 509-514.

<sup>17</sup> *Zambia Steel & Building Supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd*, [1986]. Ver Mann, F. A., “An ‘Agreement in Writing’ to Arbitrate” en *Arbitration International*. Vol. 3. No. 2. 1987, pp. 171-171.

<sup>18</sup> *Sneek Hardhout Import BV (Holanda) v. Karl Schlüter KG GMBH & Co. (Alemania)* (Corte de apelación de Hertogenbosh, 14 de Julio de 1995). van den Berg, A. J. *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996, Vol. XXI, pp. 643-648.

<sup>19</sup> *Ministerio de Defensa del la República Islámica de Irán v. Gould Inc. Et al.* (Estados Unidos), (Corte de Apelación del Noveno Circuito, 23 de octubre de 1989).



era un acto que se debía entender como ejecutado en representación de todos los nacionales de ese país. Y, por esa razón, debía asumirse que todos los nacionales estadounidenses habían participado en la suscripción de la Convención. Con esa base, la corte indicó que se había cumplido con el requisito de un “acuerdo por escrito” previsto en la Convención.

## 6. EL ACUERDO DE ARBITRAJE Y SU EFECTO VINCULATORIO

El acuerdo de arbitraje tiene un efecto vinculatorio entre las partes e impone una obligación directa para el tribunal estatal, para el supuesto de que alguna de aquéllas pretenda llevar a un litigio jurisdiccional la acción sobre una controversia reservada para un arbitraje. En este sentido, la Ley Modelo dispone:

“El tribunal arbitral al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”<sup>20</sup>.

Este tratamiento viene a ser reforzado por una de las disposiciones más importantes en materia de arbitraje incorporada en la Ley Modelo, que dispone:

“En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún

tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”<sup>21</sup>.

La fórmula de remisión de las partes al arbitraje implica, o de algún modo complementa, una característica y una consecuencia adicionales del acuerdo arbitral. La característica es la denominada autonomía o separación (*separability*) de la cláusula de arbitrar. Y, la consecuencia, es la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz- Kompetenz*).

Finalmente, un efecto vinculatorio muy importante, consiste en que en la fase de control jurisdiccional del laudo, el tribunal estatal deberá abstenerse de entrar a la revisión de las consideraciones sobre el fondo de litigio. Las partes confieren esta facultad exclusivamente al tribunal arbitral. El cuestionamiento de un laudo ante el foro judicial sólo puede realizarse conforme al catálogo taxativo que contemplan la Ley Modelo y las convenciones internacionales.

## 7. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y EL PRINCIPIO “COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA” (“KOMPETENZE-KOMPETENZE”)

El principio de la autonomía de la cláusula arbitral implica dos aspectos muy importantes. El primer aspecto, es que constituye no solamente una de las instituciones más relevantes dentro

<sup>20</sup> Con prácticamente el mismo lenguaje, esta remisión al arbitraje está contemplada en el artículo II (3) de la Convención de Nueva York.

<sup>21</sup> Artículo 5 de la Ley Modelo.

del arbitraje, sino inclusive, uno de los elementos que permiten asegurar la viabilidad del arbitraje. El segundo aspecto es que este principio, aparentemente, rompe con uno de los supuestos de la teoría del contrato. Tal supuesto, es el que conllevaría a la ineficacia de la cláusula arbitral como acto jurídico, en el caso de que hubiera alguna dolencia en el acto mismo que dio lugar a la cláusula arbitral. Esto es, de haber un supuesto de ineficacia en el acto por medio del cual se otorgó la cláusula arbitral, no podría haber vínculo arbitral, ni por consiguiente, arbitraje.

Es ilustrativo el laudo que, respecto de la autonomía de la cláusula arbitral, se dictó en un arbitraje en el cual se cuestionaba la actualización de una condición suspensiva a la que se condicionaba el contrato que incorporaba el acuerdo arbitral. Dicho arbitraje se condujo bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y surgió de los siguientes hechos<sup>22</sup>:

*(a). el demandado (comprador) objetó el alcance del acuerdo arbitral y por ende, la arbitrabilidad de la controversia, debido a que en el contrato se pactó que el contrato estaba condicionado a la aprobación de los bienes materia de la compra.*

*(b). en virtud de que el comprador no aprobó la calidad de los bienes recibidos, alegó que el contrato no produjo sus efectos (entre ellos, el de sometimiento al arbitraje).*

Conforme a estos antecedentes, el tribunal arbitral determinó la arbitrabilidad de la controversia, argumentando que

la intención de las partes fue que la validez del acuerdo arbitral produjera sus efectos desde el momento en el que se celebró (firmó) el contrato, a pesar de que ello fuera previo a la aprobación de la calidad de los bienes comprados, si bien, ciertamente, algunas de las obligaciones pactadas tendrían eficacia hasta que se expresara dicha aprobación.

La conclusión del tribunal arbitral sobre el particular, fue la siguiente:

“No hay ninguna base racional para concluir que la intención de las partes era llevar el litigio ante los tribunales judiciales antes de que el comprador hubiera aprobado la calidad de los bienes, y de someterse al arbitraje, solamente hasta que se diera la aprobación”.

Existen muchos precedentes dictados por tribunales arbitrales y confirmados por tribunales jurisdiccionales de distintos Estados que han confirmado la solidez del principio de la autonomía de la cláusula arbitral. En un arbitraje la parte demandada cuestionaba la existencia de un compromiso de arbitraje, sobre la base de que el texto del acuerdo se limitaba a la frase “*Arbitraje en Londres*”. En la fase de petición de reconocimiento y ejecución judicial del laudo, los tribunales españoles (además de sostener la existencia del sometimiento al arbitraje) reconocieron el principio de independencia de la cláusula respecto del contrato principal y confirmaron la competencia del tribunal arbitral para resolver el litigio, con independencia de

<sup>22</sup> Arbitraje entre dos empresas de los EUA, del año 1985, consultado en “*Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*”, Kluwer Law and Taxation Publishers, pág. 25, caso N° 4555.

que una de las partes pretendía desconocer el vínculo arbitral<sup>23</sup>.

Este principio responde a la necesidad de contar con un remedio para la fácil argucia que se podría utilizar para cuestionar la eficacia de la cláusula arbitral (en cuanto a sus requisitos de existencia y validez) sin bases sustanciales, pero por ese sólo hecho impedir la tramitación del arbitraje. Este principio guarda una relación directa y secuencial con el de la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. Esta afirmación se desprende, metodológicamente, del hecho de que la eficacia del sometimiento al arbitraje producto de la autonomía del acuerdo da como resultado inmediato que el tribunal arbitral conserve la primera “instancia” de decisión sobre la competencia del mismo.

Este remedio surgió, como un efecto de la astucia de algunos litigantes para provocar una dilación en el arbitraje. De no existir este tratamiento, lo que ocurriría es que tendría que agotarse un procedimiento jurisdiccional que concluiría resolviendo a favor del sometimiento de las partes al arbitraje, para que, como una segunda etapa, y después de meses o años, nuevamente el tribunal arbitral estuviera en aptitud de conocer de la controversia.

Estos son los argumentos que hacen posible que se someta al arbitraje, por ejemplo, una demanda de nulidad de un contrato (que incorpora un acuerdo arbitral) y que, además, el laudo que se dicte sea plenamente eficaz en este sentido. En una forma plástica, es muy descriptiva la terminología que se ha utilizado en el idioma inglés para referir a este principio; se ha dicho que la cláusula arbitral es “separable” del contrato que la contiene (*separability*).

Es importante destacar que la noción de autonomía del acuerdo arbitral es aplicable sin importar la naturaleza de la ineficacia que afectara al contrato que lo contiene<sup>24</sup>.

Como complemento, y secuencia del principio de la autonomía del acuerdo arbitral, está la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. También, este principio permite asegurar la eficiencia del arbitraje, para el caso de una impugnación a la competencia del tribunal arbitral mismo. Así por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, dispone;

“Artículo 6 (4). Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia como consecuencia de cualquier objeción sobre la validez o eficacia o existencia del contrato, siempre y cuando el Tribunal Arbitral sostenga la validez del acuerdo arbitral”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XI (1986), pp. 525 y 526, *Op. cit.* En: *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. vs. Maderas G.L., S.A.*, resolución de Tribunal Supremo de España, del 17 de junio de 1983.

<sup>24</sup> “It may be mentioned that the principle of separability as adopted in article 16 (1), in contrast to some national laws which distinguish in this respect between initial defects and later grounds of nullity, applies whatever be the nature of the defect”; Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., “A Guide to The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary”, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 508.

<sup>25</sup> Traducción libre.

Inclusive, la Ley Modelo vino a tratar este tema con precisión, al disponer que este principio resulte considerar a la cláusula arbitral “que forme parte de un contrato como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”<sup>26</sup>.

Esta facultad no necesariamente entra en juego con la de la autonomía de la cláusula arbitral; si bien la salvaguarda de la autonomía de la cláusula, necesariamente conduce a la defensa de la facultad del tribunal de decidir sobre su competencia. Esto obedece a que una parte litigante puede llegar a aceptar la existencia y eficacia plena del acuerdo arbitral, pero por ejemplo, cuestionar el alcance de la cláusula arbitral o la arbitrabilidad de la materia (en ambos casos, con respecto de la litis específica que se está planteando). Este tratamiento que brinda certeza al procedimiento arbitral viene a ser apoyado por la afirmación incorporada en la Ley Modelo, en el sentido de que “las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación”<sup>27</sup>.

Desde luego, el efecto vinculatorio de esta facultad podrá ser acotado por el propio tribunal arbitral, en el supuesto de que éste encuentre alguna ineficacia en la cláusula arbitral<sup>28</sup>.

Los tribunales estatales han interpretado en forma diversa la forma en la que el tribunal estatal y el arbitral deben actuar

para decidir sobre la eficacia del acuerdo arbitral. Particularmente, en el caso de los sistemas jurídicos que han incorporado a la Ley Modelo en su marco interno, el debate parte del examen de los artículos 8.1 y 16.1 de la misma.

El artículo 8.1 de la Ley Modelo dispone lo siguiente:

“Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

Por su parte, el artículo 16.1 de la Ley Modelo indica lo siguiente;

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

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

<sup>26</sup> Artículo 16 (1) de la Ley Modelo.

<sup>27</sup> Artículo 16 (2) de la Ley Modelo.

<sup>28</sup> Esto se destacó en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo. Ver en Holtzmann y Neuhaus, *Op. cit.*, p. 508.

Ambas disposiciones son compatibles y deben leerse armónicamente. El tribunal jurisdiccional debe remitir a las partes al arbitraje, para que sea el tribunal arbitral el que dé la primera “calificación” a la cláusula. Ciertamente, el tribunal jurisdiccional tiene la facultad de fiscalizar la eficacia de cláusula; ello le corresponde para el caso de que se objete la eficacia del laudo, con referencia a la existencia o validez misma de la cláusula, o al alcance de ésta. Pero, a menos de que se trate de una cláusula arbitral que pueda ser desconocida notoriamente (por ineficaz), corresponde al tribunal arbitral decidir

sobre la misma (es decir, que no quepa una *interpretación razonable*). Y, en una segunda etapa, estará sujeta a la calificación de la autoridad jurisdiccional (segunda y definitiva calificación). Ésta es la correcta interpretación que se debe dar al artículo 8(1) de la Ley Modelo, en armonía, a su vez, con el artículo 5 del mismo ordenamiento<sup>29</sup>.

Al tribunal arbitral le corresponde ese derecho de primera calificación (*first shot*). Desde luego, la apreciación final (*last shot*) le corresponde a los tribunales del Estado<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Artículo 5 (Ley Modelo). Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

<sup>30</sup> HERRMANN, Gerold, “*The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts*”. *Op. cit.*, p. 48.

En 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de México, dictó una resolución desafortunada en relación con el orden en el cual debe examinarse la eficacia del acuerdo de arbitraje. El texto de la jurisprudencia es el siguiente;

*Arbitraje comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral.*

La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

Contradicción de tesis 51/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de enero de 2006. Mayoría

## 8. LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

El tema de la redacción de la cláusula arbitral, no se limita a las fórmulas (palabras) que deben utilizarse para asegurar su eficacia, sino también, a las decisiones que deben adoptarse en función de la especie de arbitraje que se desea. No hay un patrón único de arbitraje.

Al redactarse una cláusula arbitral deben tenerse presente dos objetivos, desde luego, en primer lugar, asegurar que se logre el sometimiento de las partes al arbitraje y en segundo lugar el resultado del vínculo arbitral. Una vez cumplido este objetivo, sentar las bases para que, de iniciarse un arbitraje, se tenga un procedimiento eficiente y un laudo ejecutable.

Una buena cláusula arbitral, no debe limitarse a cumplir con los requisitos de eficacia para que, en calidad de acto jurídico, sea eficaz. También es importante, que la cláusula arbitral garantice (o por lo menos no impida) un procedimiento en el

que sea posible alcanzar los objetivos que son inherentes a la institución del arbitraje; flexibilidad, celeridad y certeza procesal. Una cláusula defectuosa (no en términos de eficacia del acto jurídico, sino de eficiencia procesal) eventualmente podrá asegurar el sometimiento al arbitraje y una ulterior ejecución del laudo, pero a costa de un esfuerzo extraordinario e innecesario de tiempo y recursos.

No es ligera la afirmación en el sentido de que redactar (o adoptar<sup>31</sup>) una buena cláusula arbitral (eficaz y eficiente) es algo muy sencillo. Pero la experiencia de muchos arbitrajes tortuosos, que han quedado ampliamente documentados en precedentes arbitrales, corrobora que no son pocos los arbitrajes que se ven lastrados por una defectuosa cláusula arbitral. La cláusula arbitral es una de las cláusulas que suele ser relegada, para ser discutida (si acaso) en la antesala de la firma del contrato que la contiene. Por ello, es muy atinada la expresión, confeccionada por la literatura de la materia, que identifica a la cláusula arbitral como una “cláusula de media noche”<sup>32</sup>.

---

de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Tesis de jurisprudencia 25/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis. Novena Época. Registro: 174303. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIV, Septiembre de 2006. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 25/2006, p. 5.

La jurisprudencia mexicana de cita es un paso atrás. Y, debe destacarse que en las consideraciones de la Suprema Corte para pronunciar la decisión transcrita, ni siquiera hay una referencia a la Ley Modelo, ni a las premisas en las cuales se elaboró la misma; no obstante que la ley mexicana integra la Ley Modelo. El voto minoritario de los Ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz sí incluye, en sus razones, el análisis de la Ley Modelo.

<sup>31</sup> La adopción de una cláusula arbitral, más que una redacción de ésta, es una expresión que da acomodo a la inserción de las “cláusulas modelo”.

<sup>32</sup> “La cláusula arbitral en un contrato mercantil es usualmente una cláusula de media noche. Es la última cláusula en ser negociada en un contrato; a veces ello ocurre ya avanzada la noche o en las primeras horas de la mañana después de largas negociaciones. No se

Prueba de la eficacia e inclusive eficiencia que puede tener una sencilla cláusula arbitral es el resultado que se sostuvo (reconociendo a la cláusula arbitral) en un arbitraje conducido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI. La cláusula que se reconoció como vinculatoria, fue la siguiente:

*En su caso, arbitraje. Derecho inglés, Londres conforme al Reglamento de la CCI*<sup>33</sup>.

Si bien una redacción como la transcrita no es la fórmula ideal (en cuanto a su formato), sirve para demostrar que se requiere sólo *un par* de elementos para asegurar la eficacia del acuerdo arbitral. El caso que se comenta no se encuentra suficientemente documentado para conocer los pormenores del procedimiento, pero se puede presumir, que habiendo sido una “fórmula” que incorporó a unas reglas largamente probadas y reconocidas, como lo son las de la CCI, adicionalmente, el arbitraje pudo haber sido conducido

en forma eficiente. Debe notarse que la fórmula que se planteó en ese arbitraje (a pesar de tener una muy escueta redacción) incluía los elementos fundamentales: un sometimiento inequívoco al arbitraje, elección de derecho aplicable, sede arbitral e identificación del reglamento de procedimientos.

Las fórmulas de redacción de la cláusula arbitral que sean “escuetas” pero completas, pueden ser eficientes dependiendo en buena medida, de la pericia del tribunal arbitral<sup>34</sup>. Pero dado que las bondades del arbitraje encontrarán su apoyo o lastre, según el caso, en la redacción de la cláusula arbitral, es fundamental que esa (casi siempre) sencilla pero delicada tarea de insertar una cláusula arbitral sea realizada atinadamente. Es más prudente esperar del tribunal arbitral, en su momento, que utilice su imaginación y conocimientos para conducir un arbitraje con la mayor eficiencia, que para asegurar la viabilidad del arbitraje; este segundo

---

le brinda suficiente atención a cómo será resuelta la controversia (posiblemente por que las partes están renuentes a contemplar la posibilidad de que surja una disputa), y como resultado, una inapropiada cláusula es adoptada. Por ejemplo, puede haber una equivocada elección (u omisión de elección) de ley aplicable o de sede del arbitraje. Si la disputa surge y el procedimiento arbitral se inicia, éstas son cuestiones que deberán ser resueltas antes de que cualquier avance se pueda efectuar relativo a la controversia de fondo”; REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, “*Law and Practice of International Commercial Arbitration*”, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 130.

<sup>33</sup> “*English law - arbitration, if any, London according ICC rules*”. Traducción del autor. (Arab African Energy Corp, Ltd v. Olieprodukten Nederland B.V. (1983) 2 Lloyd’s Rep. 419, citado por Redfern & Hunter. *Op. cit.*; p. 422.

<sup>34</sup> Se ha afirmado, que para tener un buen arbitraje se requieren tres ingredientes: una buena cláusula arbitral, un buen tribunal arbitral y una buena ley de arbitraje. Y muy probablemente, bastará con que la cláusula sea eficaz, para que el factor fundamental del buen arbitraje sea la forma en la que el tribunal arbitral desempeñe su rol. La gran flexibilidad del procedimiento arbitral aunada a las amplias facultades del tribunal arbitral, hacen posible que los árbitros con experiencia puedan sortear las dificultades que pueda traer consigo una cláusula arbitral, siempre y cuando ésta sea eficaz. Esta afirmación tiene sustento en el alcance del artículo 19 de la Ley Modelo, con la única pero importante limitante, prevista por el artículo 18 de la propia Ley (estas disposiciones corresponden respectivamente, a los artículos 1435 y 1434 del Código de Comercio mexicano).

supuesto es el que ocurre con las cláusulas arbitrales defectuosas.

Las cláusulas modelo son una excelente herramienta<sup>35</sup>. La utilización de una cláusula modelo tiene el beneficio de integrar, con certeza, todo un reglamento de procedimiento<sup>36</sup>. Es por esa razón que mencionar los beneficios de utilizar una cláusula modelo conduce, necesariamente, a describir los beneficios de los reglamentos de arbitraje.

En forma resumida, se listan las siguientes ventajas que se obtiene a través de los reglamentos de arbitraje (independientemente, de que se trate de reglamentos para arbitraje institucional, o para arbitraje *ad-hoc*<sup>37</sup>):

“(a). Han sido elaboradas por expertos;

(b). Muchos de ellos, inclusive, se han ido perfeccionando<sup>38</sup> para irse ajustando a la dinámica del comercio y a los precedentes arbitrales;

(c). Los más utilizados, y consecuentemente difundidos, han sido objeto de muchos estudios que contribuyen a su explicación e interpretación. Las reglas contenidas en los reglamentos no escapan a la esencia de toda norma jurídica; fueron creadas para ser interpretadas, tanto con un propósito correctivo, como evolutivo. Dicha explicación e interpretación igualmente se logra a través de su análisis por los tribunales estatales en su función de colaboración y control del arbitraje.

(d). Evita la necesidad de que las partes se involucren en una difícil negociación

<sup>35</sup> Las cláusulas modelo son los “formatos” previstos en los distintos reglamentos de arbitraje, diseñados para ser simplemente copiados literalmente. Son párrafos breves, pero que cuentan con todos los elementos necesarios, para tener una cláusula arbitral eficaz y un arbitraje eficiente. Por ejemplo, la cláusula modelo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL); “*Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal como se encuentra en vigor*”. En un segundo párrafo de indicaciones, la cláusula modelo indica; “Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a. La autoridad nominadora será... (nombre de la persona o instituto);
- b. El número de árbitros será de... (uno o tres);
- c. El lugar de arbitraje será... (ciudad o país);
- d. El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será (n) (...).

<sup>36</sup> El artículo 2 “e” de la Ley Modelo, dispone; “cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado” (corresponde al artículo 1417, II, del Código de Comercio mexicano).

<sup>37</sup> El arbitraje *ad-hoc*, a su vez puede tener dos vertientes. Un arbitraje basado en reglas previamente establecidas, no confeccionadas por las partes, pero que no es administrado por alguna institución. O bien, un arbitraje basado en reglas confeccionadas por las propias partes contratantes. Esta segunda alternativa, frecuentemente suele conducir a auténticos laberintos procesales.

<sup>38</sup> Como ejemplo se tiene el del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que en las últimas tres décadas, ha sido reformado en dos ocasiones; en 1988 y en 1998. Estas reformas se han efectuado para ir perfeccionando el Reglamento, a la luz de la práctica comercial internacional, y de los precedentes de resoluciones tanto arbitrales, como jurisdiccionales (en los casos de colaboración o control jurisdiccional del arbitraje).



para ponerse de acuerdo sobre los términos conforme a los cuales se conducirá el arbitraje. Distinta es la eventual negociación en un arbitraje de acuerdos de procedimiento (lo que en ocasiones puede ser muy provechoso para la eficiencia del procedimiento<sup>39</sup>), de lo que sería una seguramente agotadora discusión sobre las reglas del arbitraje. La gran diferencia entre estas dos materias a negociarse es que la inmovilidad en los acuerdos de procedimiento, puede ser fácilmente superada mediante las facultades investidas en el tribunal arbitral (artículo 19 [2] de la Ley Modelo)”.

La redacción de la cláusula arbitral implica no solamente cuidar un aspecto de buena redacción, de modo tal que la cláusula sea eficaz. Para este propósito, la sola utilización de una cláusula modelo permite asegurar el éxito. Pero, inclusive la incorporación de una cláusula modelo, conlleva la elección entre muy variadas alternativas. Toda cláusula modelo lleva implícita la incorporación de un reglamento de procedimiento. Luego entonces, la pregunta es cuál es el reglamento de arbitraje al que debe recurrirse en cada caso<sup>40</sup>.

Son varios los buenos reglamentos de arbitraje, y varias las instituciones administradoras de arbitraje que gozan de prestigio. No hay una fórmula absoluta

para integrar una cláusula de arbitraje con remisión a su vez, a un reglamento.

Los factores a considerar para tomar la decisión de elegir el reglamento de arbitraje más adecuado para conducir un arbitraje, son fundamentalmente: la cuantía de la disputa y la materia de la controversia.

En relación con la cuantía, los honorarios de una institución administradora pueden llegar a ser significativos en proporción con la magnitud de la disputa. De ahí que, en una disputa que implicará sumas relativamente reducidas, pudiera ser lo más recomendable no optar por un reglamento exclusivamente institucional, sino por uno que de cabida (ya sea exclusiva o alternativamente) al arbitraje no administrado. En este supuesto, ha demostrado su gran utilidad el Reglamento de Arbitraje de Uncitral.

En lo concerniente a la materia de la controversia, existen reglamentos que son afines con cualquier especie de disputa. Como un ejemplo, en materia internacional está el Reglamento de Arbitraje de la CCI, la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA), y el Centro Internacional para la Solución de Disputas (ICDR), cuyas reglas no han sido confeccionadas atendiendo

<sup>39</sup> Para este propósito, son de gran utilidad las “*Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*” (publicadas en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996, segunda parte).

<sup>40</sup> Y tal vez, en algunas operaciones comerciales, inclusive debe empezarse por el cuestionamiento sobre la conveniencia o no de incorporar al arbitraje como fórmula para la solución de controversias. Por ejemplo, en operaciones mercantiles en las cuales el *quid* no sea el fondo de la disputa, sino una ejecución expedita (por ejemplo, la ejecución por el incumplimiento en el pago de préstamos), es más eficiente un procedimiento jurisdiccional que un arbitraje.

solamente a un campo específico del comercio. Existen otros reglamentos que satisfacen las peculiaridades de algunos campos del comercio en particular. En este segundo ámbito, está por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje para la Industria de la Construcción (que es uno de los reglamentos de arbitraje de la *American Arbitration Association*), o en materia de litigios sobre navegación, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje para Asuntos de Navegación Marítima y Fluvial<sup>41</sup>, por citar algunos.

En cuanto a la elección entre un arbitraje de derecho y uno de equidad, tomando como referencia la Ley Modelo, se puntualiza cómo se presenta esta disyuntiva:

“El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”<sup>42</sup>.

Así, la regla es que en todo arbitraje, inclusive en el caso de silencio de las partes, la controversia se decidirá con estricto apego a reglas de derecho. El tribunal arbitral debe emitir su fallo como tribunal de derecho, no como tribunal de equidad. La fórmula de arbitraje de equidad es muy poco utilizada.

Otro aspecto a considerar es la posibilidad de que el arbitraje vaya

acompañado de otros sistemas alternativos para la solución de disputas; en específico, la mediación. La mediación es una herramienta que ha mostrado una gran efectividad en varias culturas jurídico-comerciales<sup>43</sup>.

Se puede utilizar una fórmula de solución de controversias que integra en un procedimiento paralelo a la mediación y al arbitraje. Las bondades de esta combinación en favor del arbitraje (amén de las cualidades de cada uno de estos instrumentos), y particularmente, del arbitraje institucional, consisten en dar un uso óptimo a la etapa inicial del arbitraje. La forma en la cual esta combinación se pone en marcha consiste en abrir un procedimiento de mediación paralelamente al procedimiento de constitución del tribunal arbitral. Especialmente, en el arbitraje institucional, la integración del tribunal arbitral puede llevar varias semanas y, durante ese periodo, el arbitraje no registra actividad para las partes. Mediante la utilización conjunta de la mediación y el arbitraje, las partes participarían en una mediación en tanto se conforma el tribunal arbitral. Así, se ha hablado de la mediación como una “ventana” para entrar al arbitraje. La mecánica que se explica, se ha propuesto con la utilización de la siguiente cláusula<sup>44</sup>:

<sup>41</sup> International Court of Arbitration for Marine and Inland Navigation at GDYNIA (año 1959).

<sup>42</sup> Artículo 28 (3) de la Ley Modelo (su equivalente es el artículo 1445, 3er. Párrafo, del Código de Comercio mexicano).

<sup>43</sup> Es interesante el comentario hecho por Richard W. Page con motivo de su exposición en el Taller “*El Arbitraje y sus aplicaciones prácticas*”, al considerar que las características de la cultura latina son más propicias que la anglosajona para una exitosa utilización de la mediación. El Taller fue organizado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. El comentario que se cita, fue materia de la exposición de Richard W. Page, realizada el 25 de febrero de 1998.

<sup>44</sup> Cláusula elaborada por el profesor José María Abascal Zamora.

“Cualquier disputa, controversia o reclamación derivada o relacionada con el presente contrato, o con el incumplimiento, terminación o nulidad del mismo, será resuelta mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal y como se encuentra en vigor.

Inmediatamente después del inicio del arbitraje, las partes procurarán una solución amigable de la disputa mediante una conciliación conforme al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI tal y como se encuentra en vigor. El conciliador deberá ser una persona diferente del árbitro.

Si las partes llegan a un acuerdo, el tribunal arbitral le dará la forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento de Arbitraje a menos que el tribunal arbitral se oponga los términos del convenio.

La autoridad nominadora para el arbitraje y la conciliación será nombre de la institución convenida; ejemplo, CAMCA, Corte de Arbitraje de la CCI”.

La incorporación del convenio que resultare de la conciliación en un laudo, está previsto por el artículo 30 de la Ley Modelo, y tiene la gran ventaja de tener la naturaleza, precisamente, de un laudo; para los efectos de la ejecución del mismo<sup>45</sup>. Esto concede enormes beneficios para la ejecución del acuerdo en el ámbito internacional, puesto que recibe el tratamiento de laudo en los términos de la Convención de Nueva York.

## 9. CLÁUSULAS ARBITRALES DEFECTUOSAS

La jurisprudencia es muy abundante con casos de cláusulas que presentan defectos, que ponen en duda la efectiva voluntad de las partes para someterse al arbitraje. En algunos supuestos el defecto tiene como resultado la necesidad de pasar la prueba de un “mini-litigio”, cuya controversia se reducirá a la eficacia de un acuerdo arbitral.

El siguiente listado de patologías se ha obtenido de casos que con frecuencia se han presentado, conforme a reportes de publicaciones especializadas y a la experiencia profesional propia.

### 9.1. Cambios efectuados por las partes a un Reglamento de Arbitraje

Si bien es posible efectuar adecuaciones a un reglamento previamente establecido es una tarea muy delicada y que requiere de una gran técnica y experiencia en cuestiones de arbitraje. Los reglamentos de arbitraje (y en especial los que gozan de mayor prestigio) se han ido perfeccionando durante muchos años. Por una parte, coadyuvan a tener un procedimiento eficiente, pero, además, han pasado en innumerables ocasiones la prueba de ser impugnados por imaginativos litigantes (tal vez, la mayor prueba para cualquier norma jurídica).

<sup>45</sup> El artículo 30 (2) de la Ley Modelo, precisa que “este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.

La modificación a un reglamento de arbitraje, si no es exitosa, puede ocasionar un laberinto procesal dentro del arbitraje o, inclusive, la ineficacia de la cláusula arbitral. Por ello, para las instituciones que adoptan un reglamento de arbitraje, como por ejemplo, el de UNCITRAL, es altamente recomendable no realizar modificaciones al mismo. Desde luego, y específicamente para el caso de instituciones que adopten dicho Reglamento, es conveniente que si se llega a efectuar alguna modificación, que ésta no se limite a ser insertada aisladamente en el cuerpo del acuerdo arbitral, sino que inclusive, se precise con detalle, cual sería en su caso el artículo del reglamento que se dejaría de aplicar (que se “*derogar*”) por virtud de la modificación en cuestión. De esta manera, se evita la necesidad de tener que agotar un análisis comparativo entre el Reglamento y el acuerdo arbitral, para finalmente determinar cuál es la regla a aplicar<sup>46</sup>.

## 9.2. Referencia inexacta a un reglamento o institución administradora

Debe tenerse cuidado de que la referencia al reglamento de arbitraje que servirá de marco para el procedimiento y a la institución administradora, indistintamente, coincidan con la denominación formal que les corresponda. En el caso de alguna deficiencia en la cláusula respecto a la denominación exacta del reglamento o de la institución, habrá

que atender a la intención de las partes en cada caso en particular. No son inusuales los acuerdos arbitrales que incurren en este tipo de imprecisiones. En algunos casos los tribunales (ya sea arbitral o jurisdiccional) se han inclinado por la ineficacia de la cláusula. No obstante, existe una gran cantidad de precedentes, que suplen las vaguedades de la redacción de la cláusula, con una interpretación de la voluntad de las partes.

En un laudo arbitral dictado en Zurich, se apuntó el siguiente razonamiento en cuanto a la intención de las partes y usos de la comunidad de negocios. El texto de la cláusula era el siguiente:

“Cualquier disputa de incumplimiento que no pueda ser resuelto amigablemente entre las partes será resuelto mediante arbitraje conforme al reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Zurich, Suiza, de conformidad con la ley suiza del cantón de Zurich”<sup>47</sup>.

La deficiente redacción de la cláusula, pareciere sugerir que el reglamento elegido (y por consiguiente la Cámara) correspondía al “reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zurich, Suiza” (*así*). La inconsistencia resultaba del hecho de que la Cámara de Comercio Internacional tiene su sede en París, no en Zurich, y al haber un reglamento de mediación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich, surgía la interrogante, en torno a cuál había sido el Reglamento seleccionado por los

<sup>46</sup> Ver “*Uncitral Arbitration Rules: Administrative guidelines*”. En: *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. VIII (1983). *Op. cit.*; p. 213.

<sup>47</sup> Extracto del laudo publicado en *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XIV (1989), pp. 137 a 146. *Op. cit.*; Arbitraje entre una empresa danesa y una empresa egipcia (por razones de confidencialidad la publicación omitió los datos de identificación de las partes).

contratantes. El tribunal arbitral siguió los siguientes razonamientos:

“(a). El contrato materia de la disputa estaba relacionado con un contrato celebrado con el principal contratista (contrato de construcción). En ese contrato, con claridad se pactó un arbitraje también con sede en Zurich, con aplicación de la ley suiza. Era un arbitraje ad-hoc con un tribunal integrado por tres árbitros.

(b). Este nuevo contrato, con una remisión expresa (si bien deficiente) a un reglamento de arbitraje institucional, permitía presumir que la referencia a la ciudad de Zurich, era en calidad de sede del arbitraje.

(c). La expresión “Reglamento de Conciliación y Arbitraje” es usada general y distintivamente, solo para identificar al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (con sede en París);

(d). El reglamento arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich, es usualmente referido como “reglamento de mediación y arbitraje”;

(e). Por lo tanto, en el laudo se concluyó;

“la correcta interpretación de la cláusula para el presente caso, es la de un arbitraje en Zurich conforme al Reglamento de la CCI teniendo como ley aplicable la ley Suiza-Zurich. Esta interpretación es congruente al menos con una sentencia de los tribunales de Zurich...<sup>48</sup> y al menos otros precedentes de la CCI...<sup>49</sup> en los cuales se ha dado la

misma interpretación para concluir que se trata de un arbitraje en la ciudad de Zurich conforme al Reglamento de la CCI (establecida en París)”.

Desde luego, puede haber casos en los cuales no sea posible descubrir la intención de las partes, en cuanto al tipo de arbitraje que pactaron, como consecuencia de este tipo de deficiencias.

### 9.3. Cláusula no vinculatoria

Una de las características que debe tener la cláusula arbitral es, precisamente, establecer un mecanismo vinculatorio frente al arbitraje. No puede ser potestativo ni acudir al arbitraje ni aceptar el fallo del laudo. La vinculación frente al arbitraje se desprende, implícitamente, del artículo 7(1) de la Ley Modelo (“*las partes deciden someter al arbitraje (...)*”). Esta exigencia está prevista en cualquier norma relacionada con el arbitraje, con una redacción, si no idéntica, sí equivalente. La vinculación frente al laudo está prevista por el artículo 35(1) de la misma Ley<sup>50</sup>.

Cualquier redacción de la cláusula, de la que se infiera que el sometimiento al arbitraje o al cumplimiento del laudo es potestativo dará lugar a considerar ineficaz la cláusula. La siguiente cláusula, que fue cuestionada ante la jurisdicción de los tribunales de Heidelberg<sup>51</sup>, es muy explicativa;

<sup>48</sup> Resolución del Cantón de Zurich del 28 de agosto de 1985 (*Kassationsgericht des Kantons Zürich*), referida en *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XIV (1989), p. 140. *Op. cit.*

<sup>49</sup> Arbitrajes de la CCI números 4472, 946, 4023, 950, 3460 y 939, referidos en *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XIV (1989), p. 140. *Op. cit.*

<sup>50</sup> Ver en este trabajo, el apartado “*El efecto vinculatorio de la cláusula arbitral*”.

<sup>51</sup> Cláusula citada en CRAIG, W. LAURENCE; PARK, William W. y PAULSSON, Jan. “*International Chamber of Commerce Arbitration*”. Oceana Publications, 1990, p. 159. La resolución judicial que conoció de esta cláusula fue pronunciada por los tribunales de Heidelberg, el 23 de octubre de 1972 y confirmada en última instancia el 13 de marzo de 1973.

“Cualquier disputa que surge del presente contrato será sometida en primer lugar a un tribunal arbitral de la Cámara Alemana de Comercio. Si la decisión que se emita no es aceptable para cualquiera de las partes, será competente cualquier tribunal del orden común, designado por la parte actora”.

En un caso como el que se cita, parecería que las partes tuvieron la intención de someterse a una mediación, no a un arbitraje. No hay un efecto vinculatorio en la cláusula, es un acuerdo ineficaz.

#### 9.4. Imprecisión en la delimitación de la controversia materia del Arbitraje

Este aspecto debe contemplarse desde dos vertientes. La primera, en cuanto a la necesidad de dar un alcance al ámbito de aplicación del acuerdo arbitral. Y la segunda, en cuanto a la necesidad de que las posibles controversias que puedan surgir queden efectivamente comprendidas dentro del alcance del arbitraje.

El primer rubro se encuentra implícitamente previsto por la definición misma del acuerdo arbitral, que en la Ley Modelo<sup>52</sup> dispone:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden a someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas *respecto de una determinada relación jurídica (...)*”. (Cursiva agregada).

Con base en este requisito, será ineficaz el acuerdo que vagamente remitiera

al arbitraje, si no hay un acotamiento (aunque sea amplísimo) de la relación jurídica de la cual surgirá la eventual controversia. De ahí, la ineficacia de una cláusula que pretendiere someter al arbitraje a las partes, simplemente en relación *con cualquier controversia que tengan en el futuro*.

Esto, en modo alguno sugiere que se incurra en la redacción de un catálogo exhaustivo y casuístico de las controversias que las partes ubican dentro del alcance del acuerdo arbitral. Esa forma de redacción de una cláusula fácilmente ha llevado a cláusulas ineficaces con respecto de controversias que se presentan, pero que originalmente no fueron previstas por las partes. Para evitar ese problema, las cláusulas modelo de los reglamentos más reconocidos incorporan las denominadas “cláusulas amplias”. Mediante la utilización de ese tipo de cláusulas, se da una cobertura amplia a la posibilidad de controversias que pueden verificarse y, a la vez, se cumple con el requisito de delimitación de las relaciones jurídicas de las que pueden surgir las mismas. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Uncitral, incorpora la siguiente cláusula modelo:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje...”.

En términos similares, los reglamentos de arbitraje incorporan una cláusula modelo con fórmulas de “*alcance amplio*”. La tendencia a la que apuntan

<sup>52</sup> Artículo 7 (1) de la Ley Modelo.

distintos precedentes internacionales en cuanto a las cláusulas amplias es en favor de una posición incluyente de las posibles controversias que puedan surgir de la operación mercantil que dio lugar al acuerdo arbitral<sup>53</sup>.

Una precaución que vale la pena tener en cuenta al redactar una cláusula arbitral es evitar (a menos que exista intención en contrario) que algún título de crédito pudiera llevar a que una controversia sustantiva derivada del contrato subyacente (que incorporara una cláusula arbitral) escapara del sometimiento al arbitraje. Esto es, que un contrato incorporara un compromiso de arbitraje, pero que algunas de sus obligaciones estuviesen documentadas cambiariamente. Los tribunales pudieran restringir el alcance del acuerdo arbitral, aún habiendo de por medio una cláusula amplia. Esto como resultado, de una aplicación equivocada (pero posible<sup>54</sup>) del principio de autonomía de los títulos cambiarios.

## 9.5. Exceso de reglamentación *Ad-Hoc* para el futuro procedimiento

Es común que se encuentren dos tipos de fallas. Ambas, suelen estar animadas por un deseo de acortar la duración de todo litigio; propósito plausible pero que puede dar lugar a errores costosos.

La primera, es la de imponer plazos para que el tribunal arbitral emita su fallo. La segunda, es la de reglamentar en forma anticipada y casuística la conducción del procedimiento. En ambos casos, se asume que la controversia no amerita mayor complejidad en su instrucción procesal y que, por consiguiente, el tribunal está en la posibilidad de dictar su resolución en un plazo breve y sin necesidad de que agote todas las variantes de defensa a las que pueden recurrir las partes.

La imposición de plazos presenta un grave riesgo. Si por cualquier razón el tribunal arbitral no tiene la posibilidad de pronunciar su fallo dentro del plazo

<sup>53</sup> La jurisprudencia norteamericana ha documentado litigios que han llegado a los tribunales jurisdiccionales respecto del alcance de las cláusulas arbitrales y, específicamente, en lo tocante a las cláusulas amplias. Así, se ha llegado a aceptar, por ejemplo, que las controversias relativas a responsabilidad extracontractual tienen cabida dentro del arbitraje en cuestión (resolución dictada por un Juzgado de Distrito del Estado de Missouri; referida en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XI, 1986, p. 416. *Op. cit.*). No todos los estados nacionales han adoptado la Ley Modelo, por lo cual este tipo de precedentes son útiles como precedentes de referencia. La Ley Modelo resolvió el debate en torno al alcance frente a la responsabilidad extracontractual al incorporar expresamente esa posibilidad "(...) *todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...)*" fragmento del artículo 7 (1) de la Ley Modelo. El mismo criterio incluyente de los tribunales de los EUA se ha expresado en relación con la aplicación de una cláusula arbitral prevista por un contrato "marco", en relación con contratos que se desprenden del mismo.

<sup>54</sup> En un arbitraje doméstico, en México, el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del 1er. Circuito, en una resolución del 15 de junio de 1995, negó el sometimiento al arbitraje en una controversia derivada directamente de una obligación cambiaria, a pesar de que el título no había circulado, no obstante que en el contrato subyacente había una cláusula de arbitraje (amparo N° 2052/95; quejosos Alvaro López Castro y otros).

conferido el arbitraje no podrá producir una resolución eficaz. El laudo podría ser anulado. El tribunal arbitral se encuentra sometido al “mandato” de las partes.

Las restricciones a las oportunidades procesales pueden, igualmente, llegar a traducirse en la ineficacia del laudo, o en el mejor de los casos, en una “camisa de fuerza para el tribunal” que le restará eficiencia para conducir el arbitraje. Con muy contadas salvedades, y especialmente, cuando las partes recurran a reglamentos de arbitraje, no es recomendable alterar el contenido de los reglamentos.

Esto va de la mano de una figura-herramienta que se ha identificado como arbitraje acelerado (“*fast-track arbitration*”)<sup>55</sup>. Consiste en variantes que se pueden imprimir en el procedimiento para obtener un fallo en plazos lo más breves que sea posible.

Las reglamentaciones precisas que las partes pretendan imponer al arbitraje, en cualquier caso, deben tener presente el respeto al principio ciertamente amplio, pero imperativo, recogido por los artículos 18 y 19 de la Ley Modelo, que indican

“(Artículo 18). Trato equitativo de las partes.

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

(Artículo 19). Determinación del procedimiento.

Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y el valor de las pruebas”

A su vez, el alcance de estos preceptos se complementa en forma restrictiva por la disposición, prevista (por la Ley Modelo) como causa de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo y de nulidad del mismo, respectivamente, para el evento de que una de las partes “*no haya podido hacer valer sus derechos*”<sup>56</sup>.

El propósito de tener un arbitraje acelerado no debe descartarse. De hecho, sin necesidad de pacto previo de la cláusula arbitral, se llegan a conducir muchos arbitrajes con este objetivo. Sin embargo, como regla general, lo recomendable es que la decisión en torno a un arbitraje abreviado se relegue para un eventual acuerdo de procedimiento (una vez iniciado el arbitraje), y no atar el mismo con una indicación en ese sentido desde la cláusula arbitral.

<sup>55</sup> Para una breve referencia sobre arbitraje acelerado (“*fast-track arbitration*”), ver *Comentarios de Schwartz, ERIC A.* En: “*The New 1998 ICC Rules of Arbitration*”, Suplemento Especial, publicación de la “ICC International Court of Arbitration Bulletin”, pp. 70 y 71. La Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México tiene un Reglamento para Arbitrajes de Poca Cuantía” (Reglamento ABC) que dispone plazos muy breves para la conducción del arbitraje.

<sup>56</sup> Artículo 34 (2) “a”, ii y artículo 36 (1) “a”, ii de la Ley Modelo.



## 9.6. Defectos en la conformación del Tribunal Arbitral

No es fortuito percatarse al revisar cualquier reglamento de procedimientos de arbitraje, el apartado que es desarrollado con mayor casuismo es el de la conformación del tribunal arbitral. A diferencia del litigio jurisdiccional, en el arbitraje no existe un tribunal creado en forma permanente. Los reglamentos prevén toda la gama de escenarios que pueden ocurrir en el proceso de integración del tribunal arbitral (así se trate de un árbitro único). Por ello, agotan todas las dificultades que se pueden presentar en este aspecto.

Si este rubro se deja para ser abordado conforme a las reglas (tratándose de reglas prestigiadas) será sin duda sorteado. Sin embargo, el intento de las partes para dar alguna reglamentación a la integración del tribunal arbitral puede llegar a crear problemas de difícil solución.

Entre los obstáculos con los cuales se pueden llegar a topar las partes, respecto de la conformación del tribunal (conforme al recuento de precedentes publicados), están los siguientes:

(a) Exigir cualidades exageradas a los árbitros. Ello puede resultar una gran dificultad para encontrar candidatos que cumplan con los requisitos (por ejemplo, curriculares), o bien, que los que reúnen dichas cualidades, no acepten el mandato ofrecido por las partes;

(b) Conferir la designación del tribunal arbitral, a una institución ajena a la asistencia al arbitraje, o a una institución que ya no existe<sup>57</sup>;

(c) Omisión en el procedimiento para conformar el tribunal, para el caso de rebeldía de una de las partes.

Otro problema que puede llegar a presentarse, es en los denominados arbitrajes *muti-parte* (varios actores o varios demandados). Los reglamentos de arbitraje, tradicionalmente habían regulado la designación de árbitros con la perspectiva (que en efecto se presenta en la mayoría de los arbitrajes) de una parte actora y un parte demandada. El delicado supuesto que se puede presentar es que, al iniciarse el arbitraje, una de las partes co-litigantes exija su derecho de designar o proponer (según la mecánica de cada reglamento) a un árbitro; que es precisamente, la fórmula que suelen disponer los distintos reglamentos. Esto, teniendo el firme propósito de respetar el principio de trato igual para las partes en el procedimiento de conformación del tribunal arbitral. En relación con este rubro, resultó muy formativo para el arbitraje comercial lo ocurrido en un arbitraje que se desarrolló conforme al Reglamento de la CCI, en el cual había una parte actora (*Dutco*) y dos partes demandadas (*Siemens* y *BKMI*). El Reglamento de la CCI (vigente en esa época) preveía el procedimiento de designación de árbitros, en el cual (sin distinciones de especie de arbitraje) cada

<sup>57</sup> Esto es particularmente cierto para instituciones de auxilio al arbitraje de reciente creación. La fórmula que sin dificultad puede superar la eventual desaparición de la institución designada como nominadora o administradora, indistintamente, es la de prever desde la propia cláusula arbitral, una fórmula de arbitraje sustituta, para el caso de que "X" institución no pueda (por cualquier razón) cumplir con las funciones que le encomendaron las partes.

parte proponía a un árbitro, y los árbitros que resultaren designados proponían a la Corte de la CCI la designación del tercer árbitro. La redacción del Reglamento en este supuesto (artículo 2), daba perfecto acomodo a cualquier escenario que se pudiera presentar, pero siempre, para el caso de un actor y un demandado. El hecho de que se presentara en escena un segundo demandado excedía el catálogo de posibilidades que detalladamente establecía el Reglamento. Los dos demandados exigieron que se les permitiera proponer a cada uno, un árbitro. El tribunal arbitral y la Corte de la CCI consideraron que se respetaban los derechos de las partes, si se designaba solo a un árbitro por parte de los dos demandados. El laudo fue impugnado por los dos demandados, alegando una violación en el procedimiento de integración del tribunal arbitral. Agotadas las instancias judiciales, la Suprema Corte (*Cour de Cassation*) resolvió que el laudo era nulo, puesto que al no darse a los demandados la oportunidad de participar en la designación de los árbitros, con los mismos derechos que se le respetaron a la parte actora (*Dutco*), se había violado un principio de orden público<sup>58</sup>. Esto dio lugar a grandes preocupaciones en la comunidad del arbitraje internacional. Éste fue el antecedente de una de las reformas que se efectuó al Reglamento de la CCI (1998), precisamente para superar el obstáculo de

la conformación del tribunal arbitral cuando se presenta un arbitraje *muti-parte*<sup>59</sup>.

### 9.7. No arbitrabilidad de la materia

Dentro del catálogo limitativo de supuestos en los cuales opera la ineficacia del laudo está el de aquél que resulte de una controversia que la ley prohíbe someter al arbitraje<sup>60</sup>.

La voluntad de las partes es intranscendente para resolver cualquier problema de arbitrabilidad. Precisamente se confirma la limitante del principio de la autonomía de la voluntad. El acuerdo entre las partes es ley suprema, en tanto no contravenga a disposiciones de derecho imperativo.

En la materia mercantil, la tendencia apunta a ampliar cada vez más, el universo de las materias cuyas disputas son susceptibles de resolverse en arbitraje. Es muy importante una fórmula para tratar con el tema de la arbitrabilidad, que se confeccionó por los tribunales de los EUA, con respecto de las leyes en materia de competencia, y la arbitrabilidad de controversias que por ende incidieran en dicha materia (*caso Mitsubishi*)<sup>61</sup>. Los tribunales federales de ese país resolvieron que el tribunal arbitral podía conocer

<sup>58</sup> *Siemens AG y BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Construction Company. Cour de Cassation*, resolución del 7 de enero de 1992. Para mayores detalles de esta controversia, se publicó un extracto en *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XVIII (1993), pp. 140 y 141. *Op. cit.*

<sup>59</sup> Artículo 10 del Nuevo Reglamento de la CCI (1998).

<sup>60</sup> Artículo V (2) "a" de la Convención de Nueva York y Artículos 34 (2) "b" i; y 36 (2) "b" i de la Ley Modelo.

<sup>61</sup> *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* 473 U.S. 614, 637, referido en Redfern & Hunter, "*Law and Practice of International Commercial Arbitration*". *Op. cit.*; p. 140.

de la controversia, y para ello, resolver conforme a las normas contenidas en la ley de competencia, pero el tribunal estatal tendría la facultad de practicar una revisión de la forma en la cual el tribunal arbitral había aplicado esa ley. Esta resolución marcaría una diferencia del alcance del estudio de los tribunales del Estado, con respecto del fondo del laudo. En principio, el tribunal del Estado debe abstenerse de practicar una revisión del fondo del fallo arbitral; su injerencia es solamente de control<sup>62</sup>. Sin embargo, es muy atinada la posibilidad de que en aquellos campos en los cuales el Estado estima que hay una mayor trascendencia para la colectividad, que permita el arbitraje, pero reservándose el derecho de “revisión” judicial. Por ahora, en muchos países es difícil que un tribunal estatal pudiera adoptar esta fórmula conocida como segundo análisis (“*second look*”). No obstante, no es remota la posibilidad de que los Estados gradualmente vayan introduciendo mecanismos como estos, hacia una mayor extensión del universo de las controversias arbitrales<sup>63</sup>.

## 10. DISYUNTIVAS ANTE CLÁUSULAS ARBITRALES DEFECTUOSAS

Acto seguido, se apuntan algunos criterios que puede ser de utilidad para

decidir en torno a la eficacia de una cláusula arbitral deficientemente redactada.

Ante una cláusula arbitral defectuosa, debe atenderse a la intención de las partes. Es la norma suprema de los contratos, y con ello, extensiva a un acto netamente contractual; la voluntad de sometimiento al arbitraje. Para este propósito, se ofrecen las siguientes dos herramientas de apreciación;

(a) ¿Es fehaciente la voluntad de las partes de vincularse en un arbitraje, es decir, es indudable que las partes se comprometieron a esta fórmula de solución de controversias?;

(b) ¿Ante la ambigüedad de la cláusula, pueden los árbitros suplir las omisiones de la cláusula?

La postura que debe adoptarse frente a la cláusula debe ser de auxilio a esa fórmula defectuosamente elaborada, para que sea eficaz y eficiente. Esto es congruente además, con el principio del derecho de los contratos, en el sentido de que cuando esté en duda la eficacia del contrato, debe estarse a aquella interpretación que le permita cumplir sus efectos.

Esta afirmación es compatible con la que se expresó en un laudo, a favor del significado razonable de la redacción utilizada por las partes (laudo dictado en

<sup>62</sup> Ver en este mismo trabajo, los comentarios sobre la diferencia entre supervisión y control del arbitraje por parte de los tribunales estatales, en “*El acuerdo de arbitraje y su efecto vinculatorio*” y “*Disyuntivas ante cláusulas arbitrales defectuosas*”.

<sup>63</sup> Inclusive, con esta óptica se llegó a plantear en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, el dar un tratamiento preeminente a la legislación comercial de cada Estado, a efecto de que dicha Ley prevaleciera incluyendo en aspectos de arbitrabilidad, frente a cualquier otra ley del Estado (*lex specialis*). La propuesta no prosperó, pero ilustra la firmeza de la tendencia hacia la mayor extensión del universo de las controversias arbitrales. ver en HOLTSMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E. “*A Guide to The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*”. *Op. cit.*; pp. 133 y ss.

un arbitraje conforme a las reglas de la CCI);

“(…) Los árbitros admiten que la cláusula arbitral incluida en la sección 11 del contrato, es deficiente en términos de su redacción. Sin embargo, les parece que la sección 11 muestra en forma suficientemente clara, la intención de las partes de someter sus diferencias derivadas del contrato, a un arbitraje conforme a las reglas de la CCI. Ciertamente, no se puede deducir otro *significado razonable de la redacción* de los párrafos 2 y 3 de la sección 11 del contrato. Esta es la conclusión que se obtiene, ya sea mediante la aplicación de la ley suiza, así como la ley “x” o la ley austriaca. De conformidad con estas leyes, en la interpretación de las cláusulas contractuales (incluyendo la cláusula arbitral) la intención clara de las partes debe prevalecer sobre una redacción incorrecta o imprecisa. ...Esta interpretación basada en la investigación de la real intención de las partes, no tiene ninguna relación con una interpretación extensiva o restrictiva”<sup>64</sup> (cursiva agregada).

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta lo siguiente. El sometimiento al arbitraje no necesariamente implica una renuncia al foro jurisdiccional, en el caso de un litigio internacional. Esto, por virtud de que no se puede hablar de una jurisdicción propiamente internacional. Los jueces nacionales tiene jurisdicción para atender controversias entre nacionales de distintos

países, pero ello no significa que tengan una jurisdicción internacional. Por tal virtud, en estricto sentido, el arbitraje internacional no implica una renuncia al foro jurisdiccional<sup>65</sup>. Y con ello, debe haber inclusive una flexibilidad mayor tratándose del arbitraje internacional.

La flexibilidad en favor del arbitraje internacional se ha expresado en varias resoluciones de tribunales estatales. Por ejemplo, en el año de 1974, la Suprema Corte de los EUA, afirmó que los tribunales jurisdiccionales federales debían ser particularmente receptivos frente a disposiciones relacionadas con el arbitraje tratándose de contratos internacionales<sup>66</sup>.

Finalmente, es la opinión de este autor que siempre y cuando sea evidente la intención de las partes de someterse al arbitraje ello será suficiente para que se suplan las deficiencias de la cláusula. La única salvedad es la concerniente a una posible composición del tribunal cuando se hubiere concebido bajo criterios *intuitu personae*.

El tribunal arbitral mismo (y posteriormente el judicial) debe suplir las omisiones o inconsistencias de la cláusula en cuanto atañe a una cuestión puramente de procedimiento (y no a un tema de fondo del litigio). Cuando la cláusula conlleve un defecto en rubros tales como, el procedimiento de conformación del

<sup>64</sup> Arbitraje entre una empresa establecida en un país de medio oriente, laudo preliminar del año 1983, consultado en “*Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*”. *Op. cit.*; p. 56; caso N° 4145.

<sup>65</sup> Ver HERRMANN, Gerold. “*The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts*”. En: “*ICCA Bahrain Arbitration Conference 1993*”. Kluwer Law and Taxation Publishers, pp. 41 y 42.

<sup>66</sup> *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, referido en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XI (1986), p. 415, *Op. cit.*

tribunal, la regulación de pruebas y la presentación del caso en general, la cláusula deberá suplirse o complementarse por la regulación legislativa del arbitraje. En el caso concreto de la Ley Modelo, ésta contiene una regulación suficiente

del procedimiento arbitral. En el caso de una deficiencia de la cláusula en el procedimiento, bastará con que sea indudable la intención de sometimiento al arbitraje para que las fórmulas supletorias de la Ley hagan posible el arbitraje.



# EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS

CLAUS VON WOBESER (\*)

**SUMARIO:** 1. *Contratos Coaligados.* 1.1. *Características.* 2. *Compatibilidad del Acuerdo Arbitral.* 2.1. *Los términos de los acuerdos arbitrales son idénticos.* 2.2. *Uno o varios de los contratos establecen un acuerdo arbitral y en otros es omitido.* 2.3. *Los acuerdos arbitrales difieren en uno o varios de sus términos.* 2.3.1. *Jurisdicción.* 2.3.2. *Idioma.* 2.3.3. *Leyes sustantivas.* 2.3.4. *Constitución y sede del Tribunal Arbitral.* 3. *Consolidación.* 3.1. *Reglas de la CCI.* 3.2. *Reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú).* 3.3. *Reglas del Centro de Arbitraje de México (CAM).* 3.4. *Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.* 4. *Conclusiones.*

El presente artículo tiene como propósito analizar el tema de las características, consecuencias y situaciones que se presentan en el arbitraje respecto de contratos coaligados que incluyan cláusula arbitral. En el presente se hará referencia a lo que debe entenderse por contratos coaligados, las formas en que estos últimos pueden vincularse a un mismo procedimiento arbitral en caso de surgir diversas controversias respecto de los mismo y aquellos casos en que dicha vinculación es imposible. Así, también se analizará la posibilidad de consolidar dos o más procedimientos cuyo origen se derive de contratos coaligados.

## 1. CONTRATOS COALIGADOS

Este tipo de contratos son producto del carácter complejo que, cada vez más, adquieren las nuevas relaciones comerciales; surgen porque en diversas ocasiones los comerciantes consideran pertinente elaborar respecto de una misma relación comercial distintos contratos que aborden los diversos temas que conforman su relación y su objetivo. Por ejemplo, elaboran un contrato relacionado con el ámbito comercial y la inversión y, por otro lado, un contrato respecto al pago e incluso uno más que detalle las garantías otorgadas<sup>1</sup>.

(\*) Socio de von Wobeser & Sierra, S. C., México. Profesor de Arbitraje en la Escuela Libre de Derecho

<sup>1</sup> PRYLES, Michael and WAICYMER, Jeffrey. "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties". En: *International Arbitration Conference*. Vol. 14. Dublin: ICCA Congress Series, 2009, p. 436.

Para estar en posibilidad de abordar la problemática del acuerdo arbitral en los contratos coaligados, es importante primero entender el significado de esta figura contractual.

LÓPEZ FRÍAS establece que los contratos coaligados se presentan “cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”<sup>2</sup>.

En México, los criterios emitidos por los más altos órganos jurisdiccionales han distinguido la vinculación que

puede existir entre distintos contratos y la han clasificado en unilateral y bilateral. “En la vinculación unilateral un negocio predomina y los demás le están subordinados, en la bilateral, los dos o más negocios son totalmente interdependientes, en el sentido de que la voluntad existe sobre todos ellos en un plano de igualdad. Una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> LÓPEZ FRÍAS, Ana. *Los Contratos Conexos*. Bosch, 1994, p. 35.

<sup>3</sup> Localización: Sexta Época; Registro: 273055; Instancia: Tercera Sala; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Volumen : Cuarta Parte, II; Materia(s): Civil; Tesis: Aislada; p. 75

*Genealogía:*

Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis relacionada con la jurisprudencia 108, p. 305.

*Contratos coaligados, rescisión de los.*

La doctrina jurídica contemporánea ha definido con precisión la figura de los llamados contratos coaligados. Los negocios coaligados como actos jurídicos interdependientes tienen una conexión económica objetiva entre sí y una unidad que deriva de la voluntad de las partes. De los dos elementos objetivo y subjetivo que les atribuye la doctrina, es el segundo el que en nuestro derecho mercantil tiene más trascendencia, pues de acuerdo con el artículo 78 del Código de Comercio, “en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse”. Ahora bien, de los tres tipos de vinculación que reconoce la doctrina, la que es verdaderamente importante es la vinculación por dependencia unilateral o bilateral, cuando dos o más negocios, cada uno constituyendo una figura, son deseados como un todo. En la vinculación unilateral, un negocio predomina y los demás le están subordinados; en la bilateral, los dos o más negocios son totalmente interdependientes, en el sentido de que la voluntad existe sobre todos ellos en un plano de igualdad. Una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados. La situación de dependencia permite concluir que si se viola un contrato, la contraparte puede pedir la rescisión no únicamente del mismo sino también la de los demás que estén vinculados. Así ocurre en el caso en que en los contratos guardan una situación bilateral o de mutua dependencia o bien cuando la violación se efectúa en un contrato principal al que los demás contratos están subordinados por una relación lógica de dependencia que deriva de la voluntad de las partes.



Los contratos coaligados que han recibido diversos nombres, tales como interdependientes, vinculados y conexos, entre otros, se encuentran vinculados bilateralmente, cada uno de los contratos que los conforman no se subordinan unos a otros, sino que están unidos entre sí y cumplen con ciertas características.

### 1.1. Características

La mejor forma de identificar los contratos coaligados es entendiendo las características que los conforman, estas características han sido establecidas por WHITSELL and SILVA-ROMERO<sup>4</sup> de la siguiente forma:

- a) Todos los contratos deben estar firmados por las mismas partes.

Los contratos coaligados siempre se refieren a una misma relación contractual y comercial, por lo tanto, es un elemento esencial de los mismos haber sido suscritos por las mismas partes, dando pie a entender que fue la intención de dichas partes realizar dos o más contratos vinculados a una sola operación comercial.

Aún más, esta característica encuentra su razón de ser en el principio *res inter alios acta*, es decir, los contratos surten efectos sólo entre las partes que lo celebran, por lo cual, no sería posible entender que un contrato se encuentra estrechamente vinculado a otro que no fue suscrito por las mismas partes<sup>5</sup>.

Ahora bien, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha establecido que es posible considerar como contratos coaligados aquellos que fueron firmados por dos diferentes compañías, cuando ambas pertenecen al mismo “grupo de compañías”, por ejemplo, una de ellas es la empresa controladora y la otra es una filial<sup>6</sup>.

- b) Deben estar relacionados a la misma transacción económica

Es importante mencionar que las transacciones económicas no están únicamente referidas a relaciones comerciales o mercantiles, sino que es posible que en contratos civiles se encuentre también este nexo<sup>7</sup>.

Amparo directo 4341/56. Hidroeléctrica del Amacuzac, S. A. 7 de agosto de 1957. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Mariano Ramírez Vázquez. Ponente: Mariano Azuela.

Nota: En el Apéndice 1917-1985, p. 305, la tesis aparece bajo el rubro “contratos coaligados, rescisión de los.”

<sup>4</sup> WHITSELL, Anne Marie and SILVA-ROMERO, Eduardo. “Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience”. En: Complex Arbitrations-Special Supplement 2003. ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 15.

<sup>5</sup> DE LA MADRID, Mario. *La convexidad contractual en los principios de UNIDROIT*. Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Mercantil en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, marzo 2006, p. 3. disponible en: <http://ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentación/inv%20otras%20entidades/UNAM/ij/ponencias%20070306/pdf/8-430p.pdf>.

<sup>6</sup> *Op. cit.*; p. 15.

<sup>7</sup> CRUZ MEJÍA, Andrés. “Contratos con Conexión Funcional o Contratos Coaligados”. En: *Revista de Derecho Privado*. México, Distrito Federal: Revista de Derecho Privado, nueva época, año V, num. 15, septiembre-diciembre 2006, p. 49.

Hay que tener mucha cautela al analizar la forma en que la transacción económica se encuentra establecida en cada contrato, ya que los contratos coaligados no se encuentran subordinados unos a otros, es decir, no debe haber un contrato principal y otros accesorios, sino que debe existir una relación de interdependencia entre cada uno de ellos.

## 2. COMPATIBILIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL

El hecho de que los acuerdos arbitrales de los contratos coaligados sean compatibles entre ellos genera una gran importancia al comprender que si dos o más procedimientos arbitrales se inician, cada uno respecto a una controversia de uno de los contratos, existe una posibilidad latente de aumentar los costos y el tiempo de tramitación y aún más, de obtener decisiones contradictorias entre sí que resulten en la imposibilidad de ejecutarlas.

El hecho de que una serie de contratos cumplan con las características establecidas en el capítulo anterior, no necesariamente significa que las controversias o disputas surgidas en relación con estos últimos puedan resolverse en un solo procedimiento arbitral. Además es necesario que cumplan con una característica esencial, es decir, las cláusulas de resolución de controversias de cada uno de los contratos deben ser compatibles entre ellas.

Al respecto surgen diversas posibilidades, entre las cuales se advierten:

(i) que los acuerdos arbitrales de todos los contratos coaligados sean idénticos en sus términos, (ii) que sólo en uno o varios de los contratos se establezca un acuerdo arbitral y que en otros sea omitido o; (iii) que los acuerdos arbitrales de cada uno de los contratos coaligados difieran en una o varias de sus características o términos.

### 2.1. Los términos de los acuerdos arbitrales son idénticos

Dentro del primer supuesto encontramos que la forma por excelencia para formar contratos coaligados con acuerdos arbitrales compatibles es insertando el mismo acuerdo arbitral en todos los contratos. Al realizar esta acción, es posible que en caso de controversia se puedan sujetar a un único procedimiento arbitral las cuestiones surgidas de los mismos. LEBOULANGER considera que al establecer todas las cláusulas arbitrales en términos idénticos se está dando a entender que es la intención de las partes considerar los dos contratos como una sola relación contractual y, que por lo tanto, las controversias surgidas de dichos contratos deberán resolverse en un solo procedimiento<sup>8</sup>.

### 2.2. Uno o varios de los contratos establecen un acuerdo arbitral y en otros es omitido

En relación al segundo supuesto, este es un tema que ha sido abordado por diferentes cortes en Estados Unidos, Suiza y Alemania, entre otros, en las cuales se

<sup>8</sup> LEBOULANGER, Phillipe. "Multi-contract Arbitration". En: *13 Journal of International Arbitration* 1996, p. 43

ha intentado realizar una interpretación basada en la lógica comercial de los contratos, estableciendo que es posible resolver controversias que surgen de distintos contratos en un solo procedimiento siempre y cuando todos esos contratos sean interdependientes<sup>9</sup>.

BERNARD HANOTIAU en su libro *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue and Class Actions*, establece que existen diversos casos franceses en los cuales se ha determinado que al tratarse de contratos coaligados, en los que uno contiene un acuerdo arbitral y el otro no hace mención a ninguna forma de resolución de controversias, entonces es posible entender e interpretar que las disputas o problemas surgidos de ambos contratos pueden ser resueltos conjuntamente en un solo procedimiento ante un Tribunal Arbitral o un solo árbitro, dependiendo el caso<sup>10</sup>.

En la Cámara de Comercio de Zurich en el caso número 2273/95, existían diversos contratos relacionados de los cuáles sólo algunos contenían un acuerdo arbitral que hacía referencia a dicha Cámara. Esta última se declaró competente para conocer de aquellas controversias surgidas del contrato que no contenía acuerdo arbitral o cláusula de jurisdicción mediante el siguiente argumento.

La Cámara estableció que cuando el contrato que contenía el acuerdo arbitral no daba lugar a controversias ya que necesitaba de otro u otros que lo completaran o especificarían, entonces, debería entenderse que las controversias que las partes imaginaron derivarían de los otros contratos coaligados y por lo tanto, el acuerdo arbitral debía ser aplicado a aquellos, siempre y cuando no tuvieran un propio acuerdo arbitral o cláusula de jurisdicción en sus propias cláusulas<sup>11</sup>.

Sin embargo, es importante resaltar la importancia que adquiere el alcance del acuerdo arbitral establecido sólo en uno de los contratos coaligados, ya que ese alcance debe ser lo suficientemente amplio para que no haya lugar a dudas sobre su aplicación en los demás contratos –presuponiendo que los demás carezcan de acuerdo arbitral alguno–.

Lo anterior, adquiere su importancia al entender que si el acuerdo arbitral es interpretado en el sentido de sólo ser aplicado al contrato en el que se encuentra, entonces, todas las controversias surgidas de los demás contratos deberán resolverse ante Tribunales Nacionales.

GARY B. BORN establece que el toque final para definir si posible tener un solo procedimiento arbitral es la intención de las partes y el lenguaje del acuerdo

<sup>9</sup> BORN, Gary B. *Consolidation, Joinder and Intervention in International Arbitration*. p. 1111, disponible en <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31381&query=content%3A%22multicontract%22>

<sup>10</sup> PRYLES, Michael and WAINCYMER, Jeffrey. "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties". En: *International Arbitration Conference*, Vol. 14. Dublin: ICCA Congress Series, 2009, p. 446.

<sup>11</sup> HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue and Class Actions*. United Kingdom, 1994, p. 266.

arbitral, ya que es en dichos elementos en donde recae el fundamento del arbitraje y todo dependerá de los términos amplios o estrechos en los que se redacte<sup>12</sup>.

La International Bar Association (IBA) ha creado una serie de lineamientos que pueden ser utilizados como base al momento de redactar el acuerdo arbitral de un contrato coaligado respecto a la competencia del Tribunal Arbitral para que éste puede entenderse competente para todos los demás contratos. Es importante saber que la cláusula se encuentra únicamente en el idioma inglés y que aún está en revisión, por lo tanto, la siguiente debe entenderse como una idea preliminar propuesta por la IBA.

La cláusula recomendada establece: *“The parties agree that an arbitral tribunal appointed hereunder or under [the related agreement(s)] may exercise jurisdiction with respect to both this agreement and [the related agreement(s)]”*<sup>13</sup>.

La traducción libre al idioma español podría ser: Las partes acuerdan que el Tribunal Arbitral nombrado en el presente o en [el (los) contrato(s) coaligado(s)] tienen competencia respecto a este contrato y [el (los) contrato(s) coaligado(s)].

Esta cláusula es una excelente base para redactar un acuerdo arbitral que permita la resolución de controversias en un solo procedimiento, sin embargo, es recomendable aumentar desde un inicio los diferentes elementos comúnmente

necesarios para iniciar un arbitraje, tales como el idioma, sede y número de árbitros, para que de esta forma, al momento de surgir cualquier controversia relacionado con cualquier contrato no haya disputa respecto a estos elementos básicos.

Asimismo, es recomendable establecer expresamente en los contratos coaligados que tienen dicha naturaleza jurídica, de forma que la voluntad de las partes se haga constar de manera indubitable sobre el deseo de vincular a los contratos entre sí.

### 2.3. Los acuerdos arbitrales difieren en uno o varios de sus términos

No siempre es el caso que los acuerdos arbitrales concuerdan en todos los términos o que se pueden aplicar de unos contratos a otros, y es en este tercer supuesto en el que hay que analizar con detenimiento la compatibilidad que existe entre ellos, para saber si es posible resolver todas las controversias en un solo procedimiento arbitral.

#### 2.3.1. Jurisdicción

Es importante someter al arbitraje de una sola institución arbitral las controversias de los distintos contratos, y abstenerse de realizar un sometimiento expreso a Tribunales Nacionales, ya que en caso de no hacerlo es posible que se terminen originando procedimientos

<sup>12</sup> BORN, Gary B. *Consolidation, Joinder and Intervention in International Arbitration*. p. 1111, disponible en <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31381&query=content%3A%22multicontract%22>

<sup>13</sup> IBA Guidelines for drafting International Arbitration Clauses, Final Draft for Consultation: March 9, 2009, disponibles en <http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=clauses>

paralelos respecto a cada uno de los contratos<sup>14</sup>.

En un caso, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI estableció que no era posible someter dos controversias provenientes de diversos Contratos Coaligados ante la misma, toda vez que uno de ellos contenía un acuerdo arbitral de la CCI y otro se sometía a las cortes de París.

### 2.3.2. Idioma

El idioma ha sido considerado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI como uno de los elementos de incompatibilidad en los acuerdos arbitrales, cuando no coincide en los contratos base del procedimiento arbitral. A este efecto ha establecido que no es posible iniciar un solo procedimiento cuando cada acuerdo arbitral establece un idioma diferente<sup>15</sup>.

### 2.3.3. Leyes Sustantivas

Hubo un caso analizado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en que los contratos coaligados establecían en sus respectivos acuerdos arbitrales distintas leyes sustantivas aplicables al fondo de las controversias, al respecto la Corte resolvió que sí era posible resolver las mismas en un solo procedimiento arbitral<sup>16</sup>.

### 2.3.4. Constitución y sede del Tribunal Arbitral

Aún más, cuando todos los elementos del acuerdo arbitral son idénticos, pero las partes establecieron diferentes métodos de constitución del Tribunal Arbitral o incluso diferentes sedes de arbitraje dichos acuerdos no son considerados como compatibles por la Corte<sup>17</sup>.

PRYLES y WAINCYMER, al respecto comentan que no debería ser conclusivo el hecho de que las partes hayan establecido diferentes sedes de arbitraje en cada contrato, ya que es posible que lo hayan hecho pensando en controversias respecto de uno solo de los contratos y no considerando así, diversas controversias basadas en los distintos contratos que debían ser resueltas en un mismo tiempo.

Dicha posición la ejemplifican con contratos coaligados en materia de construcción. Mencionan que existe la posibilidad que el contrato que se refiere al préstamo utilizado para construir el inmueble y aquél en el que se encuentran los términos y condiciones de la construcción se refieran a sedes distintas para llevar a cabo el arbitraje, toda vez que las partes consideraron en su momento que sería más prudente realizar el arbitraje respecto de este último en el lugar de ubicación del inmueble para facilitar su inspección y las controversias respecto al préstamo

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> WHITSELL, Anne Marie and Eduardo SILVA-ROMERO, "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience". En: *Complex Arbitrations-Special Supplement 2003*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 15

<sup>16</sup> BORN, Gary B. *Consolidation, Joinder and Intervention in International Arbitration*. p. 1111, disponible en <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31381&query=content%3A%22multicontract%22>

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 15

resolverlas en cualquier otra sede. Sin embargo, no es un hecho que al presentarse una controversia o varias que se relacionen con los diferentes contratos, no preferirían resolverlas en un mismo procedimiento<sup>18</sup>.

Este argumento puede ser utilizado en los diversos casos establecidos con anterioridad y de esa forma obtener un solo procedimiento, sin embargo, para ello ambas partes deberían expresar su consentimiento en un nuevo acuerdo arbitral, lo cual se dificulta cuando ya existe una controversia y estrategias legales de cada uno de los suscriptores de dichos contratos.

El análisis respecto a la compatibilidad debe ser muy cauteloso, ya que el consentimiento de las partes con el acuerdo arbitral es un elemento esencial para su validez. Por ello, es importante siempre analizar en la legislación nacional respectiva, la posición que adaptan en acuerdos arbitrales dentro de contratos coaligados y de esta manera evitar el riesgo de no poder ejecutar un laudo arbitral por falta de consentimiento para someterse al foro arbitral.

### 3. CONSOLIDACIÓN

Consolidación es el acto por el cual se unen uno o varios procedimientos arbitrales a otro ante un mismo Tribunal Arbitral.

La figura de la consolidación se presenta cuando ya existiendo un procedimiento arbitral se inicia uno distinto respecto del mismo contrato, un contrato coaligado o de la misma relación contractual. Es posible que el demandante en la primera demanda haya preferido iniciar un nuevo procedimiento en vez de presentar una reconvencción o incluso que el actor lo haya hecho como estrategia legal<sup>19</sup>.

El motivo por el cual es preferible en muchos casos para las partes consolidar los procedimientos, es por la eficiencia y costo de seguir dos procedimientos paralelos y para evitar resoluciones contradictorias en cada uno de ellos, sin embargo, al igual que en el principio del procedimiento arbitral no siempre es posible demandar la solución a controversias surgidas de contratos coaligados en un solo procedimiento, tampoco es siempre posible consolidar procedimientos una vez que uno de ellos han sido iniciados.

La forma, términos y requisitos para considerar procedente una consolidación se encuentran establecidos en las reglas de arbitraje de cada institución, por lo tanto, como un primer requisito para consolidar procedimientos deberá entenderse que todos aquellos se estén tramitando ante una misma institución<sup>20</sup>, por lo tanto, todos los contratos deberán haber establecido en su acuerdo arbitral el sometimiento

<sup>18</sup> PRYLES, Michael and WAICYMER, Jeffrey. "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties". En: *International Arbitration Conference*. Vol. 14. Dublin: ICCA Congress Series, 2009, pp. 489-490.

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue and Class Actions*, Chapter IV: Joinder of Parties and Joinder of Claims: Voluntary and Compelled Intervention of Third Parties, Cross-claims and Consolidation. Disponible en: [http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31015&query=AND\(content%3a%22consolidation%22%2ccontent%3a%22multicontract%22\)#a0098](http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31015&query=AND(content%3a%22consolidation%22%2ccontent%3a%22multicontract%22)#a0098).

a las mismas reglas para que opere la consolidación.

En virtud de lo anterior, a continuación se analizarán los requisitos establecidos en algunas de las Reglas de ciertas instituciones:

### 3.1. Reglas de la CCI

El artículo 4(6) de las Reglas de la CCI establece la posibilidad de consolidar diferentes procedimientos arbitrales siempre y cuando: (i) se cuente con la aprobación de la Corte Internacional de Arbitraje; (ii) haya sido a solicitud de parte; (iii) el acta de misión no haya sido firmada o aprobada por la Corte; y (iv) que ambos procedimientos sean entre las mismas partes y deriven de una misma relación jurídica, entendiendo como relación jurídica la misma transacción económica<sup>21</sup>.

Es este último requisito el que muestra la posibilidad de consolidar contratos coaligados cuando se cumplan con los demás requisitos mencionados.

SCHÄFER, VERBIST y IMHOOS consideran que la facultad de las Corte para consolidar los procedimientos es contraria al principio de autonomía de la voluntad de las partes<sup>22</sup>, sin embargo hay que considerar que fueron las partes las

que se sometieron de forma expresa a las Reglas de la Corte y por lo tanto, desde ese momento aceptaron la facultad de la Corte para resolver respecto a la consolidación.

A pesar de que el consentimiento de las partes no es considerado como un requisito para la consolidación, en los últimos años, la Corte ha dejado de ordenar la misma ante la objeción de una de las partes. En una de las ocasiones justificó su decisión en el hecho de que cada acuerdo arbitral establecía una sede distinta de arbitraje<sup>23</sup>. En este caso, se muestra la importancia de redactar acuerdos compatibles en los distintos contratos coaligados.

La IBA recomienda que al redactar las cláusulas arbitrales de los contratos coaligados se realice una anotación especial respecto al deseo de las partes de consolidar las controversias que surjan de cualesquiera de aquellos contratos<sup>24</sup>.

### 3.2. Reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú)

El centro de Arbitraje de la AmCham Perú regula la consolidación en su séptimo artículo, estableciendo como requisitos la existencia de un procedimiento anterior seguido bajo sus reglas, que sea relativo

<sup>21</sup> WHITSELL, Anne Marie and SILVA-ROMERO, Eduardo. "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience". En: *Complex Arbitrations-Special Supplement 2003*. ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 16.

<sup>22</sup> SCHÄFER, Erik; VERBIST Herman y IMHOOS Christophe. En: *ICC Arbitration in Practice* (Kluwer Law Intenational 2005) p. 34.

<sup>23</sup> *Op. cit.*

<sup>24</sup> IBA Guidelines for drafting International Arbitration Clauses, Final Draft for Consultation: March 9, 2009, disponibles en <http://www.ibanet.org/Search/Default.aspx?q=clauses>

a la misma relación jurídica, entre las mismas partes y que el acta de misión no haya sido firmada por las partes o aprobada por la Corte.

Cuando estos requisitos se cumplan, la Corte podrá, a solicitud de parte, consolidar la demanda al arbitraje pendiente.

Estas reglas establecen los mismos requisitos para la procedencia de la consolidación que las enunciadas en la Reglas de la CCI por lo tanto, deberán entenderse al respecto las mismas reflexiones hechas en párrafos anteriores.

### 3.3. Reglas del Centro de Arbitraje de México (CAM)

En México, el CAM también regula la figura de la consolidación, sin embargo, utiliza el nombre de acumulación de procedimientos para identificarla en el séptimo artículo de sus reglas.

Al describir esta figura, habla de una conexidad entre los procedimientos que se deseen consolidar. Esta característica puede ser interpretada de forma amplia y amparar cualquier tipo de conexión entre procedimientos, siendo que las mismas partes lo promuevan o que se trata de un mismo contrato o uno coaligado.

La amplitud de este requisito da a entender que los contratos coaligados pueden ser susceptibles de consolidarse al amparo de estas Reglas, siempre que el acuerdo arbitral así lo permita.

Además de la conexidad, se deben cumplir con otros requisitos, las partes deben solicitar al Secretario General la

acumulación siempre que en ninguno de los procedimientos se haya firmada por las partes o aprobada por el Consejo General, el acta de misión.

Estas Reglas presentan además en el tercer punto del artículo séptimo una posibilidad que no estaba contemplada en las reglas citadas con anterioridad. Establecen que si el acta de misión ya ha sido firmada en alguno de los asuntos, el Tribunal Arbitral del primero de ellos que se haya presentado podrá decretar la acumulación, siempre que lo solicite alguna de las partes y todas las demás estén de acuerdo.

Esta posibilidad resulta de gran importancia en el procedimiento cuando se trata de contratos coaligados, ya que permite a las partes alcanzar la meta de reducir costos, agilizar el procedimiento y eliminar la posibilidad de obtener laudos contradictorios en asuntos íntimamente relacionados.

### 3.4. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Este Reglamento al igual que el del CAM otorga a la figura jurídica que tratamos, el nombre de acumulación y en su artículo cuarto establece esta posibilidad bajo los siguientes requisitos: (i) las partes en ambos procedimientos deberán ser las mismas; (ii) las Cámaras tomarán la decisión una vez que hayan consultado a las partes y después de considerar todas las circunstancias, incluyendo el vínculo entre los dos procedimientos.

Como puede apreciarse, este ordenamiento no establece los lineamientos



de tiempo o cuestiones que deberán tomarse en cuenta para definir el vínculo sino que únicamente habla de todas las circunstancias del asunto.

De los ejemplos antes descritos puede verse que los elementos a considerar para la consolidación varía en las reglas de cada institución arbitral, sin embargo, es un factor común la necesidad de tener un vínculo o conexión entre ambos procedimientos, situación que impera en y forma parte de la naturaleza de los contratos coaligados.

Aunado a lo anterior, es menester hacer conciencia de la falta de regulación en los distintos ordenamientos respecto a los elementos que deben coincidir dentro de los acuerdos arbitrales de los contratos que dan pie a los distintos procedimientos. Ya que, el idioma, constitución del Tribunal Arbitral e incluso la sede del arbitraje pueden originar la imposibilidad de consolidar procedimientos, aún más, en aquellos casos en que las partes no fueron tomadas en cuenta para decidir al respecto.

En relación a la consolidación de procedimientos arbitrales que deriven de contratos coaligados, la IBA también ha propuesto una cláusula que aún se encuentra en revisión y que sólo deberá ser tomada como referencia, en los siguientes términos:

La cláusula recomendada establece: *“The parties consent to the consolidation of arbitrations commenced hereunder and/or under [the related agreements] as follows. If two or more arbitrations are commenced hereunder and/or [the related agreements], any party named*

*as claimant or respondent in any of these arbitrations may petition any arbitral tribunal appointed in these arbitrations for an order that the several arbitrations be consolidated in a single arbitration before that arbitral tribunal (a “Consolidation Order”). In deciding whether to make such a Consolidation Order, that arbitral tribunal shall consider whether the several arbitrations raise common issues of law or facts and whether to consolidate the several arbitrations would serve the interests of justice and efficiency.*

*If before a Consolidation Order is made by an arbitral tribunal with respect to another arbitration, arbitrators have already been appointed in that other arbitration, their appointment terminates upon the making of such Consolidation Order and they are deemed to be functus officio. Such termination is without prejudice to: (i) the validity of any acts done or orders made by them prior to the termination, (ii) their entitlement to be paid their proper fees and disbursements, and (iii) the date when any claim or defense was raised for the purpose of applying any limitation bar or any like rule or provision. In the event of two or more conflicting Consolidation Orders, the Consolidation Order that was made first in time shall prevail”.*

La traducción al idioma español podría ser: “Las partes acceden a la consolidación de arbitrajes iniciados respecto del presente y/o respecto de [los contratos coaligados] en los siguientes términos. Si dos o más arbitrajes son iniciados respecto del presente y/o respecto de [contratos coaligados] cualquier parte referido como actora o demandada en

cualesquiera de estos procedimientos podrá solicitar a cualquier tribunal arbitral designado en aquellos arbitrajes le otorgue una orden para que los distintos arbitrajes se consoliden en un solo arbitraje ante dicho tribunal arbitral (una “Orden de Consolidación”). En la decisión sobre realizar la Orden de Consolidación, el tribunal deberá considerar si los distintos arbitrajes tienen en común asuntos de derecho o de hecho, y si consolidar los distintos arbitrajes atiende a los intereses de justicia y eficiencia.

Si antes de que un tribunal arbitral realice una Orden de Consolidación respecto de otro arbitraje, los árbitros ya han sido designados en el otro arbitraje, su designación terminará al momento de realización de dicha Orden de Consolidación y se les considerará como *functus officio*. Dicha terminación es sin perjuicio de: (i) la validez de cualesquiera actos u ordenes realizadas por ellos antes de la terminación, (ii) su derecho a ser remunerados mediante los honorarios respectivos y los gastos erogados, y (iii) la fecha en que cualquier demanda o contestación se planteó para los efectos de aplicar cualquier impedimento sobre la prescripción o cualquier regla similar. Para el caso que dos o más Ordenes de Consolidación se encuentren en conflicto, la Orden de Consolidación que se haya realizado primero en tiempo deberá prevalecer”.

#### 4. CONCLUSIONES

El tema del acuerdo arbitral en los contratos coaligados es un tema aún

desregularizado que requiere una mayor atención por parte de las instituciones de arbitraje y de los mismos comerciantes que desean utilizar este medio alternativo de solución de controversias, ya que día con día son más las relaciones comerciales que utilizan este tipo de contratos. La creciente complejidad de las relaciones comerciales cada vez más abre la puerta para que se presenten problemas en métodos de solución de controversias resultantes de contratos coaligados.

Es fundamental al momento de realizar una serie de contratos coaligados identificarlos como tales y buscar coherencia entre los mismos respecto a su acuerdo arbitral, intentando vincular dichos acuerdos y asimilar unos a otros en los elementos que los integran tales como designación de árbitros, idioma, sede del arbitraje y sometimiento a ciertas reglas para poder proceder a la resolución de controversias de forma adecuada, simple y conforme a lo deseado por las partes en el caso que lleguen a presentarse, que es finalmente tener una solución certera a su disputa, no varias contradictorias.

Es necesario que las instituciones establezcan en sus ordenamientos reglas específicas sobre el manejo de este tipo de contratos desde el momento de presentación de la demanda, hasta la consolidación para el caso de presentarse y la vinculación que hay de los demás contratos coaligados con el procedimiento arbitral que se sigue respecto de uno de ellos. Estos temas no deben dejarse de lado, ya que son una realidad constante en el mundo del arbitraje y el comercio internacional.

---

# PANAMÁ

---



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

GILBERTO BOUTIN I. (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Origen, fundamento y ámbito del convenio arbitral.* 3. *De los presupuestos para la formación y validez del convenio arbitral.* 4. *De los efectos del Convenio Arbitral en el derecho interno e internacional privado.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto establecer los aspectos más relevantes del pacto o convenio arbitral dentro de la esfera del arbitraje interno e internacional privado en la legislación panameña. Instituto que juega un papel preponderante, en el plano de la actividad interna e internacional del comercio generado en y desde Panamá<sup>1</sup>, a través de los polos de economía nacional e internacional como lo son: la Zona Libre de Colón<sup>2</sup>, la Marina Mercante Internacional<sup>3</sup> y la operación de inversión y valores<sup>4</sup> del Centro Bancario del país.

El derecho arbitral es producto de la necesidad de profesionalizar y flexibilizar la actividad jurisdiccional en el dominio mercantil, haciendo de esta jurisdicción una jurisdicción autónoma y derogatoria del monopolio de la administración de justicia del Estado<sup>5</sup>.

En esta exposición haremos una síntesis de los temas ligados al contrato arbitral y, por ello, nuestra primera sección será dirigida al origen, fundamento y ámbito del convenio arbitral explicando la ideología de la ley panameña dentro de este instituto jurisdiccional. En segundo lugar, abordaremos los presupuestos para la validez del pacto o convenio arbitral

---

(\*) Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y redactor del Decreto Ley 5 de 1999 de Arbitraje Comercial en la Legislación Panameña.

<sup>1</sup> Artículo 694º Parágrafo 2, Literal B del Código Fiscal de Panamá.

<sup>2</sup> Ley Nº 18 de 17 de junio de 1948.

<sup>3</sup> Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999.

<sup>4</sup> Ley Nº 57 de 6 de agosto de 2008.

<sup>5</sup> DAVID, René. *L'Arbitrage dans le Commerce International*. Económica, 1982, p. 76.

bajo las condiciones clásicas que exige la naturaleza del tema contractual arbitral y, finalmente, una tercera sección relativa a los efectos sustantivo y procesales derivados del convenio arbitral, donde se expondrá de manera somera la problemática puntual del derecho aplicable y de la concurrencia de foros entre la justicia marítima internacional y el foro arbitral comercial a la luz del orden jurídico positivo panameño.

## 2. ORIGEN, FUNDAMENTO Y ÁMBITO DEL CONVENIO ARBITRAL

Con la reforma al Código Judicial de 1987<sup>6</sup>, se introduce el régimen arbitral panameño en dicho cuerpo legal como parte del sistema de solución de conflicto. Rápidamente, se observa la carencia de proyección especializada e internacional del foro arbitral como jurisdicción autónoma y profesional en el marco del comercio internacional<sup>7</sup>, dando lugar después de dos lustros a la inserción del Decreto Ley N° 5 de 1999<sup>8</sup> que dota al derecho nacional e internacional panameño

de una legislación arbitral especializada y cónsona con las tendencias del derecho moderno y convencional arbitral<sup>9</sup>.

La nueva reglamentación recibe la influencia de la ley modelo de 1985<sup>10</sup>, que incorpora la noción de arbitraje de comercio internacional; permitiendo, de esta manera, efectuar la decantación entre arbitraje interno e internacional. De igual manera, tolera la combinación de métodos paralelos a favor del tribunal arbitral pudiendo utilizar la concepción tradicional del método conflictual o conflictualista<sup>11</sup> con el método de la ley material o reglas materiales internacionales de aplicación inmediatas.

El decreto ley de 1999 que va a derogar la concepción judicialista o procedimental del arbitraje de 1987<sup>12</sup> introduce la tendencia ecléctica o híbrida del arbitraje<sup>13</sup> al engazar tanto la naturaleza contractual como jurisdiccional del arbitraje en el derecho positivo adecuando dicha institución a su verdadera razón de ser.

El convenio arbitral previsto en el Decreto Ley No. 5 es una expresión del *consensualismo moderno*<sup>14</sup> y que

<sup>6</sup> FÁBREGA, Jorge. *Examen del Código Judicial de 1987*. Impresora Panamá, 1991, p. 426.

<sup>7</sup> LANDERO, Ricardo. *El Arbitraje Comercial en la Legislación Panameña*. Imprenta Lil, 2004, p. 21.

<sup>8</sup> Gaceta Oficial No. 23,837 de 10 de julio de 1999.

<sup>9</sup> Convención de New York 1958. Gaceta Oficial 20,079 de 15 de Junio de 1984.

<sup>10</sup> CLUDE & CO, DUBAI. *The Changing face of arbitration in Dubai Arbitration International Bar Association Legal Practice Division*. Newsletter, September 2008, p. 45.

<sup>11</sup> MEYER, Pierre. *Droit International Privé*. Edition Montchretien, 1983, p. 93.

<sup>12</sup> Artículo 1446 Código Judicial.

<sup>13</sup> BOUTIN, Gilberto. *Del Arbitraje Comercial – Decreto Ley 5 de 1999*. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., 2001, p. 6.

<sup>14</sup> BOUTIN, Gilberto. *Del Rol de la Regla de la Autonomía de la Voluntad en los Convenios de Derecho Internacional Privado en América Latina: Código Bustamante 1928, Tratado de Montevideo 1889-1940 y Convención de México 1994.. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2008, p. 625.*

constituye la técnica contractual<sup>15</sup> de acudir a una justicia privada especializada<sup>16</sup> fundada en la regla de la autonomía de la voluntad de las partes.

El decreto ley regula y desarrolla la noción de convenio arbitral en su Capítulo II, Artículo 7º, señalando el carácter voluntarista de este tipo de justicia, en la cual las partes pueden someterse al foro arbitral para solucionar sus diferencias de derecho privado.

El ámbito del convenio arbitral es amplio y mucho más amplio que el concebido en la convención interamericana relativa al arbitraje comercial internacional, nacido de las conferencias especializadas de derecho internacional privado<sup>17</sup> en su artículo 1º. En la actual legislación el convenio arbitral como arquetipo o fórmula de sumisión jurisdiccional contempla todo tipo de obligaciones que sean susceptibles de alienación o de disponibilidad<sup>18</sup>; asimismo, engloba aquellas obligaciones fundadas en una obligación contractual como extracontractual<sup>19</sup>, pero el régimen del convenio arbitral en el derecho panameño es ambicioso, pues dentro de la economía del texto su dominio se extiende en igual sentido al arbitraje acordado por el Estado y las entidades autónomas o

descentralizadas incluyendo la empresa estatal más importante de la nación panameña que radica en la Autoridad del Canal de Panamá<sup>20</sup>.

Podemos acotar que la reglamentación material del convenio arbitral en Panamá a la luz de la disposición 7 del Decreto Ley No. 5 de 1999, consagra la generalización de la justicia arbitral tanto en el sector privado como en el sector público<sup>21</sup>.

### 3. DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA FORMACIÓN Y VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

Siendo el convenio una pieza clave en el desarrollo y ejecución del proceso arbitral, su naturaleza de orden convencional o contractual, nos obliga a examinar los presupuestos de dicho convenio que le conceden fuerza vinculante dentro del contexto jurídico nacional. La formación contempla el análisis *del consentimiento, de la capacidad y poder para comprometerse*, así como de la *licitud y prueba* del convenio arbitral. En nuestra introducción se estableció que la regla constitucional o fundamental del arbitraje interno e internacional es la autonomía de la voluntad.

<sup>15</sup> MOUSSERON, Jean Marc. *Technique Contractuelle*. Editorial Francis Lefebvre, Año 1988, p. 571.

<sup>16</sup> BOUTIN, Gilberto. "Arbitraje Comercial Interbancario". En: *Centro Financiero, Asociación Bancaria de Panamá*, Mayo – Junio de 1991.

<sup>17</sup> MAEKELT, Tatiana. *Conferencia Especializadas de Derecho Internacional Privado CIDIP*. Editorial Cosmos, 1979, p. 154.

<sup>18</sup> Artículo 2º L.A.

<sup>19</sup> Artículo 7º L.A.

<sup>20</sup> Artículo 7º párrafo segundo L.A.

<sup>21</sup> ESPINO ZAMBRANO, Federico. *La Contratación en el Sector Público*. Editorial Mizrachi Pujol, Panamá, 2002.

El tribunal arbitral está limitado por la irradiación de dicha voluntad contenida en el convenio arbitral<sup>22</sup>. El *consentimiento* debe ser libre y espontáneo y es apreciada su extensión en función de la regla de *competencia sobre la competencia* por el panel arbitral. La forma del consentimiento puede ser explícita o implícita. Empero, el arbitraje comercial o de derecho privado en Panamá no se presume<sup>23</sup>.

De ahí, se entiende que el consentimiento es explícito, cuando la voluntad de las partes se plasma indubitadamente en una cláusula del contrato o bien, en un compromiso que contiene la convergencia de sendas voluntades para acudir a la justicia privada arbitral en caso de *diferendum* o discrepancia originada por una reclamación de derecho privado. Pero la voluntad puede ser implícita producto de la comunicación o de la conducta de los co-contratantes que conducen a interpretar la anuencia de acudir al foro arbitral como técnica de solución de conflicto. Respecto a la *capacidad para comprometerse*<sup>24</sup> en el dominio arbitral como elemento fundamental a examinar, en este sentido habría que analizar, la capacidad en materia de personas naturales o físicas

y la capacidad en materia de personas jurídicas o morales. En el primer plano, referente a las personas naturales o físicas, se trata de regir la capacidad general de las mismas. Así, en el régimen de capitulaciones matrimoniales la capacidad para comprometerse de los contrayentes se somete a la ley que rige dicho convenio económico<sup>25</sup>. La capacidad del menor por la ley que establece la tutela o el alienado por la ley de la curatela decretado. Puede ser que en algunas legislaciones se establezca limitaciones en el dominio arbitral, como es el caso del derecho del consumidor en el cual el consumidor no está facultado para comprometerse *vis a vis* un profesional del comercio sino en el de recurrir en caso de controversia a una institución de protección al consumidor<sup>26</sup>.

En cuanto a la capacidad y poder de representación de las personas morales<sup>27</sup>, ella opera en función del estatuto corporativo de la sociedad en cuestión.

Los ordenamientos jurídicos están divididos entre la cultura del *derecho anglosajón* y el sistema de derecho continental romano germánico. Así, en el derecho anglo-americano o del derecho

<sup>22</sup> BOUTIN, Gilberto. "L'arbitrage au Panama". En: *Revista Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI. L'arbitrage commercial international en Amérique Latine, Supplément spécial*, 1997, p 65.

<sup>23</sup> *Affaire de Fuel And Marine Marketing Antilles Limited y Fuen and Marine Marketing Ll. Vs HDS Viscaya Ks*, de 19 de abril de 2007, Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

<sup>24</sup> BOUTIN, Gilberto. "La Capacidad de Comprometerse en el Arbitraje Comercial Internacional". En: *Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, 1986, p. 71.

<sup>25</sup> Artículo 10 C.F.

<sup>26</sup> CAMARGO VERGARA, Luís. *Derecho Procesal de los Consumidores Panamá*, 2009. p. 91.

<sup>27</sup> DUTARI AMORES, Aileen Rachel. *Del Régimen Jurídico de Poderes para ser utilizados en el Extranjero*. Tesis de Grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2006, p. 131.



anglosajón, la ley aplicable a la capacidad y sus formas de compromiso se somete a la ley del lugar de la incorporación. Una sociedad del Estado de Delaware se rige por la ley de su incorporación, dicha norma será la que regulará la capacidad de dicha corporación. Tratándose del sistema continental o derecho escrito romano-germánico, la ley que regula la capacidad es la ley de la sede social. Así, en una sociedad constituida en Panamá para la exportación de vinos portugueses desde Coimbra, el juez francés en caso de ser competente en un litigio internacional señalará que, la capacidad societaria de dicha sociedad se somete a la ley de la sede social en Portugal y no a la ley de su incorporación.

Los árbitros frente a esta disyuntiva podrán descartar este método conflictual y acudir a una eventual regla material de buscar la capacidad comercial propia del giro económico de la sociedad de forma directa sin tener que emplear el sistema conflictual<sup>28</sup>. Este razonamiento es objeto de discusión pues, el mismo puede conllevar a invalidar el propio fallo arbitral en un momento dado si el Estado del lugar de ejecución de su legislación discrepa de tal razonamiento<sup>29</sup>.

La licitud del convenio debe ser apreciada *a priori* para justificar el

perfeccionamiento del convenio arbitral. De lo anterior, se infiere, como regla general, que en todo contrato su objeto debe ser lícito. Por ello, hablar de la licitud del convenio arbitral conduce a hablar de la arbitrabilidad del objeto del proceso arbitral.

La licitud debe ser entendida dentro del marco contractual pactado por las partes y dentro del ámbito de la ley que gobierne dicho contrato arbitral. En el derecho arbitral comparado observamos que ciertos ordenamientos jurídicos establecen que todo derecho patrimonial es arbitral<sup>30</sup>. Según la legislación helvética mientras que para el derecho panameño en su artículo 2° establece que tan solo son arbitrables aquellos derechos que sean de carácter dispositivo; es decir, subjetivos y susceptibles de alienación. *Por el contrario*, no serán objeto de arbitrabilidad aquellas materias que no sean objeto de alienación como los bienes culturales o los derechos personalísimos o en fin, aquellas materias que por mandato de ley estén sujetas a una jurisdicción privativa<sup>31</sup>, como es el caso de los derechos del consumidor o bien, las relaciones individuales de derecho laboral. Cabe apuntar que la postura del legislador nacional no limita el debate del espacio del contencioso arbitral al dominio exclusivo de derecho comercial pudiendo someter al foro arbitral nociones fronterizas como

<sup>28</sup> FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Editorial Litec, 1996, p. 269.

<sup>29</sup> ESQUIVEL, Ramiro. *La Acción de Exequátur en el Código Judicial y el Código Bustamante*. Edición Mundo Jurídico, 2002, pp. 587 y ss.

<sup>30</sup> BOUTIN, Gilberto. "Jurisprudencia Panameña". En: *Revista Internacional y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey*. Otoño 2007, p. 23.

<sup>31</sup> JAIME, Margie. *La ley de aplicación inmediata o loi de police en el derecho internacional privado*. Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Año 2003-04, p. 372.

el régimen patrimonial de capitulaciones entre cónyuges.

En torno a la prueba en el dominio del convenio arbitral hay que precisar que la justicia arbitral descansa en la esfera del consensualismo contractual. Pero si precisa tanto el Decreto Ley No. 5 de 1999, como la convención de Panamá de 1975 el carácter documental y probatorio del contrato arbitral tanto en la disposición 8 de la legislación interna como en el Artículo 1 de la Convención Interamericana de Panamá de 1975. La ley interna expresa que el convenio arbitral podrá expresarse de diversas formas como cláusula incorporada al contrato principal, como cláusula compromisoria independiente o producto de la concordancia de la declaración de las partes en donde se desprenda una común voluntad<sup>32</sup>. En la disposición de convención presenta dos fórmulas que son la materialización del convenio arbitral firmado o bien una segunda hipótesis inferida de canje de cartas, telegramas o comunicaciones de télex.

En los dos primeros aspectos son formas escritas explícitas. Mas la razón de la prueba escrita o documentaria del convenio arbitral radica, en la interpretación restrictiva sobre la vigencia y validez del pacto arbitral. La regla sobre la prueba del convenio arbitral está íntimamente ligada a la expresión de voluntad real y efectiva de las partes en acudir al foro arbitral convenido. Dentro de esta misma interpretación, ello conduce a evitar la

denominada *interpretación hipotética institucional* o judicial que consiste en la subrogación de la voluntad natural de los contratantes por la voluntad del juzgador, técnica que podría conducir a adaptaciones abusivas del convenio arbitral.

#### 4. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL PRIVADO

Los efectos del convenio arbitral tanto en las fuentes de derecho interno como de derecho internacional privado descansan en la regla latina *lex inter partes*<sup>33</sup>. Sin embargo, todo dependerá de la forma de expresión o consistencia de las cláusulas arbitrales. La doctrina como la propia ley apunta dos grandes efectos derivados del perfeccionamiento del convenio arbitral. Así, el artículo 11 del decreto ley expresa que los efectos del convenio arbitral son sustantivos y procesales. Ésta misma concepción ideológica relativa a los efectos del convenio arbitral en el plano convencional internacional está contemplada en los Artículos 2º y 3º de la Convención Interamericana de 1975.

Lo que permite deducir claramente de las posturas tanto del derecho arbitral interno e internacional, se centra en los efectos del derecho aplicable escogido por las partes en primer término y, luego, en segundo término, en los efectos relativos a

<sup>32</sup> Artículo 8º L. A.

<sup>33</sup> CHILLÓN MEDINA, J.M.y MERINO MERCHANT, José Fernando. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 694.

la propia competencia que se traduce como el régimen jurisdiccional arbitral.

El efecto concerniente al derecho sustantivo o material se traduce en el derecho de las partes, de poder escoger el derecho que hubieran plasmado en el convenio arbitral redactados por ellos. Hipotéticamente hablando, se trata de la ley del contrato cuya conexión puede basarse en: la ley del lugar de la celebración del contrato como indicio típico y propio de la tradición de la escuela italiana medieval<sup>34</sup>; o bien, la ley del lugar de cumplimiento de la obligación o el derecho del Estado al cual tenga vínculos más estrechos<sup>35</sup>. El espectro de factores de conexión son múltiples con la intervención del Artículo 5 del Decreto Ley de 1999, que prevé otras conexiones distintas a las precedentes tales como: el establecimiento principal o la conexión más estrecha lo cual permite la búsqueda de dicha norma basada en factores económicos del negocio jurídico por parte del panel arbitral.

Dentro de los efectos sustantivos nos encontramos con la posibilidad de aplicar normas *anacionales de carácter supletorio* ya sea invocadas por las partes o aplicables *ex officio* según lo dispuesto en el artículo 27 del régimen de arbitraje comercial panameño. En este sentido, señala la disposición en comento que el Tribunal apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que

gobierne la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio de *UNIDROIT*.

En el plano convencional el rol de la autonomía permite no solo la escogencia del derecho aplicable sino que reconoce el poder de escoger a los árbitros que podrán ser nacionales o extranjeros; así como designar un tercero o institución para la administración del proceso arbitral internacional<sup>36</sup>. La Convención precitada introduce la novedad de suplir el vacío omisivo de las partes en cuanto a la escogencia de la *lex procesali* al señalar que en caso de silencio respecto a las reglas de procedimiento se aplicaran las reglas de procedimiento de Comisión Interamericana de Arbitraje con sede en Washington.

En resumen, los efectos sustantivos permiten a las partes escoger un derecho material extranjero, convencional o internacional, así como regla anacionales propias del nuevo *ius mercatorio* internacional reconocido<sup>37</sup>.

En cuanto a los efectos procesales derivados del convenio o pacto arbitral en el plano interno e internacional su dimensión e intensidad no es la misma.

En el plano interno se reduce a la prioridad de la justicia arbitral frente a la

<sup>34</sup> BATIFFOL, Henri. *Les Contrats en droit international privé comparé*. Mc Gill University, 1981, p. 31.

<sup>35</sup> Artículo 9 de la Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994.

<sup>36</sup> Artículo 2 Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>37</sup> BOUTIN, Gilberto. *Autour de la réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen*. *Uniform Law Review*, *Unidroit Vol III*, 1998 2/3, p. 305.

competencia judicial del juez estatal. Esta aseveración es contemplada en el párrafo tercero del artículo 11 que enfoca que los jueces y tribunales que conocieren de cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, se inhibirán del conocimiento de la causa.

Los efectos procesales en el plano internacional, evocan los problemas de conflicto de jurisdicción pudiéndose presentar los problemas de concurrencia de foros<sup>38</sup> entre el foro estatal y el foro arbitral internacional.

La atomización de foros derivados del comercio internacional, así como, el choque de culturas judiciales entre el derecho anglosajón y el derecho continental codificado cada vez se intensifican más en nuestra región, vía la utilización de la excepción judicial del *forum non conveniens*<sup>39</sup>. Antes de la reforma constitucional de 2004, el principio de competencia sobre competencia fue decretado anticonstitucional. Pero, además, producto de la legislación marítima

de Panamá que ha establecido una jurisdicción internacional en este campo introduciendo reglas de competencia judicial exorbitantes<sup>40</sup>, las cuales generan la concurrencia de foros entre el foro marítimo y el foro arbitral. Una demanda de secuestro en virtud del principio de competencia judicial *forum arresti* en contra de un navío de nacionalidad venezolana permite adjudicarle la competencia judicial al tribunal marítimo en detrimento de una cláusula compromisoria de arbitraje. Con el advenimiento de la regla de competencia sobre competencia elevada a norma constitucional, la prevalencia del foro arbitral en el derecho comercial interno se ha realmente consolidado, mientras que, en el plano de la jurisdicción internacional marítima, los precedentes se manifiestan de manera oscilante en función del principio de la caducidad tácita de la cláusula compromisoria de arbitraje frente al *forum arresti* o bien, en virtud de una interpretación generalizada respecto a las reglas de competencia judicial marítima de considerarlas como de orden público internacional<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> USUNIER, Laurence. La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé. *Económica*, 2008, p. 101.

<sup>39</sup> BOUTIN, Gilberto. *Forum non conveniens*. *Cultural Portobelo* 238 - 2003, p. 39.

<sup>40</sup> BOUTIN, Gilberto. Les règles de compétence judiciaire exorbitantes dans le droit maritime panaméen. *Mélanges Offert en honneur de Jacques Foyer, Économica*, 2008, p. 163.

<sup>41</sup> *Affaire de la Sala civil de la Corte Suprema de Panamá: Transportes Modernos del Caribe S.A. vs Zim Intergrated Shipping Services Ltd o Zim Americana Intergrate Shipping Company Inc.*, Jurisprudencia.

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

MIRIAM GISELLE FIGUEROA DE ARIAS (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Convenio Arbitral.* 2.1. *Concepto.* 2.2. *Tipos de Convenio.* 2.3. *Naturaleza Contractual del Convenio Arbitral.* 2.4. *Requisitos de Validez del Acuerdo Arbitral.* 2.4.1. *Capacidad de las partes.* 2.4.2. *Objeto y causa lícitos.* 2.4.3. *Consentimiento y su forma.* 2.4.4. *Arbitrabilidad Objetiva.* 2.4.5. *Requisitos especiales del Convenio Arbitral según la legislación panameña.* 2.4.5.1. *Designación de los miembros del Tribunal o su forma de designación.* 2.4.5.2. *Reglas de Procedimiento aplicables o su remisión a las de un centro de arbitraje.* 3. *Importancia de una adecuada expresión de la voluntad de las partes.* 4. *Conclusión y Consideraciones Finales.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje tiene su punto de partida en la voluntad de las partes de solucionar sus controversias mediante arbitraje y de excluir a la jurisdicción ordinaria de esa misión. Siendo ello así, el convenio arbitral representa la piedra angular del arbitraje y para lograr su adecuado desarrollo, las partes de una relación jurídica deben procurar pactar un acuerdo arbitral, en el que se exprese de manera inequívoca su voluntad de someter el conocimiento y

decisión de las diferencias que surgieran entre ellas a la justicia arbitral, evitando en lo posible contradicciones, errores o inexactitudes que de manera indudable generarían afectaciones al normal desenvolvimiento del proceso o harían vulnerable la decisión del tribunal.

Dado el interés de las partes de resolver sus disputas por la vía arbitral, éstas deben procurar cubrir las condiciones para que el convenio arbitral surta todos sus efectos, los cuales son coincidentes en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

---

(\*) Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, con Maestría en Derecho Internacional, Comercial y Bancario, con énfasis en Arbitraje, Tulane University. Socia de FIGUEROA-BROCE ABOGADOS, Panamá. Árbitro y Secretaria de Tribunales Arbitrales. Miembro del Consejo Consultivo del Centro de Solución de Conflictos.

Agradezco la colaboración de la Licenciada Idelcarmen Pérez de Palma, Directora del Centro de Solución de Conflictos (CESCON), institución dedicada a la administración de procesos arbitrales en Panamá.

La legislación panameña atribuye al acuerdo arbitral efectos sustantivo y procesal<sup>1</sup>. El efecto sustantivo se traduce en la obligación que recae en las partes de cumplir lo pactado y de formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

El efecto procesal implica la necesaria declinación de la competencia por parte de los tribunales de la jurisdicción ordinaria y la atribución de la facultad de administrar justicia al tribunal arbitral.

## 2. CONVENIO ARBITRAL

### 2.1. Concepto

El Convenio Arbitral es un acuerdo de voluntades de las partes de una relación jurídica, mediante el cual disponen de someter a decisión arbitral las controversias que pudieren surgir o hayan surgido entre ellas.

Tanto la Ley Peruana de Arbitraje<sup>2</sup>, en adelante LA, como la legislación arbitral panameña<sup>3</sup> regulan de manera muy similar a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI<sup>4</sup> el concepto y los aspectos básicos del convenio arbitral.

Los cuerpos normativos en mención son coincidentes en establecer que se trata de un acuerdo de partes, mediante el cual éstas pueden someter a la decisión arbitral controversias ya surgidas o que pudiesen surgir entre ellas, sin exigir que se especifiquen los puntos o temas que estará llamado a decidir el tribunal arbitral. Como expondremos con posterioridad, el detallar o señalar taxativamente los conflictos que serían objeto de decisión arbitral, limitaría el conocimiento del árbitro a los conflictos estrictamente identificados en el compromiso.

Por otra parte, las legislaciones peruana y panameña comentadas, así como la LM, establecen la posibilidad que la relación jurídica de las partes

<sup>1</sup> Artículo 11º del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, mediante el cual se establece el Régimen General de Arbitraje en Panamá, en adelante DL.

<sup>2</sup> La Ley Peruana de Arbitraje de 28 de junio de 2008 establece en detalle en su artículo 13º el contenido y forma del convenio arbitral y en lo pertinente a lo comentado en este aparte, el inciso 1 de este artículo dispone que “el convenio es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contrato o de otra naturaleza”.

<sup>3</sup> El DL de Arbitraje de Panamá, inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL dispone en su artículo 7º que “el convenio arbitral es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no”.

<sup>4</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 y modificada en el año 2006, en adelante la Ley Modelo o LM), en su artículo 7º, numeral 1) señala que “el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

sea contractual o de otra naturaleza, de manera que los conflictos que surgieren entre las partes, por razón de cualquier tipo de relación jurídica puedan ser objeto de decisión arbitral y no solo aquellas controversias surgidas entre partes que hayan formalizado una relación contractual.

## 2.2. Tipos de Convenio

El convenio arbitral puede consistir en una cláusula incluida en un contrato o tratarse de un acuerdo independiente. El DL reconoce, además, la existencia del acuerdo cuando medie una declaración unilateral de sometimiento a arbitraje por una de las partes, seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes involucradas en el conflicto.

Conforme las regulaciones modernas de arbitraje, cualesquiera de las modalidades de convenio obligan a las partes a recurrir a la justicia arbitral para la solución de sus controversias, generándose el efecto positivo de investir a los árbitros de facultades jurisdiccionales y el efecto negativo de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria.

Siendo ello así, la cláusula arbitral reviste de la autonomía suficiente para producir los efectos propios de un convenio arbitral, sin necesidad de ser ampliada o desarrollada mediante un compromiso posterior.

Sobre este aspecto, no obstante, hay voces en la doctrina que fundados en legislaciones nacionales plantean

criterios distintos al esbozado. En tal sentido, ROQUE CAIVANO, señala que “la cláusula compromisoria reviste carácter meramente preparatorio, en aquellos casos en que se considere necesario celebrar un posterior compromiso arbitral, por no haberse previsto en dicha cláusula todos los detalles de funcionamiento del juicio arbitral. Pero, a diferencia de otros contratos preparatorios en los que no es exigible judicialmente la celebración del contrato definitivo, sino solamente la rescisión del contrato y el pago de las pérdidas e intereses, en nuestro caso existe una norma específica que habilita la acción judicial para hacer cumplir *in natura* el contrato preliminar de arbitraje y obligar a la parte demandada a celebrar el contrato definitivo (...)”<sup>5</sup>.

Explica el autor que su posición es general y que en tal sentido conlleva la posibilidad de excepciones cuando el compromiso arbitral no sea necesario, planteando que su posición se basa en la legislación argentina, la cual considera debe eliminar el requisito de celebración del compromiso arbitral.

Evidencia ello que aún existen legislaciones que requieren que la cláusula arbitral sea desarrollada mediante un compromiso arbitral.

Las regulaciones modernas confieren a los distintos tipos de convenio los mismos efectos y establecen similares requisitos del acuerdo arbitral, independientemente de la modalidad de que se trate. En tal sentido, no es usual que se establezcan requerimientos de forma y fondo especiales para cada tipo

<sup>5</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2000, p. 130.

de convenio, aún cuando existen claras diferencias entre los distintos tipos de acuerdo.

Este no es el caso de la legislación argentina que señala explícitamente los requisitos que debe contener el compromiso, produciendo su omisión la nulidad del acuerdo, salvo que las partes subsanen tal situación al no oponerse en el término fijado por esa legislación. Esta legislación enuncia algunas cláusulas que las partes pudieran pactar en sus compromisos, adicionales a las básicas, y a las que la falta de su determinación no genera nulidad alguna.

De igual manera, la legislación colombiana establece expresamente los requisitos esenciales del compromiso, señalándose como requisitos de la cláusula compromisoria aquellos aplicables al contrato principal.

### 2.3. Naturaleza Contractual del Convenio Arbitral

Es predominante en la doctrina, la consideración de la naturaleza contractual del convenio arbitral, sin embargo, existen algunas consideraciones que atribuyen al acuerdo una naturaleza jurisdiccional o mixta.

Paula MARÍA ALL pareciera inclinarse por considerar que el acuerdo de arbitraje tiene una naturaleza híbrida, en vista que el convenio se configura como un contrato pero con el objetivo de producir efectos

procesales. Señala la autora que, “a pesar del marcado tinte procesalista, coincidimos con que no es recomendable caracterizar al convenio como un pacto procesal accesorio del contrato y al arbitraje como un simple equivalente jurisdiccional privado del poder judicial del Estado, debido a que esta conceptualización dejaría fuera algunos elementos de la institución (...)”<sup>6</sup>.

Por otra parte, en la doctrina hemos ubicado criterios particulares en cuanto a la naturaleza del convenio. Algunos autores colombianos, conciben el acuerdo de arbitraje como una convención, más que como un contrato. Sin embargo, Julio BENETTI SALGAR pareciera restarle relevancia a esa distinción, en lo que a sus requisitos básicos se refiere. En tal sentido, señala que “trátese de un contrato o de una convención, estas dos figuras están sujetas a los mismos requisitos de fondo que supone cualquier acto de voluntad (...)”<sup>7</sup>.

A pesar de algunas corrientes doctrinales distintas, reiteramos que es predominante la atribución de una naturaleza contractual al acuerdo. Es claro que surge entonces la necesidad de que concurren los requisitos básicos de existencia y validez de todo contrato.

### 2.4. Requisitos de Validez del Acuerdo Arbitral

El Acuerdo Arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos (consentimiento válido y no

<sup>6</sup> ALL, Paula María. *Arbitraje*. Buenos Aires: DeCITA, 2004, p. 30.

<sup>7</sup> BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. 2da edición. Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 74.



viciado, prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse, sobre un objeto lícito, con las formalidades legales correspondientes), además de cumplir con los requisitos de validez formal y material aplicables de manera particular al acuerdo arbitral, como la arbitrabilidad objetiva de la controversia, siendo objeto de nuestro tratamiento en estas notas únicamente lo relativo al consentimiento de las partes y los requisitos aplicables de manera particular al convenio arbitral, no sin antes hacer una muy breve referencia a los requisitos de validez generales de los contratos.

#### 2.4.1. Capacidad de las partes

Como premisa general, las partes contratantes deben tener capacidad para prestar consentimiento, mismo que debe estar ausente de vicios.

Tratándose de personas naturales, habría que determinar si la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes sería la del domicilio de la persona o la ley aplicable al contrato. En cuanto a la incapacidad de las personas jurídicas, habría que referirse a la ley del lugar de constitución de la sociedad o a la ley aplicable al contrato.

En lo relativo a la capacidad del Estado para pactar un convenio arbitral

y comparecer al proceso, dependerá igualmente de las atribuciones, limitaciones y requerimientos que establece cada ordenamiento jurídico aplicable.

La ley panameña establece con claridad la validez de la sumisión al arbitraje pactada por el Estado y las entidades públicas.

La capacidad de las partes es un requisito *sine qua non* para la validez del acuerdo, por lo que es un tema que usualmente las legislaciones contemplan que esté sujeto al control de la jurisdicción ordinaria.

En tal sentido, la Convención de Nueva York<sup>8</sup> establece la posibilidad de denegación del reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando las partes sean incapaces conforme a la ley aplicable.

La LM dispone de igual manera, que la incapacidad de cualquiera de las partes puede ser motivo de anulación del laudo<sup>9</sup>, así como denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo<sup>10</sup>.

De igual manera, conforme al DL, una de las condiciones que, de probarse, pueden impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en Panamá es la incapacidad de alguna de las partes del convenio o la invalidez del acuerdo<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, en adelante CNY, establece en su artículo V las causales de negativa del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, entre las que menciona la incapacidad de las partes.

<sup>9</sup> Artículo 34º, aparte 2) a) i) de la LM.

<sup>10</sup> Artículo 36º, aparte 1) a) i) de la LM.

<sup>11</sup> El artículo 41º del DL establece:

“Artículo 41: Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, si concurren algunas de las circunstancias siguientes:

## 2.4.2. Objeto y causa lícitos

Todo contrato debe contar con un objeto y una causa lícita. La legislación panameña establece que pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio, los servicios que no sean contrarios a la ley o las buenas costumbres y las cosas o servicios posibles y determinados<sup>12</sup>. La causa de los contratos no puede ir en contra de la ley o la moral<sup>13</sup> y su falsedad da lugar a la nulidad del contrato.

## 2.4.3. Consentimiento y su forma

El consentimiento como uno de los requisitos necesarios para la validez de los contratos debe estar libre de vicios y su manifestación debe cumplir con las formalidades exigibles por la ley aplicable a los contratos.

El arbitraje tiene su génesis en el acuerdo de voluntades que se manifiesta por oferta y aceptación, mediante las cuales las partes convienen someter sus discrepancias a una decisión arbitral.

Para que la voluntad surta sus efectos debe ser exteriorizada. La “manifestación puede ser expresa, tácita o inducida por presunción de la ley. Será expresa cuando

se formule por escrito, verbalmente o por signos inequívocos; tácitos cuando resulte de actos que la presupongan, por los que pueda conocerse la existencia de la voluntad. En determinados supuestos, la propia ley autoriza a tenerla por presumida”<sup>14</sup>.

En cuanto a los requisitos de forma del consentimiento mucho se ha discutido en la doctrina si el contrato de arbitraje debe constar por escrito o si puede tratarse de un acuerdo verbal.

ARTURO SANABRIA GÓMEZ plantea que el acuerdo arbitral se perfecciona cuando se observan las formalidades del tipo de contrato de que se trate. Señala este autor que, tratándose de un contrato solemne la forma es de su sustancia, por lo que se perfecciona una vez se cumplan las formalidades especiales a las que esté sujeto y si, por el contrario, la naturaleza del acuerdo de arbitraje es consensual, su perfeccionamiento depende del simple encuentro de voluntades<sup>15</sup>.

La naturaleza consensual o solemne del contrato de arbitraje ha sido objeto de tratamiento por la doctrina internacional. Algunos autores son del criterio que, aún en el caso de que la cláusula compromisoria deba constar en un documento, no es un

1. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que ha quedado establecido :

a) Que una de las partes en el convenio arbitral estaba sujeta a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo (...)."

<sup>12</sup> Artículos 1122º a 1124º del Código Civil Panameño (en adelante CCP).

<sup>13</sup> Artículo 1126º del CCP.

<sup>14</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*; p. 109.

<sup>15</sup> SANABRIA GÓMEZ, Arturo. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005 p. 154.

contrato solemne, dado que la exigencia del documento solamente tiene repercusiones en materia de prueba<sup>16</sup>, cuya relevancia se presenta cuando una de las partes desconoce o procura desconocer el contrato. Es criterio de este sector doctrinal, que el hecho de que la cláusula compromisoria deba constar en un documento no la convierte en un contrato solemne.

Para SANABRIA GÓMEZ, sí se hubiere querido condicionar la validez del acuerdo arbitral a su constancia escrita, se hubiere regulado así expresamente por la legislación. Concluye este autor que el contrato de arbitraje no es solemne; que los convenios arbitrales están sujetos a formalidades con fines probatorios y que el simple encuentro de voluntades de las partes adquiere el carácter de contrato de arbitraje propiamente dicho<sup>17</sup>.

De acuerdo a los autores FOCHAR, GAILLARD y GOLDMAN, aún cuando en el derecho interno francés el escrito es un requisito sustancial de la cláusula compromisoria en la medida en que las normas disponen que la falta del mismo genera su nulidad, el derecho francés del arbitraje internacional condena el formalismo y se atiene estrictamente al principio del consensualismo con respecto a la convención de arbitraje<sup>18</sup>.

Posición contraria han planteado autores como Julio BENETTI SALGAR y Marco GERARDO MONROY, quienes han expresado que la cláusula compromisoria debe constar por escrito, opiniones emitidas con fundamento en legislaciones nacionales<sup>19</sup>.

La Convención de Nueva York establece como requisitos que el acuerdo conste por escrito, pero ampliando la condición de escrito al intercambio de notas o telegramas<sup>20</sup>.

La LA y el DL disponen un tratamiento similar exigiéndose a las partes que su voluntad la hagan constar por escrito, lo que no implica de manera alguna un sentido restrictivo de esta condición, muy por el contrario señalan que se entiende por escrito cualquier intercambio o curso de comunicaciones (telegrama, facsímile, correo electrónico, entre otros) en las que se exprese la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje<sup>21</sup>.

Como hemos expresado antes, el ordenamiento jurídico panameño atribuye la condición de convenio escrito a toda forma de comunicación, siempre que se acredite la voluntad inequívoca de las partes de someter sus conflictos a la decisión arbitral.

<sup>16</sup> Entre ellos, ARTURO SANABRIA GÓMEZ.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Citados por SANABRIA GÓMEZ, Arturo. *Op. cit.*; p. 159.

<sup>19</sup> *Ibidem*; p. 155.

<sup>20</sup> Artículo II.2 de la Convención de Nueva York

“La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

<sup>21</sup> Tratamientos inspirados en la Ley Modelo.

Por otra parte, la LA de manera muy similar a la Ley Modelo de UNCITRAL reconoce la existencia del convenio escrito cuando medie un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que una parte afirme su existencia, sin ser negada por la otra.

De igual manera, éstos dos cuerpos normativos –LA y Ley Modelo– dan espacio a la posibilidad de pactar una cláusula por referencia al contener un contrato una referencia a un documento que incluye una cláusula compromisoria, siempre y cuando la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato, situación esta no prevista expresamente por la legislación panameña.

Por su parte, la ley panameña establece como otra modalidad de convenio, la declaración unilateral seguida de una adhesión de la otra parte del conflicto<sup>22</sup>.

Concluye Santiago TALERU RUEDA que “la exigencia de un acuerdo arbitral “por escrito”, comprendida por instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York y por legislaciones arbitrales como la Ley Modelo de Uncitral, ha sido interpretada por las cortes de diferentes jurisdicciones de manera extensiva, lo cual ha producido una tendencia a considerar que dicha exigencia, en lugar de constituir un requisito de validez formal, se ha convertido en un requisito *ad probationem*”<sup>23</sup>.

Efectivamente, las legislaciones modernas a pesar que plantean la necesidad de que el contrato de arbitraje conste por escrito, asimilan tal condición a cualquier documento del que se deduzca la voluntad inequívoca de las partes a someter sus conflictos a arbitraje e inclusive algunos ordenamientos dan cabida para que el acuerdo arbitral sea verbal y algunos autores son evidentes defensores de la posibilidad de que el contrato de arbitraje sea verbal, claro está, siempre que la voluntad de las partes sea inequívoca.

Con respecto a la formalidad de la cláusula arbitral también es importante revisar si existe la necesidad de que el documento que recoge el compromiso arbitral se encuentre firmado por las partes.

La legislación panameña<sup>24</sup>, al igual que los cuerpos normativos antes citados, dispone que el documento que contenga el acuerdo arbitral debe estar firmado por las partes haciendo referencia a la forma escrita del mismo, sin embargo como hemos señalado anteriormente también reconoce que adopta la forma de escrito cualquier constancia clara que permita acreditar la voluntad de los actores.

De lo anterior se puede colegir que la ausencia de la firma de un convenio pactado entre las partes no afecta para la validez de dicho convenio.

<sup>22</sup> Artículo 8º, numeral 3 del DL.

<sup>23</sup> TALERU RUEDA, Santiago. *Arbitraje Comercial Internacional*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 112.

<sup>24</sup> Artículo 9º del DL: “Se entenderá que adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes (...)”.

Un sector de la doctrina colombiana señala que la posibilidad de satisfacer el requerimiento de documento escrito firmado mediante otras formas como telegrama o fax, “abre la puerta a la comisión de abusos y posibles delitos, ante la falta de la firma autógrafa de las partes”<sup>25</sup>.

No obstante y aún cuando debe garantizarse que las partes conozcan de antemano la sumisión a arbitraje, con los cambios que se han generado en las comunicaciones y dado el incremento de transacciones comerciales internacionales, las legislaciones nacionales y los ordenamientos jurídicos internacionales han flexibilizado los requisitos formales aplicables al convenio arbitral, entre ellos la firma del documento.

En los análisis que han hecho distintas cortes pareciera que hay cierta inclinación por ser flexibles en los requerimientos formales de los convenios arbitrales, siempre que resulte claro que las partes tuvieron conocimiento de la existencia del convenio.

En un caso, en el que se había incluido una cláusula en una cotización, que produjo luego una orden de compra y cuyo contrato estaba contenido por algunas estipulaciones escritas y otras verbales, una corte inglesa reconoció que la cláusula arbitral –contenida en la cotización– era escrita y que esa cotización formaba parte de un contrato que se había pactado de manera verbal<sup>26</sup>.

En otro caso con algunas connotaciones similares, hubo una decisión contraria de la corte. En este caso, una parte envió a la otra una orden compra que contenía una cláusula arbitral y en atención a la orden de compra se despachan los bienes requeridos, sin darse ninguna respuesta formal a dicha orden. Surgida una controversia producto de defectos en la mercancía despachada, fue necesario recurrir a los tribunales ordinarios dada la negativa de la contraparte a designar a los árbitros. La corte de Hong Kong decidió que no se había cumplido el requisito formal y, por tanto, no había lugar al arbitraje, señalando que era necesario que la vendedora hubiere aceptado su consentimiento para adoptar o incorporar la cláusula arbitral<sup>27</sup>.

En lo relativo a casos en los que la partes convienen la incorporación a su contrato de algunas pactos o estipulaciones contenidas en otros documentos entre ellas una cláusula arbitral, hemos conocido decisiones de cortes que han reconocido la existencia de la cláusula bajo estas condiciones, sin embargo, también ha habido precedentes en los que no se exige la referencia explícita a la cláusula arbitral contenida en un documento separado del contrato principal entre las partes.

El reconocimiento a una cláusula por referencia fue otorgado por una corte de Inglaterra, al decidir el caso *Trygg Hansa vs. Equitas*, reconociéndose expresamente la posibilidad de incorporar a un contrato una cláusula arbitral contenida en otro

<sup>25</sup> TALERU RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; p. 97.

<sup>26</sup> *Ibidem*; p. 109.

<sup>27</sup> *Ibidem*; p. 111.

documento diferente, pero señaló que la incorporación debía hacer referencia expresa a la cláusula del otro documento, de lo contrario no era aceptable una incorporación de la cláusula arbitral por una referencia genérica a los términos y condiciones del otro documento<sup>28</sup>.

También ha sido objeto de tratamiento por la doctrina y de análisis por las cortes, si la cláusula compromisoria contenida en un contrato consuetudinariamente utilizado por un grupo económico, se entiende por existente, aún cuando no se suscriba en determinada oportunidad. Sobre el particular, pueden darse un número indeterminado de situaciones cuyas condiciones deberán ser analizadas en cada caso para determinar la existencia o no del convenio arbitral. Sobre este tema, guarda particular importancia la aceptación tácita del acuerdo por parte de aquellos que no lo han suscrito y si esta se deduce o presupone de la participación en los negocios del grupo económico y su vinculación a éstos.

La moderna legislación peruana de arbitraje dispuso que “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes

pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos”<sup>29</sup>.

La flexibilización de los instrumentos internacionales y las interpretaciones que han venido dando las cortes pareciera inclinarse por una tendencia a entender la formalidad escrita del convenio como un elemento de probanza, más que de validez formal.

Habiendo hecho referencia a la formalidad del consentimiento, nos referiremos muy brevemente al consentimiento dado en representación de otro.

En cuanto al consentimiento prestado en representación de otro, surge un tema de particular interés y es la facultad del representante para obligar al representado.

De conformidad con la legislación panameña, nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal, so pena de nulidad del contrato, salvo que medie ratificación de la persona a cuyo nombre se contrató, antes que sea revocado el acto por la otra parte<sup>30</sup>.

Señala Santiago TALERO RUEDA que en el ámbito internacional del arbitraje se ha registrado una tendencia a proteger la buena fe de una de las partes dado que no se presume su conocimiento en cuanto a los estatutos de la sociedad de la otra parte<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> *Ibidem*; p. 101.

<sup>29</sup> Artículo 14º de la LA.

<sup>30</sup> Artículo 1108º del Código Civil Panameño.

<sup>31</sup> REDFERN & HUNTER. Citado por: TALERO RUEDA. *Op. cit.*; p. 115.

ROQUE CAIVANO, analizando la legislación argentina, trata el tema del consentimiento dado por medio de un representante y, en tal sentido, señala que es preciso que el representante cuente con poder especial y que “No basta, sin embargo, a ese respecto, que el poder especial contemple la facultad de transigir: es preciso que el poder sea específico para comprometer en árbitros”<sup>32</sup>.

Entendemos que está hipótesis está referida exclusivamente a los casos de representación voluntaria, siendo por tanto aplicable sólo cuando la representación surge de un mandato. No podría imponerse tal restricción a los supuestos en que la representación no proviene de la voluntad del representado, sino de la ley, como sería el caso de los representantes legales de una persona jurídica”<sup>33</sup>.

La posición de este tratadista parece conforme con las normas de la legislación argentina a las que hace referencia y comparte —en su obra— las razones que considera justifican esas estipulaciones, como son el hecho de la relevancia de comprometer una cuestión al arbitraje, porque ello implica la disposición del derecho de demandar ante la jurisdicción ordinaria.

Sobre las facultades que debe ostentar quien en representación de una persona jurídica pacta un convenio arbitral, se ha pronunciado la Sala Civil de la

Subespecialidad en lo Comercial de Lima, al decidir una solicitud de anulación de un laudo.

En la Sentencia, que analiza y comenta GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA, la Sala anuló el laudo que decidió el proceso arbitral surtido entre Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía Minera de Exploraciones Algamarca, S.A., motivada la anulación en la nulidad del convenio arbitral por considerar que para suscribir el convenio el gerente general de una sociedad mercantil debe estar con facultad expresa para ello.

La determinación de la facultad de quien actúa en representación ya sea como mandante o como representante legal, para considerar como válido el consentimiento prestado, dependerá de la legislación aplicable.

#### 2.4.4. Arbitrabilidad Objetiva

La validez material del pacto depende también de la arbitrabilidad objetiva de la controversia. Tradicionalmente, se ha considerado que a los tribunales arbitrales no les corresponde el conocimiento de las materias relacionadas con el orden público. No obstante, “la tendencia moderna consiste en confiar dichos temas a los árbitros, bajo control judicial, para aquellos eventos en que el pronunciamiento arbitral sea contrario al orden público”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> CAIVANO, ROQUE J. *Op. cit.*; p. 111.

<sup>33</sup> *Ibidem*; 110.

<sup>34</sup> CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005, p. 85. Señala el autor que esa tendencia se observa en las cortes de Francia, en cortes europeas y de los Estados Unidos de Norteamérica, fundado en la no existencia de razones que motiven desconfiar de la capacidad de los árbitros de aplicar normas de orden público.

En cuanto al control judicial de los laudos por razón de ser contradictorios con el orden público, la LM<sup>35</sup> y la CNY<sup>36</sup> incluyen entre las causales de nulidad de los laudos o de no reconocimiento o ejecución de la sentencia, el que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, tratamiento que se da cuando el laudo es contrario al orden público del Estado.

La legislación panameña excluye la posibilidad de someter a arbitraje controversias que surjan de materias que no sean de libre disposición de las partes, entendiéndose por tales aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de persona o que estén reguladas por normas imperativa de Derecho. Tampoco son arbitrales los asuntos sobre los que haya recaído resolución judicial que haga tránsito a cosa juzgada<sup>37</sup>.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y las decisiones de los tribunales son materias no arbitrables aquellas relacionadas con asuntos de familia, penal, laboral, libre competencia y protección al consumidor. En el ámbito laboral, el Código de Trabajo regula de manera especial el arbitraje laboral, lo que también ocurre en materia de protección al consumidor, con la ley especial.

Habiendo hecho relación a los requisitos básicos del acuerdo arbitral, nos referiremos muy brevemente a los requisitos especiales que exige la

legislación panameña a los convenios arbitrales.

#### 2.4.5. Requisitos especiales del Convenio Arbitral según la legislación panameña

La legislación arbitral panameña además de establecer como requisito su constancia por escrito, con las particularidades ya expresadas sobre el alcance de la condición de “escrito”, dispone que el convenio debe contener como requisitos mínimos: 1) la designación o forma de designación de los árbitros y 2) las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido.

No entra a detallar el DL si se trata de requisitos indispensables para su validez, no obstante, al disponerse que son requisitos mínimos resulta aconsejable incluir esos puntos en el acuerdo arbitral.

##### 2.4.5.1. Designación de los miembros del Tribunal o su forma de designación

En el caso de un convenio arbitral que se pacte con anterioridad al surgimiento de una controversia es evidentemente más recomendable establecer la forma en que se designar a los árbitros, en lugar de nombrar a quienes actuarían como tales, a efecto de evitar que al momento que surja la controversia, se dificulte la constitución del tribunal, por razón de incapacidad, muerte u otras circunstancias que impidan

<sup>35</sup> Artículo 34, 2 (b).

<sup>36</sup> Artículo V, 2.

<sup>37</sup> Artículo 2º del DL.



que alguno de los árbitros no pueda ejercer el cargo.

Esta última opción que plantea el DL, es decir, la designación de los árbitros pareciera ser más factible cuando exista ya una controversia al momento de suscribirse el acuerdo arbitral.

En cuanto a la forma de designación de los árbitros, es tradicional que cada parte designe un árbitro y éstos a su vez designen al dirimente y en su defecto lo haga la institución administradora del arbitraje. La dificultad puede presentarse en aquellos procesos arbitrales no institucionalizados, en los que alguna de las partes se resista a designar a su árbitro y, aún en estos casos, la legislación prevé la posibilidad de presentar la solicitud a alguna autoridad de designación, a fin facilitar la constitución del tribunal.

El DL dispone además que las partes pueden confiar a un tercero la designación de los árbitros o incorporar la fórmula de convenio adoptada por una institución de arbitraje, o en su defecto, nombrar o establecer una autoridad de designación<sup>38</sup>.

#### *2.4.5.2. Reglas de Procedimiento aplicables o su remisión a las de un centro de arbitraje*

En los procesos de arbitraje no institucionalizado, las partes deben hacer un mayor esfuerzo al momento de pactar el convenio arbitral. Es recomendable que,

además de los requisitos básicos señalados, se indique el tipo de proceso<sup>39</sup>, la sede del tribunal, el idioma, el procedimiento aplicable, la legislación aplicable al fondo de la controversia, la forma y lugar de las notificaciones, lo relativo a los gastos del proceso, entre otros temas que las partes consideren tratar de manera especial.

Obviamente, en este tipo de proceso, las partes tienen la ventaja de tener la flexibilidad de establecer sus propias reglas de procedimiento, pero ello también implica mayor esfuerzo de las partes, a fin de evitar cláusulas confusas o erradas que impidan o dificulten que el arbitraje surta sus efectos.

La mayoría de las cláusulas arbitrales recomendadas por las instituciones de arbitraje están redactadas de manera concisa y clara, sin hacer relación a mayores detalles, refiriendo para ello a la aplicación de sus reglas de procedimiento. Regulándose en los reglamentos las condiciones o estipulaciones básicas que debe contener el acuerdo arbitral, se da solución al problema que pueda generarse por la falta de estipulación de aspectos o requisitos que deba contener el convenio en virtud de la legislación.

De cualquier forma, insistimos que es aconsejable atender los requisitos que señala la legislación aplicable, aún cuando el reglamento escogido regule esos aspectos, a fin de evitar que la parte renuente a someter el conflicto a arbitraje, cuestione la competencia del Tribunal

<sup>38</sup> Artículo 10º del DL.

<sup>39</sup> Al no disponerse nada al respecto se entenderá que es en equidad, a diferencia de la mayoría de las legislaciones arbitrales, Artículo 3º del DL.

invocando la invalidez del convenio por falta de cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por ley, aún cuando las decisiones de los tribunales arbitrales, han estado inclinadas a confirmar la validez de la cláusula arbitral.

A pesar que este es un tema que se cuestiona con cierta frecuencia en los procesos arbitrales, la nulidad del convenio no suele ser una de las causales de anulación o de oposición al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros recurrentemente invocada ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá, a lo que nos referiremos más adelante.

### 3. IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El contenido, alcance y claridad del compromiso arbitral es determinante para facilitar la constitución del Tribunal Arbitral, el desarrollo normal del proceso y para evitar que la decisión esté expuesta a anulación o a su no reconocimiento.

La forma en que las partes externan su voluntad de someterse a arbitraje, plantea en ocasiones contradicciones, confusiones o incongruencias que dificultan el proceso o evitan que el arbitraje surta sus efectos apropiadamente.

La cláusula compromisoria cuya redacción no permita la constitución del tribunal o el inicio del arbitraje puede ser considerada como patológica. Según

FRÉDÉRIC EISEMANN es patológica una cláusula que no cumpla las funciones de “Producir efectos obligatorios para las partes; impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido; dar al o los árbitros el poder para resolver el litigio; permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo”<sup>40</sup>. Para DERAÏNS, esa definición podría matizarse un tanto<sup>41</sup>, toda vez que es del criterio que existen otras condiciones que por disposición de ley pueden generar la necesidad de intervención de los tribunales ordinarios, de celebrar un compromiso habiendo una cláusula suscrita u otras condiciones que no son favorables al desarrollo o efectos del proceso, pero que no implican necesariamente que se trate de una cláusula patológica.

Nos permitimos hacer una breve relación de errores, deficiencias, lagunas o incongruencias que comúnmente afectan la eficacia de las cláusulas compromisorias, por ejemplo:

- Se omite la designación de una autoridad de designación a la que corresponda nombrar a los árbitros en caso de renuncia de alguna de las partes a designar a su árbitro o cuando los árbitros designados no se pusieren de acuerdo en la elección del tercer árbitro. Esta deficiencia puede solventarse cuando, por disposición de la ley, la autoridad de designación es la institución arbitral ante la que se

<sup>40</sup> Citado por YVES DERAÏNS. *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis, 2005, p. 191.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

presente la petición de arbitraje, como es el caso de Panamá.

- Se omite referencia al término con que cuentan las partes para designar su árbitro. Esta deficiencia podría estar suplida en aquellos casos en que se escoge la aplicación de un reglamento.
- Se dispone que la designación del tercer árbitro corresponde a un ente que no es una institución de arbitraje, cuyas atribuciones, facultades u obligaciones no guardan relación con el nombramiento de los árbitros.
- Se establecen un conjunto de condiciones muy particulares de los árbitros, especialmente relacionados con su especialidad, experiencia, cargo o posición, nacionalidad, idioma, entre otros.
- Se señala como autoridad de designación a un ente no existente.
- Se hace referencia a dos centros de arbitraje, como administradores del proceso.
- Se establece la aplicación de reglas de procedimiento no existentes.
- Habiéndose pactado el término para la emisión del laudo, no se

indica a partir de cuándo corre dicho término.

- Se omite la elección de la sede del tribunal.
- Se especifican las controversias que puedan surgir y que deberán ser objeto de decisión arbitral, lo que limita la competencia del tribunal.
- Se condiciona la posibilidad de las partes de recurrir al arbitraje hasta tanto se cumplan con otros métodos alternos de solución de controversias o se agoten esfuerzos de una solución directa entre las partes.

Las referencias anteriores son algunos ejemplos de cláusulas que vemos con cierta regularidad. Por lo inusual de su redacción, nos permitimos también hacer mención de dos cláusulas citadas en obras de arbitraje que consideramos que, en alguna medida, van en contra de la voluntad de las partes de someter sus discrepancias a arbitraje de una manera definitiva, excluyendo a la jurisdicción ordinaria.

La primera de ellas fue citada en un Manual editado por el Centro de Comercio Arbitral que remite la decisión de la controversia a los tribunales ordinarios, en caso que los árbitros designados por las partes no lleguen a acuerdo<sup>42</sup> y, la segunda

<sup>42</sup> Centro de Comercio Internacional. *Arbitraje y solución alternativa de controversias*, Ginebra: Editado por el Centro de Comercio Internacional, 2001, p. 177. En esta obra se cita, además, una cláusula que el Centro denomina compromiso desastroso, que nos permitimos citar por las dificultades que genera para lograr la voluntad de las partes de someter sus discrepancias a la decisión arbitral y lee así: "Todas las controversias en relación con el presente contrato se llevarán a cabo por parte de árbitros nombrados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en Ginebra, de acuerdo con el procedimiento de arbitraje que se establece en el Código Civil de Francia y el Código Civil de Venezuela con la debida consideración para el derecho del lugar del arbitraje".

de ellas, a la que se refiere Santiago TALERO RUEDA en su obra *Arbitraje Comercial Internacional*, somete la controversia a arbitraje como primera instancia y se designa como árbitro a una cámara de comercio reconocida<sup>43</sup>.

Los reglamentos de arbitrajes de las instituciones arbitrales y las legislaciones modernas han ido incluyendo regulaciones que entrar a resolver algunas de los problemas que se generan ocasionalmente con cláusulas que incluyen aspectos como los que hemos mencionado con anterioridad.

En la mayoría de los casos en los que se ha cuestionado una cláusula por razón de errores en la denominación de la institución administradora o su sede, ha habido una “tendencia a salvar el arbitraje en presencia de una cláusula compromisoria que, a pesar de ser patológica, no disimula una indubitable voluntad de las partes de someter sus litigios al arbitraje (...)”<sup>44</sup>.

Los tribunales y las instituciones de arbitraje han hecho predominar la voluntad de las partes frente a evidentes errores en la redacción de los acuerdos, motivados en los principios de buena fe y de efectividad que presume que la intención de las partes era establecer un mecanismo eficaz para la resolución de la controversia<sup>45</sup>.

Este tipo de cláusulas a las que hemos hecho referencia, además de las dificultades que pueden generar en el inicio y desarrollo del proceso, abren la puerta para que la parte que no tenga

intención de honrar su compromiso adquirido al celebrar un convenio arbitral, tenga algunos elementos que le permitan alegar la anulación del laudo u oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo.

Es significativo el número de recursos de anulación contra laudos propuestos en la República de Panamá, aduciéndose la falta de cumplimiento del acuerdo, fundados en aspectos generados casualmente por redacciones inapropiadas de las cláusulas compromisorias.

En un recurso de anulación propuesto ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en contra del laudo dictado en el proceso arbitral surtido entre Compu-Total, S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá), el recurrente arguyó la nulidad del laudo por falta de cumplimiento del convenio arbitral. En el convenio las partes se comprometieron a intentar solucionar amigablemente cualquier controversia relacionada al contrato, antes de proceder a solicitar el arbitraje, condición previa que el recurrente arguye que no se cumplió.

En ese mismo recurso, se arguye la anulación del laudo por exceder éste la materia sometida a decisión arbitral. La cláusula, mediante la cual se sometían a arbitraje las controversias surgidas por razón de la interpretación, aplicación, ejecución y terminación del contrato. Según el recurrente el laudo no se ajustaba al convenio arbitral suscrito porque a su entender la disputa no estaba incluida

<sup>43</sup> TALERO RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; p. 91.

<sup>44</sup> DERAIS, Yves. *Op. cit.*; p. 197.

<sup>45</sup> Comentado por DERAIS, Yves. *Op. cit.*; p. 198.

entre las situaciones antes enunciadas, argumentos que no favoreció la Corte, negando el recurso.

Insistimos que las partes deben procurar no incurrir en vicios o errores que arriesguen la validez del convenio, su eficacia o aplicabilidad. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la nulidad de la cláusula conlleva la posible anulación del laudo.

De acuerdo con la CNY, los tribunales de los Estados Contratantes deben declinar su competencia cuando mediere un convenio arbitral, salvo que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. De manera, que de conformidad con este ordenamiento, la inaplicabilidad o ineficacia de un convenio arbitral conllevaría la no declinatoria de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Una de las causales de anulación de laudos arbitrales de conformidad con la legislación panameña es la nulidad del convenio arbitral<sup>46</sup>, causa que también motiva de acuerdo a nuestra legislación el no reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en el extranjero.

Sobre la anulación del laudo por razón de la invalidez del convenio, nos permitimos referirnos a uno de los pocos casos que conocemos de recursos de anulación en los que se haya planteado en nuestro país la nulidad del acuerdo.

Mediante una Sentencia dictada en el año 2006, la Corte Suprema de Justicia de Panamá declaró ejecutable un Laudo Arbitral Extranjero, proferido en Nueva York en el año 2004, mediante el cual se decidió el proceso arbitral propuesto por Isthmus Crossing Services, Inc., en contra de Panamá Canal Railway Company.

Isthmus Crossing Services, Inc., se opuso al cumplimiento del laudo fundado en que el contrato objeto de la controversia arbitral, que contenía el convenio arbitral era nulo por carecer de requisitos para su eficacia. La Corte Suprema de Justicia declaró ejecutable el laudo, reconociendo el principio de autonomía de la cláusula arbitral y el de la independencia del compromisorio arbitral. En este caso, la Corte resaltó que durante el proceso arbitral la opositora (solicitante del arbitraje) no alegó la nulidad del contrato que contenía el acuerdo arbitral, por lo que no le asistía razón al pretender desconocer su propia voluntad y sus propios actos.

#### 4. CONCLUSIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, una clara y adecuada redacción del convenio arbitral que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por ley, puede evitar no únicamente retrasos y dificultades durante el proceso, sino también disminuir el riesgo que la decisión emitida por el tribunal arbitral

<sup>46</sup> El Artículo 34º del DL dispone que “Contra el Laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos tasados:

1. Cuando la parte que interpone el recurso pruebe:
  - a) Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causa de nulidad consagradas en el Código Civil y las causales contenidas en los convenios arbitrales internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia (...).”

esté expuesta a anulaciones o a su no reconocimiento o ejecución, en casos de laudos emitidos en el extranjero.

En tal sentido, las partes deben aunar esfuerzos para pactar de manera inequívoca su voluntad de someterse a arbitraje, en cumplimiento de los requisitos exigidos, a fin de procurar un proceso arbitral eficiente.

A efecto de evitar errores e incongruencias es recomendable que la cláusula se redacte de una manera sencilla y genérica, sin dejar de considerar los aspectos o requisitos básicos que la ley aplicable imponga.

Siendo que el compromiso arbitral debe entrar a considerar algunos aspectos o

requisitos que no son necesarios establecer en la cláusula arbitral, las partes deben hacer un mayor esfuerzo en la redacción del compromiso para evitar inconsistencias o errores y deben considerar al menos la incorporación de aspectos relacionados al número de árbitros y forma de designación, ley aplicable, reglas de procedimiento, sede, idioma y distribución de los costos del arbitraje.

Tratándose de la intensión de las partes de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral, se facilita la redacción de la cláusula, al tener la posibilidad de utilizar las cláusulas modelo recomendadas por el centro correspondiente y que usualmente contienen los requisitos básicos exigidos.

---

# PERÚ

---





# EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Adiós a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. 3. El convenio arbitral: contrato suficiente para arbitrar. 4. El convenio arbitral es un contrato y, por lo tanto, crea obligaciones para las partes. 5. El consentimiento como requisito de validez y existencia del convenio arbitral. 6. Capacidad jurídica de las partes para celebrar convenios arbitrales (arbitrabilidad subjetiva). 7. Contenido del convenio arbitral (arbitrabilidad objetiva). 7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias. 7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir. 7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 8. Formalidad del convenio arbitral: “debe constar por escrito”, pero no se sanciona con nulidad su inobservancia. 9. Principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. 10. El convenio arbitral incorporado como una cláusula del contrato. 11. El convenio arbitral celebrado en documento separado del contrato. 12. Otros supuestos de convenios arbitrales que la nueva LA considera como “escritos”. 12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico). 12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad. 12.3. Convenio arbitral por referencia. 13. Convenio arbitral en el arbitraje internacional. 14. Efectos del convenio arbitral. 14.1. Efecto positivo del convenio arbitral. 14.2. Efecto negativo del convenio arbitral. 15. Modificación o extinción del convenio arbitral. Relación entre el convenio arbitral y el “Acta de Instalación” en el arbitraje doméstico peruano (Acta de Misión en los arbitrajes CCI). 16. Interpretación del convenio arbitral. Reglas de la teoría general del contrato que se aplican a los convenios arbitrales. 16.1. Reglas generales para la interpretación de los contratos. 16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada. 16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos. 16.1.3. Interpretación sistemática. 16.1.4. Interpretación finalista. 16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar. 17. Convenios arbitrales defectuosos o patológicos. 18. Importancia de la aplicación del principio de conservación del contrato (*favor negotii*) a los convenios arbitrales.

---

(\*) Consejero, Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y del Club Español del Arbitraje. Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13° es una de las más importantes normas de la nueva Ley de Arbitraje (en adelante, LA). Al respecto, en la Exposición de Motivos de la nueva LA se menciona que los “artículos 13° y 14°, son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7° de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito, es contraria a las prácticas y usos del comercio”<sup>1</sup>.

Antes de comentar las disposiciones que contiene el artículo 13° de la nueva LA, es necesario precisar algunos conceptos para una adecuada comprensión y una correcta aplicación de la figura del *Convenio Arbitral*, tanto en arbitrajes domésticos como internacionales.

## 2. ADIÓS A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y AL COMPROMISO ARBITRAL

Uno de los aportes más significativos y de mayor trascendencia de la legislación

arbitral peruana (las leyes arbitrales derogadas y la nueva LA), ha sido la eliminación de la exigencia de suscribir dos contratos para activar la vía arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Recordemos que bajo la antigua legislación aplicable al arbitraje se requería que las partes, antes de producirse el conflicto, hubiesen pactado un acuerdo arbitral denominado “cláusula compromisoria” (que implicaba la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje) y luego, una vez producida la controversia, las partes en conflicto debían forzosamente otorgar un nuevo acuerdo llamado “compromiso arbitral”, mediante el cual expresaban su intención de someter la controversia existente al fuero arbitral y además, determinaban las reglas que eventualmente regirían dicho proceso, como por ejemplo, la forma de composición del tribunal arbitral, la sede del arbitraje, las actuaciones pendientes de realización, etc.

Las derogadas figuras de la “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”, se encontraban reguladas en el Código Civil peruano de 1984<sup>2</sup>. Respecto de la “cláusula compromisoria”, el derogado artículo 1906° del Código Civil señalaba que “las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión

<sup>1</sup> Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje.

<sup>2</sup> Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, promulgado el 24 de julio de 1984.

de la materia a que habrá de referirse el arbitraje [...]”.

A partir de esta definición legal, la doctrina nacional determinó las principales características y efectos que generaba la suscripción de una cláusula compromisoria:

- Era un pacto por el cual las partes acordaban sustraerse de la intervención del Poder Judicial.
- En este pacto no se fijaban los extremos de la controversia (por cuanto en ese momento todavía no existía conflicto alguno), sólo se identificaba de manera precisa la relación jurídica respecto de la cual, los futuros e inciertos conflictos serían resueltos por la vía arbitral.
- La suscripción de esta cláusula obligaba a las partes a que, llegado el momento en el que surgía una controversia, se debía realizar un nuevo contrato denominado compromiso arbitral<sup>3</sup>.

El “compromiso arbitral” estuvo regulado en el artículo 1909° del Código Civil peruano de la siguiente manera: “Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por un tercero o terceros a

quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”. De esta definición legal se identificaron las siguientes características y efectos:

- Este acuerdo debía celebrarse necesariamente una vez que haya surgido un conflicto entre las partes. Por ello, la ley exigía que se precisen los términos exactos de la controversia.
- Sólo con la suscripción del compromiso arbitral las partes podían acudir a arbitrar sus controversias<sup>4</sup>.

Ante la exigencia de suscribir dos contratos para arbitrar, muchos se han preguntado *¿cuál era el sentido de exigir dos contratos?* Fernando CANTURIAS señala que la razón para mantener ambas figuras radicaba básicamente en que, “si bien la materia controvertida está debidamente determinada en su máxima expresión, cuando se suscribe una cláusula compromisoria, los árbitros no pueden operar sin una definición previa de los términos de la controversia por las partes”<sup>5</sup>.

En efecto, “cuando se suscribe una cláusula compromisoria las partes no suelen nombrar a los árbitros”<sup>6</sup>, y “si se permitía a las partes acudir al arbitraje existiendo una simple cláusula compromisoria, el arbitraje se convertiría en un procedimiento similar al que se sigue

<sup>3</sup> CANTURIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 203.

<sup>4</sup> *Ibid.*; pp. 203-204.

<sup>5</sup> *Ibid.*; p. 214.

<sup>6</sup> *Ibid.*; p. 214.

ante el Poder Judicial, en el que una parte demanda y la otra contesta y reconviene (procedimiento antagónico), mientras que exigiéndose la celebración del compromiso arbitral, las partes llegarían al arbitraje en una situación más de cooperación”<sup>7</sup>.

De este modo, el legislador peruano consideró que la cláusula compromisoria no era suficiente para someter a arbitraje la controversia surgida, por cuanto ésta sólo configuraba una suerte de marco general, necesiéndose perfilar la controversia; es así que se requería además la celebración de un nuevo contrato: “el compromiso arbitral”. También se ha dicho que como la cláusula compromisoria no contenía la determinación de la controversia, “no se podía saber si la planteada en un litigio sería o no, la misma que luego se especificaría en el contrato de compromiso, y esta circunstancia podía motivar que, al poderse oponer la excepción de incompetencia, se concedía la posibilidad de una renuncia general a la jurisdicción ordinaria”<sup>8</sup>.

La realidad –como es de una ostensible obviedad– no tardó en demostrar lo ineficiente y absurdo de la exigencia de dos contratos para arbitrar. Ciertamente, cuando surge una controversia entre las partes, ellas se encuentran en el peor momento de sus relaciones, por lo que es complicado –por no decir imposible– suscribir cualquier acuerdo o contrato,

menos aún para iniciar un arbitraje. Dicha situación aparentemente favorecía a la parte que se encontraba en falta, pues era altamente probable, que su actitud fuese la de obstaculizar la suscripción del compromiso arbitral, lo que generaba que la parte afectada tenga que acudir al Poder Judicial para exigir el otorgamiento del compromiso arbitral.

Sobre las dificultades generadas por la existencia y exigencia de ambas figuras para arbitrar, FERNANDO DE TRAZEGNIES ha manifestado lo siguiente: “[...] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, [...]. No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia [...] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje [...]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario”<sup>9</sup>.

Adicionalmente a las dificultades señaladas podemos agregar que si las partes buscaban, con la suscripción de la cláusula compromisoria, someter sus controversias a arbitraje y con ello excluir a la jurisdicción ordinaria, bastaba que

<sup>7</sup> *Ibíd.*; p. 215.

<sup>8</sup> OGÁYAR Y AYLLÓN citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. “Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Lima: OKURA Editores S.A., 1985, p. 674.

<sup>9</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral”. En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, p. 549.

una de las partes se negase a celebrar el compromiso arbitral, para que la otra parte tenga que acudir necesariamente al Poder Judicial para obligarla a celebrar dicho compromiso, con lo cual, el primer pacto (cláusula compromisoria) resultaba insuficiente y hasta lírico. Ello, dado que “cualquier proceso judicial de otorgamiento de compromiso arbitral tomaba no menos de tres años en el mejor de los casos, tiempo dentro del cual no podía iniciarse proceso arbitral alguno para conocer el fondo de la controversia”<sup>10</sup>.

Lo señalado implicaba, por un lado, que la parte que incumplía ganara tiempo y cumpliera su objetivo de evitar el proceso arbitral y, por otro lado, el ordenamiento jurídico generaba que las controversias terminaran en manos del Poder Judicial, jurisdicción a la que habían renunciado originalmente. Un auténtico despropósito jurídico.

En consecuencia, la exigencia de dos contratos para arbitrar (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), fue un obstáculo para el desarrollo del

arbitraje, a tal punto que las estadísticas de los centros de arbitraje eran casi nulas y los juristas de la época no tenían en su haber más allá de uno o, en el mejor de los casos, unos pocos procesos arbitrales.

Hoy día, con la figura del convenio arbitral, como único contrato para arbitrar, se han superado las complicaciones que generó el procedimiento antes descrito. La nueva LA (siguiendo la línea de sus leyes arbitrales predecesoras<sup>11</sup> y la Ley Modelo de UNCITRAL) considera que el convenio arbitral es un acto jurídico suficiente para arbitrar y, por lo tanto, no se requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral<sup>12</sup> para iniciar el arbitraje. En esta medida, el convenio arbitral constituye “la pieza maestra de la institución arbitral”<sup>13</sup>.

En conclusión, en el lenguaje jurídico y en la legislación arbitral peruana ya no se utilizan las nomenclaturas de cláusula compromisoria ni compromiso arbitral, sino únicamente la de “convenio arbitral” o “acuerdo arbitral”<sup>14</sup>. Conviene precisar

<sup>10</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 208.

<sup>11</sup> La Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25935, primera Ley General de Arbitraje (promulgada el 7 de noviembre de 1992), derogó el Título XI del Código Civil, que hacía referencia a la Cláusula Compromisoria y al Compromiso Arbitral. Por su parte, el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (segunda Ley de arbitraje), dispuso que: “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”.

<sup>12</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y J. CAIVANO, Roque. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 7. Lima: Magna Ediciones, 2008. p. 57.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Editorial Iustel, 2008, p. 611.

<sup>14</sup> Ver en esta obra el Comentario del autor a la Tercera Disposición Complementaria de la LA.

que en caso se utilicen contractual o legislativamente dichos términos (cláusula compromisoria, compromiso arbitral), de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la nueva LA<sup>15</sup>, éstos deberán entenderse e interpretarse como si se tratará de convenios arbitrales.

### 3. EL CONVENIO ARBITRAL: CONTRATO SUFICIENTE PARA ARBITRAR

El artículo 13.1 de la nueva LA define al convenio arbitral como el “acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el

que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar. Como señala Eduardo SILVA ROMERO, “es menester subrayar una vez más, *in limine*, que el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato”<sup>16</sup>. En la misma línea, Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO señala que “el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje (...)”<sup>17</sup>.

Es importante destacar la auto-suficiencia del convenio arbitral para arbitrar y la naturaleza contractual del mismo. En tal sentido, para que exista un convenio arbitral válido se requiere el consentimiento libre y voluntario de las partes al momento de pactarlo, porque *sin convenio arbitral no habrá arbitraje*.

### 4. EL CONVENIO ARBITRAL ES UN CONTRATO Y, POR LO TANTO, CREA OBLIGACIONES PARA LAS PARTES

Como el convenio arbitral es un contrato, se le aplican *mutatis mutandi* los principios contractuales de: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato), (ii) el

<sup>15</sup> Tercera. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo.

<sup>16</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. “Introducción. El arbitraje examinado a la luz de las obligaciones”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. xv.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, 2004, p. 56.

*pacta sunt servanda* (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes) y (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros).

En consecuencia, el convenio arbitral será obligatorio sólo para las partes que han expresado su consentimiento (expreso o tácito) de someter sus controversias al fuero arbitral.

Una vez celebrado un convenio arbitral, las partes contratantes están obligadas a:

- Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer).
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer).
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias, pues al celebrar el convenio arbitral han renunciado a la competencia del Poder Judicial (obligación de no hacer).

## 5. EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Para que un convenio arbitral sea válido, las partes deben declarar

su voluntad, vale decir, expresar su consentimiento de someter a arbitraje alguna o todas las controversias, presentes o futuras, que se susciten entre ellas. Ello se desprende de la lectura del artículo 13.1 de la LA, cuando dispone que el convenio arbitral “es un acuerdo por el que **las partes deciden** someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”. (Énfasis agregado).

Del texto de la citada norma se advierte que es necesario el consentimiento de las partes para arbitrar. Sobre el consentimiento, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE ha señalado que “siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad son el fondo y la forma de un mismo fenómeno. La primera manera [...] es dándole el carácter de coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*), cuyo significado es sentir lo mismo. La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación”<sup>18</sup>. En este sentido, “los contratantes tienen que expresar o manifestar esta voluntad, pues es a través de su expresión o manifestación como la voluntad interna puede resultar conocida”<sup>19</sup>.

Cabe precisar que el consentimiento, por regla general, debe ser expreso, dado que el silencio no constituye declaración de voluntad válida según lo prescrito en el

<sup>18</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2ª ed., 2001, p. 98.

<sup>19</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 5ª ed., 1996, p. 148.

artículo 142° del Código Civil peruano (en adelante CC), salvo que así lo señale la ley o el convenio de las partes. Tal previsión legal es perfectamente comprensible, por cuanto, si se va a modificar una relación jurídica es menester que la voluntad requerida para ello deba ser al menos inferida de modo razonable y, en general (salvo las excepciones de ley), el silencio no califica para tal fin.

El consentimiento también puede ser asociado al consenso de intereses o voluntades. Al respecto, FRANCESCO MESSINEO señala que “el consenso es un fenómeno complejo, puesto que resulta, no sólo del concurso de voluntades, sino –en cierto sentido– de su combinación”<sup>20</sup>.

En consecuencia, el consentimiento es “la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común. Esas declaraciones coincidentes de voluntad importan el consentimiento contractual”<sup>21</sup>.

Refiriéndose a la importancia del consentimiento para celebrar un convenio arbitral, la Ley de Arbitraje de España

de 2003<sup>22</sup>, en su artículo 9°, dispone que: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, **deberá expresar la voluntad de las partes**, de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. (Énfasis agregado). Bernardo CREMADES, comentando la citada norma española, ha manifestado que “si el convenio es un verdadero contrato, requiere, [...] consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral”<sup>23</sup>. Asimismo, agrega que el consentimiento “se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato de arbitraje”<sup>24</sup>.

Siguiendo lo expresado por CREMADES podemos afirmar que la Ley de Arbitraje de España ha establecido como requisito fundamental que las partes expresen únicamente su voluntad (consentimiento) de someterse a arbitraje, dejando de lado con ello la expresión “inequívoca” que contenía la antigua Ley de Arbitraje de España de 1988 que originó algunos problemas en su aplicación. En opinión de LUIS DíEZ-PICAZO, “en el artículo 5°

<sup>20</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 437.

<sup>21</sup> SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 235.

<sup>22</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de abril de 2010.

<sup>23</sup> CREMADES, Bernardo M. “Del Convenio Arbitral y sus efectos”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 280.

<sup>24</sup> *Ibíd.*; p. 281.



de la Ley de 1988<sup>25</sup> [Ley derogada], la voluntad aludida debía ser inequívoca, adjetivo que con buen acuerdo suprime el legislador actual. Aunque nunca se interpretó así, finalmente ha dominado el sentido común. Requerir que la expresión de la voluntad sea inequívoca significa excluir cualquier posible interpretación de la voluntad y privar de carácter arbitral a los convenios que no resulten inequívocamente expresados, lo cual es absurdo”<sup>26</sup>.

Consideramos también que es suficiente que la ley establezca el requisito del *consentimiento*, el mismo que, como es natural, debe ser expresado de conformidad con lo previsto por el ordenamiento jurídico, pues así se apreciará el caso concreto a la luz de sus propias características y peculiaridades; en cambio, imponer un estándar como el de “inequívoco” –u otro similar– implica alejar tanto la posibilidad de interpretación que en realidad dota a la expresión de voluntad de un rigor formal excesivo y poco o nada útil.

La nueva LA peruana, al definir el convenio arbitral en el artículo 13º, no utiliza la palabra “consentimiento”, empero si encontramos dicho término en el artículo 14º, referido a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. El artículo 14º de la nueva LA señala

que: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo **consentimiento** de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”. (Énfasis agregado).

## 6. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES PARA CELEBRAR CONVENIOS ARBITRALES (ARBITRALIDAD SUBJETIVA)

El convenio arbitral, como todo contrato, requiere para su validez de ciertos requisitos, entre ellos, la capacidad jurídica de las partes.

Al respecto, Eduardo SILVA ROMERO ha señalado que “[S]i el pacto arbitral es un contrato, las partes que lo concluyan deben, de conformidad con la teoría general del contrato y sus reglas, ser capaces de contratar”<sup>27</sup>.

Del mismo modo, FERNANDO MANTILLA SERRANO, refiriéndose a la expresión de voluntad de las partes como único

<sup>25</sup> Ley 36/1988, de 5 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 293, de 7-12-1988, derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109). Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>. Consulta: 3 de abril de 2010

<sup>26</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 102.

<sup>27</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*; p. xix.

requisito del convenio arbitral, indica que “este requisito, obviamente, presupone la capacidad de las partes de quienes presten su consentimiento (...)”<sup>28</sup>.

Por su parte, JULIO CÉSAR RIVERA advierte que “todo aquel que goza de la capacidad de contratar tiene capacidad para otorgar un acuerdo arbitral, salvo previsión expresa en contrario de alguna legislación particular”<sup>29</sup>.

En consecuencia, para celebrar un convenio arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles.

La capacidad de ejercicio es “la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que

goza en cuanto persona”<sup>30</sup>. Dicho de otro modo, es “la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas”<sup>31</sup>.

Tratándose de personas naturales, éstas adquieren la capacidad de ejercicio a los 18 años de edad, tal como lo dispone el artículo 42° del CC, salvo las excepciones señaladas en los artículos 43° y 44° del mismo<sup>32</sup>.

En el caso de personas jurídicas, las personas jurídicas de derecho privado (sujetas a la Ley General de Sociedades y otras normas especiales) deben estar inscritas en el Registro correspondiente para poder contar con personería jurídica, conforme lo señala el artículo 6°<sup>33</sup> de la Ley General de Sociedades. Además,

<sup>28</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Editora Iustel, 2005, p. 79.

<sup>29</sup> RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 113.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Lima: Librería Studium Editores, 1986, p. 102.

<sup>31</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 3ª edición. Lima: Editorial Huallaga, 2001, p. 322.

<sup>32</sup> *Artículo 43°.- Son absolutamente incapaces:*

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

*Artículo 44°.- Son relativamente incapaces:*

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

<sup>33</sup> *Artículo 6°.- Personalidad jurídica*

*La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.*

deben contar con representantes legales debidamente facultados, los que celebrarán el convenio arbitral en representación de las personas jurídicas. Bajo estas premisas, el artículo 10° de la LA señala que, salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su sólo nombramiento para celebrar convenios arbitrales y representarla en arbitrajes. Para que no haya duda de lo establecido en el artículo 10° de la LA, la propia LA en su Tercera Disposición Modificatoria ha modificado el artículo 188° de la Ley General de Sociedades de la siguiente forma:

“Artículo 188°.- Atribuciones del gerente.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

[...]

2. *Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje*” (Cursivas agregadas).

De esta forma, el gerente goza de las atribuciones para representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, así como en los términos que establece la nueva LA. Por lo tanto, “ya no se requiere

de la facultad especial para que el órgano gerencial de la persona jurídica pueda celebrar el convenio arbitral”<sup>34</sup>.

## 7. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL (ARBITRABILIDAD OBJETIVA)

La nueva LA ha recogido un criterio de máxima amplitud de lo que puede ser arbitrable. El artículo 2° establece que “pueden someterse a arbitraje *las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*” (Énfasis agregado).

En cambio, todo lo relativo al orden público es inarbitrable *per se*. Como señala FERNÁNDEZ ROSAS, “es muy habitual, sobre todo en América Latina, vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido que, resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio”<sup>35</sup>.

En el mundo del arbitraje, la expresión “arbitrabilidad objetiva” es utilizada para hacer referencia a aquellas controversias que pueden ser sometidas a arbitraje teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley aplicable, ya que las partes no podrán superponer su voluntad a aquello que la ley ha restringido del ámbito privado.

Cabe precisar que cuando se pacta que una controversia será resuelta en la vía arbitral, no se dispone del derecho sustantivo sino de un medio procesal, de un vehículo para su solución. Al respecto,

<sup>34</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 62.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. *Op. cit.*; p. 872.

Antonio HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2º<sup>36</sup> de la Ley de Arbitraje de España de 2003, cuyo texto es similar al de la nueva LA, sostiene que “las partes no disponen del Derecho sustantivo, o del Derecho subjetivo derivado del conjunto de normas, dispositivas o imperativas del ordenamiento jurídico, sino que disponen del cauce procesal para la dilucidación del derecho”<sup>37</sup>.

Nuestra LA ha optado por la técnica legislativa de señalar genéricamente que serán materia de arbitraje, todas las controversias que sean materia de libre disposición de las partes y ha dejado de lado la técnica de enumerar los supuestos que no

pueden ser materia de éste, como ocurría con la derogada Ley Arbitral de 1996<sup>38</sup>.

ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2º de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que se ha seguido “el criterio de máxima generalidad y el mínimo contenido normativo, limitándose a establecer el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”<sup>39</sup>. Por su parte, MERINO MERCHÁN sostiene que el legislador español de 2003 ha optado por “la presunción absoluta de disponibilidad arbitral”<sup>40</sup>, con lo que se otorga la “máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la

<sup>36</sup> Artículo 2º. *Materias objeto de arbitraje. (Ley de Arbitraje de España de 2003)*

1. *Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.*

2. *Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.*

<sup>37</sup> HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio. “Materias objeto de arbitraje”. En: DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 151.

<sup>38</sup> El artículo 1º de la derogada LA de 1996 señalaba:

*“Artículo 1º.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:*

1. *Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*

2. *Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*

3. *Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*

4. *Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.*

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio. “Materias objeto de arbitraje”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 115.

<sup>40</sup> MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 275.

disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje<sup>41</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, (que como dijimos es similar al artículo 2º de la nueva LA) refiere que “el artículo 2º regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición [...]. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello, excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de

disposiciones específicas en otros textos legales<sup>42</sup>.

Si bien la nueva LA expresa que podrán arbitrarse las materias de libre disposición, debemos precisar que las materias de libre disposición están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, y generalmente son materia de transacción.

Pero la LA es mucho más amplia en materia de arbitrabilidad, pues señala que también se podrá someter a arbitraje las controversias que sean autorizadas por determinada ley, tratado o acuerdo vigente, con lo cual deja abierta la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes. En la actualidad, es posible el arbitraje en materia de telecomunicaciones<sup>43</sup>, laboral<sup>44</sup>, hidrocarburos<sup>45</sup>, bolsa de productos<sup>46</sup>, protección al consumidor<sup>47</sup>, bolsa de valores<sup>48</sup>, banca y seguros<sup>49</sup>, contrataciones con el Estado<sup>50</sup>, salud<sup>51</sup>, transporte<sup>52</sup>,

<sup>41</sup> *Ibíd.*; p. 274.

<sup>42</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, Ley 60/2003. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de Abril de 2010.

<sup>43</sup> Artículos 77.8, 79º y 80º del Decreto Supremo Nº 013-93-TCC – Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>44</sup> Artículo 61º, 64º del Decreto Ley Nº 25593 – Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

<sup>45</sup> Artículos 67º, 68º y 86º de la Ley Nº 26221 – Ley Orgánica de Hidrocarburos.

<sup>46</sup> Artículo 18º de la Ley Nº 26361 – Ley sobre la Bolsa de Productos.

<sup>47</sup> Artículo 137º y ss. de la Ley Nº 29561 – Código de Protección y Defensa del Consumidor.

<sup>48</sup> Artículos 132, i); 146, e) del Decreto Legislativo Nº 861 – Ley de Mercado de Valores / Resolución CONASEV Nº 087-98-EF/94.10 – Reglamento de Solución de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima.

<sup>49</sup> Artículo 132.5 de la Ley Nº 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

<sup>50</sup> Artículo 52º del Decreto Legislativo Nº 1017 – Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>51</sup> Artículo 91º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA – Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

<sup>52</sup> Artículo 22º de la Ley Nº 27181 – Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

societaria<sup>53</sup>, propiedad informal<sup>54</sup>, expropiaciones<sup>55</sup>, aeronáutica civil<sup>56</sup>, saneamiento<sup>57</sup>, medio ambiente<sup>58</sup>, etc.

Realizadas las precisiones en torno a la arbitrabilidad objetiva y las materias de libre disposición que pueden ser objeto de arbitraje, corresponde comentar los supuestos normativos contenidos en el artículo 13.1 de la nueva LA.

De la lectura del referido artículo encontramos los siguientes supuestos normativos:

- Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias.
- Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir.
- Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Analicemos cada uno de estos supuestos:

### 7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias

Cuando las partes pactan un convenio arbitral tienen la libertad contractual para decidir si someten “todas” las controversias derivadas o relacionadas con su contrato, o solamente “ciertas (algunas)” controversias.

En tal sentido, las partes podrían acordar que, por ejemplo, sólo serán materia de arbitraje las controversias relativas a la resolución del contrato. Así, si se presenta una controversia referida a la validez del contrato o a la nulidad del mismo, esta materia no podría ser resuelta en la vía arbitral, ya que las partes únicamente han acordado someter a arbitraje las controversias referidas a la resolución del contrato.

De otro lado, la controversia materia del arbitraje debe ser expresa y determinada o determinable. MERINO MERCHÁN afirma que “la necesidad de especificar las diferencias es decisiva para acotar el campo de actuación y decisión de los árbitros, ya que en otro caso, cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, el laudo podrá ser atacado a través de la acción de anulación”<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Artículo 48º de la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades.

<sup>54</sup> Artículos 15º, 16º, 17º y 27º del Decreto Supremo N° 009-99-MTC – Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

<sup>55</sup> Artículos 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º, 32º, 33º, 34º y 35º de la Ley N° 27117 – Ley General de Expropiaciones.

<sup>56</sup> Artículo 116º de la Ley N° 27261 – Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

<sup>57</sup> Artículo 42º del Decreto Supremo N° 017-2001-PCM – Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

<sup>58</sup> Artículos 151º, 152º, 153º y 154º de la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.

<sup>59</sup> MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Ob. cit.*; p. 270.

¿Es conveniente pactar que todas las controversias sean sometidas a arbitraje o solamente algunas? En nuestra opinión, to-do dependerá de los intereses de las partes y de los consejos legales de sus asesores. En todo caso, si las partes deciden someter algunas controversias a la competencia de un tribunal arbitral, deben tener presente que las controversias casi siempre surgen acompañadas de otras controversias afines. Por ejemplo, si las partes pactaron que solamente se someterán a arbitraje las cuestiones referidas a la resolución del contrato, que pasará cuando una de las partes incumpla y la otra demanda en la vía arbitral la resolución del contrato, ¿podrá demandar también la indemnización de daños contractuales (responsabilidad contractual)? Probablemente, la parte demandada alegue que la indemnización de daños no es materia arbitrable. ¿Qué se debe hacer en ese caso? En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir si dicha materia es de su competencia o no, para lo cual deberá tener en cuenta las contingencias del caso particular. Sin embargo, consideramos que en aplicación del principio de *favor arbitri* y teniendo en cuenta que uno de los efectos de la resolución contractual es justamente el resarcimiento de daños y perjuicios, no existe óbice para que el tribunal arbitral pueda conocer dicha materia. Pero no podemos afirmar que el tema sea tan simple, pues en Derecho no hay verdades absolutas, por el contrario, todo es cuestionable.

Por lo tanto, a fin de evitar inconvenientes posteriores, recomendamos que cuando se pacte que sólo algunas (o

ciertas) controversias serán materia de arbitraje, resulta conveniente estipular que también serán materia del arbitraje las cuestiones vinculadas o relacionadas.

## 7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir

La expresión “hayan surgido o puedan surgir” se refiere a que las controversias materia del arbitraje pueden ser presentes o futuras.

Las controversias que “hayan surgido” son aquellas que existen al momento de la celebración del convenio arbitral, es decir, existe un conflicto entre las partes.

En cambio, las controversias que “puedan surgir” son aquellas que eventualmente pueden presentarse entre las partes durante la ejecución del contrato, pero que no existen al momento de la celebración del convenio arbitral. En este caso, las partes al celebrar un contrato deciden prever la vía para resolver sus futuras disputas (que no desean, pero que pueden presentarse), para lo cual, celebrarán un convenio arbitral donde expresarán su voluntad de resolver las disputas que puedan surgir en el futuro entre ellas en la vía arbitral.

Autorizada doctrina señala que “el litigio que las partes someten a arbitraje puede ser un litigio ya existente entre ellas, aunque no haya recibido un estado judicial, o un litigio futuro que las partes simplemente prevén que pueda surgir en el desarrollo de las relaciones que entre ellos

existan”<sup>60</sup>, y “respecto de controversias puramente futuras será suficiente una mención esquemática, aunque no debe olvidarse que las declaraciones de las partes habrán de ser sometidas a una correcta interpretación”<sup>61</sup>.

Si bien las partes pueden pactar un convenio arbitral para resolver sus controversias presentes “o” futuras, nada impide que celebren un convenio arbitral para someter un conflicto existente (presente) y los conflictos futuros que se puedan presentar entre ellas. La autonomía privada sólo tiene como límite el orden público. En consecuencia, las partes tiene la libertad para pactar lo que mejor convenga a sus intereses.

### **7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza**

Las controversias que las partes someten a arbitraje pueden nacer de un contrato entre ellas o de otra relación jurídica no contractual<sup>62</sup>.

Conforme señala autorizada doctrina, las partes pueden establecer en su convenio arbitral qué tipo de conflictos se

van a someter a la decisión de los árbitros, los que pueden ser conflictos de naturaleza contractual o extracontractual<sup>63</sup>.

El artículo 13.1 de la nueva LA al referirse a las controversias arbitrables, señala que dichas disputas pueden surgir de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. Una correcta interpretación nos indica que la nueva LA se está refiriendo a que la relación jurídica puede ser “contractual” o “no contractual” (de otra naturaleza).

“No contractual” significa que la relación jurídica entre las partes no nace de un contrato, por lo que la relación jurídica puede nacer de un acto unilateral o puede tener una fuente heterónoma como el enriquecimiento sin causa.

Como sostiene Luciano BARCHI<sup>64</sup>, en el caso de una relación jurídica de fuente contractual, si el convenio arbitral no es claro, de acuerdo con el principio *favor arbitri* que consagra la nueva LA, deberán considerarse “todas” las controversias derivadas de la relación jurídica contractual, lo cual debe comprender, incluso, las cuestiones extracontractuales derivadas de dicha relación jurídica contractual, como por ejemplo, la responsabilidad precontractual,

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 103.

<sup>61</sup> *Ibid.*; p. 103.

<sup>62</sup> Según el Código Civil peruano, contamos con cuatro (4) fuentes independientes y autónomas de obligaciones, a saber: i) Contrato; ii) Responsabilidad extracontractual; iii) Gestión de negocios y iv) Enriquecimiento sin causa.

<sup>63</sup> CREMADES, Bernardo M. “Del Convenio Arbitral y sus efectos”. *Op. cit.*; p. 278.

<sup>64</sup> BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. “Algunas consideraciones sobre el Convenio Arbitral en el Decreto Legislativo No. 1071”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director). *El Convenio Arbitral*. En prensa.



el enriquecimiento sin causa, el pago indebido (o pago en exceso).

## 8. FORMALIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: “DEBE CONSTAR POR ESCRITO”, PERO NO SE SANCIONA CON NULIDAD SU INOBSERVANCIA

La formalidad es “el modo de emitir la declaración de la voluntad, o de documentarla o de hacerla notoria ante otras personas”<sup>65</sup>. ALBALADEJO señala que la “forma es el modo de ser del negocio, la manera (palabra, escrito, ceremonia, etc.) de realizarse”<sup>66</sup>. Agrega que “todos los negocios son formales, puesto que de alguna manera (forma) han de verificarse los elementos que los compongan [...]”<sup>67</sup>.

Entonces, todos los contratos (o actos jurídicos) tienen una forma (verbal o escrita), pero no todos tienen una formalidad exigida por el legislador.

Los contratos (o actos jurídicos en general) que tienen una formalidad legal, son aquellos en los que el legislador exige el cumplimiento de un determinado procedimiento para su celebración. Este procedimiento podría ser: el otorgamiento de una escritura pública, la intervención de testigos, la firma o huella del declarante, etc.

Es necesario distinguir entre las formalidades *ad solemnitatem* y las *ad probationem*. Una formalidad es *ad solemnitatem* en la medida que su inobservancia determina la nulidad del acto jurídico o del contrato, por cuanto constituye un requisito de validez del acto jurídico. En cambio, cuando la ley exige una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto jurídico (artículo 144° del CC).

Para la celebración de convenios arbitrales, la nueva LA ha dispuesto que el convenio arbitral *debe constar por escrito* (artículo 13.2), pero no sanciona con nulidad su inobservancia, como ocurría bajo la vigencia de la Ley Arbitral derogada de 1996<sup>68</sup>. En tal sentido, la nueva LA ha abandonado la exigencia de una formalidad solemne (escrito) para la celebración del convenio arbitral y ha optado por una formalidad *ad probationem*.

Por lo tanto, con la nueva LA ya no se debe cumplir con una formalidad solemne para celebrar el convenio arbitral, únicamente se requiere el consentimiento (acuerdo) de las partes de someter a arbitraje sus controversias presentes o futuras. La nueva LA solamente se limita a señalar que el convenio arbitral “debe constar por escrito”; sin embargo, no

<sup>65</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1997, p. 132.

<sup>66</sup> ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 293.

<sup>67</sup> *Ibid.*; p. 294.

<sup>68</sup> “Artículo 10º.- Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (...)”.

sanciona con nulidad la inobservancia de este requisito (conste por escrito), por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Así, las partes pueden celebrar un convenio arbitral verbalmente, por medios electrónicos o por mensajes de voz, lo importante hoy día será probar la existencia del consentimiento de las partes.

El término “escrito” contenido en el artículo 13.1 de la nueva LA, no debe interpretarse como sinónimo de “firmado” o “escritura pública”.

Que el convenio arbitral conste por escrito es únicamente una sugerencia que hace el legislador, pues como veremos a continuación, la formalidad “escrita” se relativiza en el ordenamiento jurídico peruano, pues según lo dispone la nueva LA, el convenio arbitral también es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante *la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*<sup>69</sup>.

Sobre la amplitud del término “escrito”, GONZÁLEZ DE COSSÍO sostiene que “la definición no puede ser más amplia. Abarca a todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el derecho civil)”<sup>70</sup>.

En nuestra opinión, la nueva LA ha optado por el principio del consensualismo para celebrar convenios arbitrales, pues la existencia de convenios arbitrales se podrá probar utilizando cualquier medio probatorio. En tal sentido, cuando se dice que el convenio arbitral conste por escrito, únicamente se recoge una formalidad *ad probationem*, lo cual elimina el uso de “escritura” y no condiciona la existencia de la “firma” como requisitos de validez del convenio arbitral.

Al respecto, DIEZ-PICAZO afirma que “el cumplimiento de la forma escrita se produce, en primer lugar -y como es perfectamente claro-, mediante un documento *ad hoc* que esté firmado por las partes, bien contenga únicamente el contrato de arbitraje o bien lo inserte como parte de un negocio complejo”<sup>71</sup>. Agrega el profesor español, refiriéndose al artículo 9° de la Ley de Arbitraje de España de 2003, que “la ley ahora aclara que la forma escrita se cumple también si las declaraciones de voluntad de las partes resultan de un intercambio de comunicaciones, cualquiera que sea el tipo (carta, telegramas, télex o fax) siempre que en las comunicaciones quede constancia del acuerdo y, además, el documento sea accesible en soporte electrónico, óptico o de cualquier otro tipo”<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Artículo 13.3 de la LA.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Tomo I. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 217.

<sup>71</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 107.

<sup>72</sup> *Ibíd.*; p. 107.

Esta reforma sustancial en la nueva LA se redactó tomando en cuenta la opción I del artículo 7° de la Ley Modelo de UNCITRAL (enmendada en el año 2006)<sup>73</sup> y con ella se amplió la noción de “escritura”.

En este contexto, “será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal”<sup>74</sup>.

## 9. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La nueva LA reconoce expresamente la independencia o autonomía que tiene el convenio arbitral respecto al contrato que lo contenga o al que haga referencia.

El principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral se encuentra regulado en el artículo 41° de la nueva LA, al establecer que el convenio arbitral como acuerdo independiente, no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la inexistencia, nulidad,

anulabilidad, invalidez o ineficacia de este último no implica que el convenio arbitral sea nulo, anulable, inválido o ineficaz, pues sólo los árbitros tendrán la facultad de decidirlo.

Conforme lo dispone la nueva LA, el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (artículo 13.2). Por lo tanto, el convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato (obra, suministro, distribución, etc.) o puede constar en un acuerdo independiente (adenda) separado de dicho contrato.

El hecho de que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato no debe entenderse e interpretarse que el mismo es accesorio de éste. Julio César RIVERA sostiene que “la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato por lo que se predica su autonomía”<sup>75</sup>. Por su parte, VIDAL RAMÍREZ sostiene que “el convenio arbitral es un acto jurídico que tiene siempre el carácter de principal, conste o no en un documento destinado exclusivamente a servirle de contenido”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Estas enmiendas tuvieron como fundamento “reconocer la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje” [conforme lo establece el tercer considerando de la Resolución aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453)].

<sup>74</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Vol. 7. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 57.

<sup>75</sup> RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 100.

<sup>76</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2da. edición. Lima: Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 67.

Siguiendo a RIVERA, diremos que “la autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal”<sup>77</sup>. A su vez, MERINO MERCHÁN sostiene que la independencia del convenio arbitral del contrato en el cual se encuentra inserto, es procedente del Derecho de las Convenciones Internacionales y de la Ley Modelo UNCITRAL, donde el convenio arbitral es autónomo respecto al contrato donde se encuentre incorporado<sup>78</sup>.

La jurisprudencia arbitral de la CCI se ha pronunciado sobre el principio de separabilidad en los siguientes términos: “[...] deberá recordarse que en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato [...], la cláusula de arbitraje que figura en un contrato internacional, puede regirse perfectamente por una ley distinta a la aplicable al contrato principal”<sup>79</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia de la CCI ha expresado que la nulidad del contrato principal no conlleva la nulidad del convenio de la siguiente manera: “la demandada ha impugnado la competencia del Tribunal Arbitral basándose especialmente en el hecho de que el contrato de licencia no tenía valor, siendo defectuoso su consentimiento, por el profundo desacuerdo existente sobre

las bases mismas del contrato, o que al menos estará viciado. En consecuencia la demandada ha pretendido que la cláusula de arbitraje a la cual se refería la demandante no podía tener efecto. De acuerdo con el reglamento [...] la pretendida nulidad o inexistencia alegada de un contrato no ocasiona, salvo excepción en contrario, la incompetencia del árbitro. Si el árbitro admite la validez del convenio de arbitraje seguirá siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones”<sup>80</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia chilena ha sentenciado que “El pacto de arbitraje, [...], constituye un contrato autónomo e independiente, en que las partes acuerdan sustraer determinadas materias del conocimiento de la jurisdicción para someterlas a un juicio arbitral. Dicho pacto es en sí un contrato perfecto, [...]. Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular, aún cuando la materia que se somete a arbitraje tenga relación con otro negocio jurídico entre las partes”<sup>81</sup>.

En conclusión, por el principio de separabilidad “el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas”<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> RIVERA, Julio César. *Op. cit.*; p. 100.

<sup>78</sup> MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*; p. 258.

<sup>79</sup> Caso N° 1507 de 1970.

<sup>80</sup> Caso N° 2476 de 1976.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Op. cit.*; p. 596.

<sup>82</sup> *Ibid.*; p. 598.

## 10. EL CONVENIO ARBITRAL INCORPORADO COMO UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO

El artículo 13.2 de la nueva LA dispone que el convenio arbitral puede adoptar la “forma de una cláusula incluida en un contrato”<sup>83</sup>.

Por lo tanto, el convenio arbitral no tiene que celebrarse necesariamente en un documento separado y distinto al contrato, ya que puede estar incluido dentro del mismo. Sin embargo, el hecho de que se encuentre dentro del contrato como una de sus cláusulas, no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Recordemos que el convenio arbitral, por el principio de autonomía o separabilidad, es distinto del contrato que lo contiene.

De manera similar a nuestra LA, la Ley de Arbitraje de España de 2003 dispone que el convenio arbitral “(...) podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo”<sup>84</sup>. Al respecto, DIEZ-PICAZO anota que “no se trata de un problema de pura forma porque es sobre todo un problema de relación entre negocios jurídicos que *per se* son distintos. Por la misma razón, no es admisible convertir el convenio arbitral o acuerdo independiente en pura “cláusula”. El legislador ha confundido probablemente las realidades jurídicas negociables y sus plasmaciones documentales. Desde el punto de vista negocial, habrá dos

convenios yuxtapuestos y relacionados entre sí. O, por lo menos claramente puestos en conexión. Hablar de “cláusula” o de “acuerdo independiente” sólo tiene sentido desde un punto de vista documental. Por eso, tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente”<sup>85</sup>.

Coincidimos con el jurista español, dado que el convenio arbitral contenido en una cláusula del contrato, si bien guarda una estrecha relación de conexidad con el contrato, dicha relación no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Para evitar conflictos interpretativos, hubiese sido mejor decir que el acuerdo arbitral puede constar en un documento distinto al contrato o en el mismo contrato y, de ese modo, conjurar el “peligro” de que algún operador no experto en arbitraje interprete que se trata de una cláusula accesoria del contrato.

Reiteramos que sobre la base del principio de autonomía o separabilidad, el acuerdo arbitral contenido dentro del contrato no es accesorio de éste, “la única razón de conexión de dos contratos, que en rigor son independientes, siempre es la forma de determinación de la controversia y la relación jurídica de que dimana de la que antes nos referimos. En este sentido, es claro que el contrato llamado principal es sólo la relación de la que dimana el litigio”<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Artículo 13.2 de la LA.

<sup>84</sup> Artículo 9º de la Ley española de Arbitraje.

<sup>85</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Op. cit.*; p. 104.

<sup>86</sup> *Ibid.*

Por todo ello, prefiero no utilizar la nomenclatura de contrato principal, pues no existe ningún contrato principal, lo que hay es un contrato y dentro de él un convenio arbitral.

## 11. EL CONVENIO ARBITRAL CELEBRADO EN DOCUMENTO SEPARADO DEL CONTRATO

El convenio arbitral también puede adoptar la “forma de un acuerdo independiente” (artículo 13.2 de la LA).

En este caso, la nueva LA se refiere a la posibilidad de que las partes celebren el convenio arbitral de manera separada al contrato.

Este supuesto se puede presentar, por ejemplo, cuando dos partes celebran un contrato y no incluyen en él, ningún convenio arbitral; pero luego, al surgir una controversia, deciden celebrarlo para resolver sus conflictos. En este caso, tendrán que celebrar el convenio arbitral en documento independiente al contrato. Desde luego que también es posible celebrar el convenio sin la necesidad de que exista una controversia.

En el mundo de los negocios, es común que las partes no pacten todo lo que desean al momento de celebrar un contrato, por ello, es usual que después agreguen disposiciones al contrato, bien sean para modificar los acuerdos ya existentes o para incluir algunos tópicos no regulados.

En la práctica, estos nuevos acuerdos adoptan la forma de una *addenda* o *addendum* al contrato. La *addenda* es toda “adición, agregado o complemento a lo escrito”<sup>87</sup>.

En este contexto, el convenio arbitral puede revestir la forma de una *addenda*, ya que no siempre las partes pactan de antemano que las futuras controversias sobre el contrato serán resueltas por la jurisdicción arbitral. En algunos casos, las partes se reservan el derecho de decidir si acudirán a la vía arbitral o judicial una vez que surja una controversia entre ellas.

Debemos precisar que la *addenda* que contiene el convenio arbitral, por el principio de separabilidad o autonomía, siempre será autónoma del contrato, nunca accesoria.

## 12. OTROS SUPUESTOS DE CONVENIOS ARBITRALES QUE LA NUEVA LA CONSIDERA COMO “ESCRITOS”

Si bien la regla general es que el convenio arbitral conste por escrito, el artículo 13° de la nueva LA dispone que también se entenderán como equivalentes a “convenios arbitrales escritos” los siguientes supuestos:

- Convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico).
- Convenios arbitrales por aplicación del silencio como declaración de voluntad.

<sup>87</sup> NICOLIELLO, Nelson. *Diccionario de Latín Jurídico*, editorial JM Bosch Editor, Barcelona, España, 1999, p. 12.

- Convenios arbitrales por referencia.

### 12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico)

El artículo 13.4 de la nueva LA establece que:

“Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Los avances en la tecnología y en particular el uso de Internet han cambiado drásticamente el mundo de las comunicaciones y ha optimizado el mundo de los negocios. Hoy día, casi

todas las personas en el mundo cuentan con un correo electrónico (e-mail), el que utilizan para comunicarse con sus amigos y familiares, pero también para realizar transacciones comerciales simples (comprar libros y música) o complejas (ofrecer mercaderías y servicios) debido a la enorme reducción de costos de transacción que ellas generan. Este nuevo intercambio de bienes y servicios, ofertas a millones de personas, pagos electrónicos, etc., es denominado como comercio electrónico o *e-commerce*<sup>88</sup> y en la actualidad muchísimos contratos se celebran por esta vía.

Teniendo en cuenta la realidad descrita, la nueva LA reconoce la validez de los convenios arbitrales que se celebren por medios electrónicos, siempre que dicha información (ofertas, aceptaciones, etc.) sea accesible para su ulterior consulta. En consecuencia, los convenios arbitrales que se pacten por medios electrónicos tendrán el mismo valor que un convenio arbitral escrito.

Celebrar contratos por medios electrónicos no es novedad en el Derecho peruano. El artículo 141° del CC<sup>89</sup> establece

<sup>88</sup> Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “O comercio electrónico no direito peruano”. En: *Direito & Internet II. Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*. Volumen 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina). Bogotá: Ara Editores y Editorial Temis, 2003, pp. 125-148; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (Colombia)*. Tomo 3. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339-378; SOTO COAGUILA, Carlos A. “Informe sobre el comercio electrónico en el derecho peruano”. En: *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, pp. 189-210.

<sup>89</sup> Es conveniente mencionar que este artículo fue modificado el 24 de junio del año 2000, mediante la Ley N° 27291, pues la versión original no contemplaba (aunque no prohibía) la validez de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos

que la manifestación (declaración) de voluntad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, *a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo*.

Adicionalmente, el artículo 141-A del CC dispone que cuando la ley establezca que la declaración de voluntad deba realizarse mediante alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Por último, el artículo 1374° del CC establece que las declaraciones contractuales (oferta, aceptación, etc.) que se realicen a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirán conocidos cuando el remitente reciba el “acuse de recibo”<sup>90</sup>, es decir, cuando el sujeto que declara su voluntad (oferente), recibe en la bandeja de entrada de su correo electrónico un mensaje informándole que su destinatario (aceptante) ha recibido su comunicación.

De las normas citadas podemos concluir lo siguiente:

- Las declaraciones de voluntad por medios electrónicos son válidas y tienen el valor de declaraciones expresas (artículo 141° del CC).
- Nada impide celebrar contratos solemnes por medios electrónicos (artículo 141-A).
- Como en la contratación electrónica no hay cargos físicos de la entrega de una carta o comunicación, el legislador peruano señala que se considera conocida una oferta o una aceptación cuando el remitente reciba “acuse de recibo”.

Si aplicamos estos presupuestos al arbitraje concluiremos que las partes pueden celebrar convenios arbitrales por medios electrónicos y que éstos serán válidos, siempre que se cumplan dichos presupuestos. La nueva LA agrega que la *información consignada debe ser accesible*

---

celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*. Volumen 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina). Bogotá: Ara Editores y Editorial Temis, 2003, pp. 125-148; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (Colombia)*. Tomo 3. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339-378.

<sup>90</sup> El acuse de recibo es un sistema electrónico que puede ser activado en una computadora con la finalidad de permitir al remitente saber el momento exacto en que su mensaje está siendo abierto por el destinatario. Mediante el uso del acuse de recibo es posible la aplicación de presunción de conocimiento contemplado en el artículo 1373° del Código Civil peruano y, por lo tanto, se determine la celebración del contrato cuando el remitente, en este caso el aceptante, reciba en su correo electrónico el acuse de recibo que le indica que su mensaje conteniendo la aceptación ha sido abierto por el oferente. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “El Comercio Electrónico en el Derecho Peruano”. En: *AR: Revista de Derecho Informático*. Número 041, Diciembre, 2001. Consulta: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1015>. Consulta: 3 de mayo de 2010.



para su ulterior consulta, lo que constituye evidentemente, un tema de probanza.

BERNARDO CREMADES, comentando el artículo 9º de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “una de las novedades más sobresalientes que introduce la nueva LA [española] al establecer que se considera cumplido el requisito de la constancia por escrito del convenio cuando éste “conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” (art. 9.3.II LA). Se consagra así la validez de los convenios arbitrales pactados en sede de contratación electrónica o documentados en formato electrónico”<sup>91</sup>.

Otro comentarista de la ley española, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, sostiene que “la libertad formal es prácticamente absoluta al contemplarse la posibilidad de plasmar el convenio arbitral «en soporte electrónico, óptico o de otro tipo» siempre y cuando dicho soporte deje constancia del acuerdo de voluntades y sea susceptible de ulterior consulta. Se consagra así, una «ficción» que permite considerar como «escrito» cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico”<sup>92</sup>.

Por lo tanto, un convenio arbitral celebrado por medios electrónicos será válido y plenamente eficaz cuando se pruebe su existencia mediante la presentación de los mensajes de datos usados para su celebración.

En esta forma de celebrar convenios arbitrales, ya no se exige que las decla-

raciones estén firmadas por las partes, con lo cual, “la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades”<sup>93</sup>.

En conclusión, la nueva LA, con un sentido realista y funcional, otorga validez a los convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos u otros análogos, disponiendo que dichos convenios tendrán el valor de convenios arbitrales expresos y escritos.

## 12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad

El artículo 13.5 de la nueva LA establece que:

“Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

Este supuesto particular recoge el caso de un convenio arbitral celebrado por aplicación del silencio como manifestación de voluntad, esto es, cuando una de las partes expresa su declaración de voluntad sobre la existencia del convenio y la otra no niega ni afirma la existencia del mismo.

<sup>91</sup> CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*; p. 289.

<sup>92</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. *Op. cit.*; pp. 80-81.

<sup>93</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 217.

Sobre el silencio, FEDERICO DE CASTRO señala que “por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva”<sup>94</sup>.

El silencio no tiene relevancia jurídica porque no significa la afirmación o la negación de algo.

Ahora, si bien el silencio por sí mismo no constituye declaración de la voluntad válida, puede adquirir dicho valor “cuando expresa o tácitamente se le atribuya el significado de aceptación”<sup>95</sup>, esto puede suceder en la medida que se pacte en el contrato o que una ley lo estipule de tal manera, o en la medida que se “pacta o entienda que la negativa sólo será eficaz si es hecha expresamente y dentro de determinado plazo”<sup>96</sup>.

Al respecto, el artículo 142° del CC señala que el silencio “importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

En este sentido, cuando la ley le da el valor de declaración al silencio, éste opera de pleno derecho sin mayor precisión de las partes, como es el caso del supuesto en comentario.

BERNARDO CREMADES, comentando el artículo 9.5 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “otra de las (novedades)

introducidas por la LA es la presunción de existencia del 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). Queda así reflejada la voluntad del legislador de superponer la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral a los requisitos de forma”<sup>97</sup>.

En este contexto, debemos precisar que si las partes asienten (mediante la afirmación y luego el silencio) en sus comunicaciones la existencia del convenio, se entiende que el silencio tiene el valor de aceptación. Adicionalmente, se entiende que “las exigencias de la buena fe impiden que, habiendo alegado una de las partes la existencia del convenio arbitral en el escrito de demanda y no habiéndola negado la otra en el escrito de contestación, pueda oponerse la excepción de inexistencia de convenio arbitral”<sup>98</sup>.

Recordemos que quien alega algo o no lo niega, posteriormente no puede desdecirse, por cuanto, vulneraría el principio de la buena fe y en particular la doctrina de los actos propios que “constituye una regla derivada del principio de buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 69.

<sup>95</sup> *Ibid.*; p. 69.

<sup>96</sup> *Ibid.*; p. 69.

<sup>97</sup> CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*; p. 298.

<sup>98</sup> *Ibid.*; p. 298.

<sup>99</sup> BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 51-53. SOTO COAGUILA, Carlos. “Teoría de los actos propios”. En: *Revista Legal bilingüe “COLUMNAS” del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados*, N° 134, abril 2005, pp. 10-13.

En el supuesto contemplado en el artículo 13.5 de la LA, se aprecia que se está ante un caso en que la normatividad expresamente confiere valor jurídico al silencio. El presupuesto se daría en el contexto de un proceso, en el que una de las partes (demandante en la demanda o demandado en la contestación de la demanda) afirma que existe un convenio arbitral y la otra parte no lo refuta, omitiendo pronunciarse sobre tal extremo. De acuerdo a lo señalado, se considerará que se ha aceptado como cierta la afirmación de la otra parte; esto se debe a que se encuentran en un proceso en el que precisamente están en debate las afirmaciones de cada una y un tercero imparcial debe resolver.

Aunque sabemos que el Código Procesal Civil no es una norma supletoria en los arbitrajes, salvo que las partes así lo acuerden, en dicho cuerpo legal también encontramos un supuesto donde el silencio tiene consecuencias jurídicas. Se trata del artículo 442° que dispone que al contestar la demanda, el demandado debe “Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados”. Similar lógica es la de la figura de la rebeldía, que “causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda” (artículo 461° del mismo cuerpo legal).

### 12.3. Convenio arbitral por referencia

El artículo 13.6 de la nueva LA establece que:

“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Se denomina convenio arbitral por referencia (*per relationem*) al pacto arbitral que no se encuentra contenido dentro del contrato, sino en un documento separado, pero que en el contrato se hace remisión a dicho documento<sup>100</sup>. “La frase incorporación por referencia es universalmente entendida tanto por abogados como por no abogados, para significar la completa inclusión, en el cuerpo de un documento, de otro texto que, aunque físicamente separado del documento, se convierte en parte del documento como si hubiera sido escrito en él directamente”<sup>101</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003 señala que: “se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre

<sup>100</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. “La cláusula compromisoria por referencia”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. 174.

<sup>101</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Op. cit.*; p. 174. Ver, *Bruce Froehlich et al., c. Sonya Dakar Skin Care et al.* Court of Appeal of the State of California (Second Appellate District Division Five). Fuente: <http://www.huronlaw.com/docs/briefs/froehly.pdf>.

la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma<sup>102</sup>.

El convenio arbitral por referencia ha sido recogido por la normativa internacional, tal es el caso de la legislación alemana que ha recogido expresamente las cláusulas arbitrales por referencia en contratos sujetos a condiciones generales. Asimismo, la Ley Holandesa de Arbitraje adopta una postura de vanguardia y dispone que es suficiente un documento escrito que contemple el arbitraje o que se refiera a unas condiciones generales que prevean el arbitraje, si ellas han sido expresas o tácitamente aceptadas por la otra parte. Por su parte, el ordenamiento suizo también permite pactar una cláusula compromisoria por referencia a otro documento que la contenga. Por último, en el Derecho francés se exige que la cláusula arbitral conste por escrito y se acepta la cláusula arbitral por referencia.

Para que estos pactos sean obligatorios basta una referencia general a otro documento que contenga el acuerdo arbitral siendo lo importante que las partes hayan querido realmente acordar la solución de sus eventuales litigios por la vía del arbitraje, y que el escrito contentivo del pacto de arbitraje se integre al contrato de un modo u otro<sup>103</sup>.

Como hemos podido apreciar a nivel internacional, el convenio por referencia ha sido recogido y desarrollado de diversas formas; sin embargo, no podemos dejar

de lado el respeto de la autonomía privada (que es principio base para el arbitraje), y, en ese sentido, se debe respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, “por ello es necesario que la parte contra la que se invoca la existencia del convenio arbitral tuviese conocimiento, en el momento de suscribir el contrato principal, de la existencia de la cláusula arbitral en el documento al que el contrato se remite”<sup>104</sup>.

### 13. CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El artículo 13.7 de la nueva LA establece:

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

En primer lugar, la nueva LA sigue el sistema monista, distinto a su antecesora que regulaba en forma separada el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. En la nueva LA las normas se aplican tanto a los arbitrajes nacionales, también llamados domésticos, como a los arbitrajes internacionales. Si bien esta es la regla general, en la nueva LA existen algunas

<sup>102</sup> Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de Abril de 2010.

<sup>103</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Op. cit.*; p. 187

<sup>104</sup> CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*; p. 297.

normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional<sup>105</sup>.

Recordemos, conforme lo dispone el artículo 5° de la nueva LA, un arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Si las partes que intervienen en el convenio arbitral tienen sus domicilios en diferentes Estados cuando se produce la celebración de dicho convenio.
- Si de acuerdo a lo pactado en el convenio arbitral, o con arreglo a éste, la sede del arbitraje se ubica fuera del lugar de domicilio de las partes.
- Tratándose de partes domiciliadas en el Perú, se considerará que un arbitraje es internacional, cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica se encuentra fuera del territorio nacional.
- Si las partes que intervienen en el convenio se encuentran domiciliadas en el Perú, pero el lugar con el cual el objeto de

la discusión tiene una relación más estrecha, está fuera del territorio peruano.

MANTILLA-SERRANO, al comentar el apartado 6 del artículo 9° de la Ley Española de Arbitraje de 2003 de idéntica redacción al supuesto contemplado en el inciso 7 del artículo 13° de la nueva LA, señala que dicho apartado (6) “regula la validez, tanto formal como material, del convenio arbitral, así como la arbitrabilidad misma de la controversia”<sup>106</sup>. De esta forma, “cuando el arbitraje sea internacional e independientemente del lugar del arbitraje, y siempre y cuando las partes no hayan expresamente previsto un derecho aplicable diferente para alguna de estas cuestiones, la regla alternativa y de favorabilidad (...) cubre todo lo concerniente a cuestiones tales como la arbitrabilidad de la controversia, la forma y la formación misma del consentimiento a la base del convenio arbitral y la transmisibilidad de dicho convenio”<sup>107</sup>.

Es por ello que MANTILLA-SERRANO sostiene que el apartado 6 del artículo 9° de la Ley Española de Arbitraje de 2003 consagra “una regla de conflicto *in favorem validitatis* y de naturaleza alternativa”<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Coinciden con nuestro punto de vista CANTUARIAS Y CAIVANO cuando escriben que pese a la “regulación unitaria del arbitraje doméstico e internacional, se han mantenido unas pocas normas que se aplican exclusivamente a casos de arbitraje internacional, a través de los cuales se procura un mayor régimen de libertad”. (Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 7. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 55).

<sup>106</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Lustel, 2005, p. 83.

<sup>107</sup> *Ibid.*; p. 83.

<sup>108</sup> *Ibid.*; p. 84.

El artículo 13.7 de la nueva LA también recoge esta regla, donde prima el principio de la autonomía privada y deja en libertad a las partes para elegir las normas aplicables en un arbitraje internacional.

## 14. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Cuando se celebra un convenio arbitral surgen dos efectos: uno positivo y otro negativo. A continuación analizamos cada uno.

### 14.1. Efecto positivo del convenio arbitral

El efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación que tienen las partes de respetar el sometimiento a un tribunal arbitral de cualquier controversia que surja entre ellas<sup>109</sup>.

Dicho de otro modo, el efecto positivo es la obligación de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia que se encuentre dentro de los términos pactados en el convenio arbitral. Por lo tanto, el efecto positivo otorga a cada una de las partes el derecho de obligar a la otra el sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio<sup>110</sup>.

En consecuencia, “si alguien ha sometido a la decisión de uno o varios

árbitros cuestiones litigiosas, no puede cuando surjan éstas negarse a cumplir lo pactado, y por ello, frente a quien ha suscrito un convenio arbitral se puede iniciar un procedimiento que finalice en su caso con un laudo vinculante”<sup>111</sup>.

Es importante precisar que el efecto positivo del convenio arbitral se originará en la medida que sea válido y eficaz de acuerdo con las normas de la teoría general del contrato<sup>112</sup>.

También es importante puntualizar que el efecto positivo solamente recaerá sobre las partes que celebraron el convenio arbitral. Ello no impide que sobre la base del principio del efecto relativo de los contratos, aplicable al convenio arbitral, los efectos del convenio arbitral también recaigan sobre los herederos en el supuesto de que alguna de las partes fallezca (artículo 1361º del CC)<sup>113</sup>. Como es sabido, al producirse la sucesión, los herederos pasan a ser los nuevos titulares del patrimonio dejado por su causante. Este patrimonio se conforma por los activos y pasivos, en el primero encontramos a los bienes y acreencias, y en el segundo encontramos a las deudas y obligaciones asumidas por el causante, las cuales ahora serán asumidas por los herederos.

Por último, conforme lo dispone expresamente la nueva LA, los efectos positivos también alcanzarán a las partes

<sup>109</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. *Op. cit.*; p. 89.

<sup>110</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. *Op. cit.*; pp. 89 y ss.

<sup>111</sup> CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*; p. 304.

<sup>112</sup> CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*; p. 304.

<sup>113</sup> *Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla. (Énfasis agregado).*

no signatarias del convenio arbitral (extensión del convenio arbitral, artículo 14° de la LA), siempre que, de buena fe, hayan expresado su consentimiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

#### 14.2. Efecto negativo del convenio arbitral

En virtud del efecto negativo “los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un convenio arbitral”<sup>114</sup>. Ello se debe a que el sometimiento de las controversias a la competencia de un tribunal arbitral, constituye una renuncia implícita a la intervención de los tribunales judiciales.

FERNÁNDEZ ROSAS ha sostenido que “el postulado general según el cual el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordés nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)”<sup>115</sup>.

En esta medida, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y

tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que se han sometido a arbitraje.

Al respecto, la nueva LA ha dispuesto en el artículo 3°<sup>116</sup>, la prohibición de cualquier tipo de intervención de las autoridades judiciales en los asuntos que se sometan a arbitraje y que se encuentren bajo el régimen legal que establece la LA.

La nueva LA dispone que los árbitros gozan de plena independencia, lo cual garantiza la inexistencia de circunstancias que menoscaben sus atribuciones. Del mismo modo, dentro de las facultades que posee el tribunal arbitral se encuentran: (i) la posibilidad de iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, (ii) la posibilidad de decidir acerca de su propia competencia; y, (iii) dictar el laudo.

La nueva LA ha sido muy cuidadosa al procurar evitar todo tipo de intervención judicial que pretenda entorpecer o ejercer control sobre las acciones de los árbitros o sobre las mismas actuaciones llevadas a cabo dentro del arbitraje. De esta manera se ha dispuesto que ningún tipo de suceso

<sup>114</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. *Op. cit.*; p. 89.

<sup>115</sup> FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. *Op. cit.*; p. 672.

<sup>116</sup> 1. *En los asuntos que se rijan por la LA no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que las normas nacionales así lo dispongan.*

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

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

4. *Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.*

externo al proceso arbitral podrá restar eficacia a las decisiones adoptadas por los árbitros. La única excepción estipulada a dicho precepto será la posibilidad de recurrir a los tribunales judiciales mediante la interposición del recurso de anulación contra un laudo (parcial o final) dictado por el tribunal arbitral.

El efecto negativo también se encuentra expresamente consagrado en el artículo 228° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>117</sup>, de la siguiente manera:

“en cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre. durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa”<sup>118</sup>.

## 15. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO ARBITRAL Y EL “ACTA DE INSTALACIÓN” EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO PERUANO (ACTA DE MISIÓN EN LOS ARBITRAJES CCI)

Así como las partes tienen la libertad para negociar y celebrar convenios arbitrales, también cuentan con la libertad contractual para modificarlos o dejarlos sin efecto (resolverlos o extinguirlos).

Recordemos que el convenio arbitral es un contrato y como tal puede ser modificado o extinguido por ambas partes en cualquier momento. Tal sería el caso, por ejemplo, cuando las partes celebran un convenio arbitral y pactan un arbitraje internacional bajo las reglas de UNCITRAL; luego, una vez surgida la controversia, las mismas partes acuerdan que el arbitraje se regirá por las reglas de la CCI. Otro ejemplo se daría si las partes pactan como sede del arbitraje la ciudad de Madrid, pero posteriormente las partes de común acuerdo cambian la sede a la ciudad de Lima. O cuando inicialmente pactaron un arbitraje *ad hoc*, y ahora acuerdan que el arbitraje sea institucional. O cuando se acuerda que una controversia sea resuelta por determinada institución arbitral y luego las partes ven por conveniencia mutua el cambio a otra institución arbitral.

<sup>117</sup> Decreto Legislativo N° 1017, decreto que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 4 de junio de 2008.

<sup>118</sup> Artículo 228° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, publicado el 1° de enero de 2009.



Así como las partes son libres para someter a arbitraje determinada controversia, también tienen, en uso de su autonomía privada, la posibilidad de renunciar a la jurisdicción arbitral y retornar a la justicia estatal. En efecto, ambas partes pueden declarar de manera expresa, mediante otro contrato, su renuncia arbitraje contenido en el convenio arbitral, dejando el conflicto en el ámbito del Poder Judicial. La renuncia también puede producirse de manera tácita, cuando una de las partes demanda a la otra ante el Poder Judicial (existiendo un convenio arbitral), y la parte demandada no invoca la excepción de convenio arbitral, procediendo con los actos de defensa ante el Poder Judicial.

Al respecto, debemos precisar que la consideración esbozada presenta una restricción en el ámbito de la contratación pública, pues al establecer la Ley de Contrataciones con el Estado como mecanismos de solución de controversias, la conciliación y el arbitraje, éstas constituyen una condición del Estado para contratar con los particulares. En este supuesto, no cabe la sustracción de la vía arbitral por la jurisdicción ordinaria, toda vez que la Ley de Contrataciones con el estado no contempla dicha posibilidad, ni siquiera en forma residual.

En tal sentido, un convenio arbitral no es inmutable, por el contrario, puede

modificarse o extinguirse en cualquier momento, antes de surgida la controversia o una vez surgida la controversia. Desde luego, será necesario el acuerdo de ambas partes para dicho propósito.

Para la modificación del convenio arbitral, las partes pueden optar por celebrar un nuevo convenio arbitral o incluir su acuerdo en el Acta de Instalación (costumbre arbitral peruana) o en el Acta de Misión<sup>119</sup> (Reglamento Arbitral de la CCI).

Si las partes deciden modificar el convenio arbitral en el acta de instalación o en el acta de misión, se debe verificar que las partes, tratándose de personas jurídicas, estén debidamente facultadas para ello y que sus poderes estén vigentes, pues de lo contrario la modificación será ineficaz.

Por último, no debe interpretarse, como ha ocurrido, que la modificación al convenio arbitral sólo puede realizarse mediante otro contrato, o que las reglas contenidas en el acta de instalación o el acta de misión son de menor rango normativo y, por lo tanto, no se puede modificar el convenio arbitral mediante estos documentos. Discrepamos de esta postura. En nuestra opinión, el convenio arbitral puede modificarse por el acuerdo (escrito o verbal) de las partes, el mismo que puede estar contenido en un contrato independiente o inserto en el acta de instalación o el acta de misión.

<sup>119</sup> En el caso de arbitrajes bajo las reglas de la CCI, se tiene la particularidad que al iniciarse el arbitraje se redacta una "acta de misión", documento en el cual se delimitan el conflicto y las materias en controversia. En la redacción de esta acta participan las partes y los árbitros designados. La delimitación de los términos en el acta de misión permite a las partes ir encontrando puntos en común durante su redacción y con ello la toma de nuevos acuerdos sobre las controversias que serán materia de arbitraje, lo que implica implícitamente una modificación del primigenio convenio arbitral.

## 16. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. REGLAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO QUE SE APLICAN A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Para EMILIO BETTI, la interpretación es la actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica<sup>120</sup>.

Tratándose de los actos jurídicos en general, y del contrato en particular, el objeto de la interpretación son las declaraciones de voluntad y los comportamientos de los contratantes, pues en éstos (voluntad y conductas) los sujetos establecen el contenido, significado y efectos de los contratos que celebran. Por lo tanto, la interpretación del contrato no sólo consiste en un procedimiento hermenéutico que busca analizar y descifrar la existencia de una específica declaración conjunta de voluntad, sino que, además, tiene por finalidad imputarle a tal declaración un significado jurídicamente relevante.

En ese sentido, el intérprete debe indagar el significado de la común intención de los contratantes, para lo cual deberá calificar conductas e interpretar los preceptos del contrato con la finalidad de atribuirles un significado específico al acto negocial celebrado por las partes contratantes.

Algunos tratadistas sostienen que sólo se debe interpretar las cláusulas oscuras, ambigüas y las que inducen a confusión. Y, por el contrario, las cláusulas con aparente texto claro no se encuentran sujetas a la actividad hermenéutica, sobre la base de regla *in claris non fit interpretatio*. Discrepamos de esta postura, pues en el mundo del Derecho no hay nada claro, ni siquiera hay verdades absolutas, ¿Cómo podemos saber si un texto es claro? ¿Cómo llegamos a la conclusión de que una cláusula contractual no es oscura o ambigua? Obviamente, primero debemos leerla y luego interpretarla. HART ha demostrado que una norma simple y aparentemente clara como “*Prohibido ingresar dentro del parque con vehículos*”, deja de ser clara si tenemos que interpretar que se entiende por “vehículo”, ya que vehículo puede ser un bus o un auto, pero vehículo también puede ser un coche de bebé, los carritos y triciclos de los niños, las bicicletas de los adolescentes, la carretilla del heladero, etc. Vemos pues que la norma ya no es tan clara como se pensaba, por el contrario, hay una gama de posibilidades para interpretarla.

En consecuencia, *todo se interpreta*, aún los textos que aparentemente son claros. La interpretación es una operación normal y necesaria en la aplicación del Derecho, y más aún, cuando se trata de actos negociales como los contratos donde debemos determinar la voluntad común, la común intención de los contratantes, para luego atribuirle determinados efectos jurídicos.

<sup>120</sup> BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo de José LUIS DE LOS MOZOS. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 95.

Ahora, como el convenio arbitral es un acto jurídico (convenio arbitral testamentario o estatutario) o un contrato (acuerdo de las partes), también le son aplicables las reglas para interpretar los actos jurídicos y los contratos. Por lo tanto, para interpretar un convenio arbitral se deberá buscar la común intención de las partes a fin de atribuirle determinados efectos jurídicos, así como las obligaciones y derechos de las partes.

Por ello, en la interpretación del convenio arbitral se aplicarán todas las reglas de interpretación del contrato.

### 16.1. Reglas Generales para la Interpretación de los Contratos

El CC peruano, a diferencia de otros códigos civiles, no contiene un capítulo con las reglas para interpretar los contratos. Sin embargo, al existir en el CC un *Libro* destinado a regular la teoría del acto jurídico<sup>121</sup>, el legislador peruano consideró apropiado incluir en él las reglas para interpretar todos los actos jurídicos en general, sean unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos. Por lo tanto, debido al alcance genérico de las normas jurídicas sobre interpretación de los actos jurídicos, contenidas en los artículos 168°, 169° y 170°, *mutatis mutandii*, éstas se aplican también a los contratos.

A continuación analizaremos las reglas de interpretación de los actos

jurídicos, que consideramos aplicables a los contratos y a los convenios arbitrales.

#### 16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 168° del CC de la siguiente manera: *el acto jurídico (léase también el contrato y el convenio arbitral) debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él*, pues de conformidad con el artículo 1361° del CC la declaración expresada en el contrato se presume que responde a la voluntad común de las partes, con lo cual los contratos en cuanto se haya expresado en ellos.

FERNÁNDEZ CRUZ señala que este precepto legal acoge una clara posición objetivista en lo referente a la búsqueda de “lo querido” por el sujeto bajo los límites de “lo declarado” (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e intenta la búsqueda del valor objetivo del acto jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto<sup>122</sup>.

En tal sentido, para interpretar un convenio arbitral, esto es, desentrañar la común intención de las partes que lo celebraron, el intérprete debe revisar e interpretar los pactos expresados por las partes, bien sea que dichos pactos hayan sido traducidos en palabras o se hayan

<sup>121</sup> La Teoría del Acto Jurídico se encuentra regulada en el Libro II del Código Civil de 1984, del artículo 140° al artículo 232°.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano* (1942-2002). Selección, traducción y notas de Leysser L. LEÓN. 2ª edición. Lima: Ara, Lima, 2004, p. 810.

ejecutado mediante comportamientos, ya que lo “expresado” no debe interpretarse como sinónimo de texto escrito, sino como declaración de voluntad que puede estar contenida en textos escritos, palabras o comportamientos de los contratantes.

Esta regla de interpretación será de gran utilidad para extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. Así, el intérprete para, poder extender los efectos del convenio arbitral, no se limitará a revisar el texto del contrato sino que principalmente deberá tener en cuenta las conductas de las partes no signatarias del convenio arbitral durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato. Dichas conductas deberán interpretarse a fin de concluir si ellas son determinantes y demuestran que dichas partes signatarias expresaron su consentimiento en el negocio.

#### 16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos

La buena fe es un principio general del Derecho y, por lo tanto, inspira a todo el Derecho, y la contratación privada no escapa a su campo de acción.

La referencia a la buena fe como regla interpretativa de los contratos también se encuentra en el artículo 168º del CC que dispone “todo acto jurídico [léase también el contrato y el convenio arbitral] debe interpretarse según el principio de

la buena fe”, y en artículo 1362º del CC que establece que los “contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

La palabra *buena fe*<sup>123</sup> significa confianza, seguridad y honorabilidad, sobre todo en el cumplimiento de la palabra dada. La palabra *fe*, que proviene de fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiándose en que ésta no le engañará.

En palabras de LUIS DíEZ-PICAZO, la buena fe como principio general del derecho “engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (*diligencia in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse de buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> DANZ, Eric. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 194.

<sup>124</sup> Prólogo de Luis DíEZ-PICAZO a la obra de Franz WIEACKER. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1982, pp. 11-13.

Para ROXANA JIMÉNEZ<sup>125</sup>, la buena fe es un criterio de interpretación que debe considerarse un principio sobre el cual se estructura toda declaración de voluntad que ha de producir efectos jurídicos. Advierte la Jueza peruana que no hay que confundir la buena fe del intérprete (es obvio que se da por sentado que su actividad de interpretación se realiza de buena fe), sino que al interpretar un acto jurídico debe tomarse en cuenta la buena fe del o de los sujetos declarantes y de los destinatarios de la declaración. Por lo tanto<sup>126</sup>, este principio se vincula a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, así como al comportamiento de quienes son parte de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse.

Podemos concluir señalando que el principio de la buena fe, contenido en los artículos 168° y 1362° del CC, impone a los contratantes el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante todas las fases de la contratación (*iter contractual*: negociación, celebración y ejecución). Constituye además un criterio de interpretación que busca aprehender el significado de las declaraciones y comportamientos de las partes contratantes manifestados durante el desarrollo de todo el *iter contractual*, según un estándar de comportamiento: el de un hombre razonable, el buen padre de familia o el buen contratante<sup>127</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia de la buena fe, la nueva LA recoge este principio, estableciendo que “las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales, y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (artículo 38°). Igualmente, en los supuestos de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, solamente será posible en la medida que los sujetos a los que se pretenda extender el convenio arbitral hayan expresado de *buena fe* su consentimiento durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

### 16.1.3. Interpretación sistemática

Esta regla de interpretación, derivada del principio de unidad del contrato, se encuentra recogida en el artículo 169° del CC, cuyo texto prescribe que “las cláusulas de los actos jurídicos [léase también convenio arbitral] se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

De acuerdo con esta regla, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde coherencia y consistencia con todo el conjunto del contrato y del convenio arbitral. Lo que se interpreta de la cláusula dudosa

<sup>125</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La unidad del Principio General de la Buena Fe y su trascendencia en el derecho moderno”. En: *Contratación Privada*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 84.

<sup>126</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima: Grijley, 1997, p. 269.

<sup>127</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2000, p. 262.

es su significación en forma coherente con el conjunto del texto contractual, tomando al contrato y/o convenio arbitral como una unidad indivisible, que no puede tener incongruencias internas.

En este sentido, el convenio arbitral deberá ser interpretado teniendo en cuenta que es un pacto independiente al contrato principal y, en el caso de que se presenten contradicciones internas, se deberá recurrir a la interpretación sistemática para aclarar las dudas de la interpretación del conjunto de todos los pactos, teniendo en cuenta la común intención de las partes.

#### 16.1.4. Interpretación finalista

Esta regla interpretativa se encuentra recogida en el artículo 170° del CC cuando dispone que “las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto jurídico”.

De acuerdo con este precepto, la interpretación de un acto jurídico o contrato debe estar orientada a buscar o preferir, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea consistente con la finalidad del contrato o cláusula materia de interpretación.

Tratándose del convenio arbitral, mediante la aplicación de esta regla interpretativa, se busca determinar la causa objetiva del convenio arbitral. Para ello, el intérprete deberá preguntarse cuál fue el propósito práctico (finalidad) que las partes deseaban alcanzar con la celebración del convenio arbitral. Es esa finalidad la que deberá primar al momento de interpretar el convenio arbitral.

#### 16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar

Los contratos predispuestos o estándar (contratos por adhesión y contratos celebrados con cláusulas generales de contratación) son contratos redactados unilateralmente por una de las partes (el predisponente, generalmente un empresario), sin la participación del otro contratante (el adherente, generalmente un consumidor).

Los convenios arbitrales también pueden estar insertos en contratos por adhesión o cláusulas generales de contratación, empero el artículo 15° de la LA establece: “En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en **cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión** serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria” (Énfasis Agregado).

El legislador peruano exige como requisito *sine qua non* que el convenio arbitral sea conocido o haya podido ser conocido por la parte que no lo redactó. Sin esté requisito el convenio arbitral será ineficaz y por lo tanto inexigible.

Ahora, para interpretar los convenios arbitrales pactados en los contratos predispuestos o relaciones jurídicas estándares existen las siguientes reglas:

- Regla de prevalencia.
- Regla de la cláusula más beneficiosa.
- Regla de la interpretación *contra stipulatorem*.

### A) *Regla de la prevalencia*

Según esta regla de hermenéutica contractual, la discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular agregada al contrato predispuesto por las partes, origina la primacía de lo que disponga la última<sup>128</sup>.

La regla de la prevalencia encuentra su fundamento en el hecho de que las cláusulas particulares son las que mejor reflejan la voluntad común de los contratantes<sup>129</sup>, por lo que resulta lógico conceder mayor relevancia a las estipulaciones o cláusulas que fueron negociadas e incluidas por los contratantes en el contrato predispuesto.

La regla de la prevalencia se encuentra recogida en el artículo 1400<sup>o</sup><sup>130</sup> del CC de la siguiente manera: “las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto”.

De la lectura del artículo citado podemos señalar que para efectos de la aplicación de dicha regla es necesario que concurren dos presupuestos: a) que exista una contradicción entre una cláusula general del contrato predispuesto y una cláusula agregada (negociada); y, b) que ambas cláusulas sean eficaces jurídicamente, pues la ineficacia de una

de ellas generaría la no existencia del conflicto.

La aplicación de esta regla tiene como efecto una doble consecuencia: en primer término, la propia inaplicación de la cláusula general discrepante; en segundo lugar, la aplicación de la cláusula particular, siempre que ésta sea eficaz; lo cual, no implica necesariamente que ante la presencia de una cláusula particular que carece de eficacia deba aplicarse la cláusula general, sino que, en este caso, será aplicable la norma legal supletoria.

### B) *Regla de la cláusula más beneficiosa*

La regla de la cláusula más beneficiosa no ha sido acogida por el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en España que la incluye en el artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de la siguiente manera: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

Conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, cuando exista contradicción

<sup>128</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 412.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> En opinión de MANUEL DE LA PUENTE, el artículo 1400<sup>o</sup> desvirtúa la naturaleza de los contratos predispuestos, ya que una característica fundamental de las cláusulas generales de contratación radica en la inmutabilidad de sus cláusulas. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. T. I. Lima: Palestra, 2003, p. 813).

entre una cláusula general y una cláusula particular, se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sin importar si se trata de una cláusula general o de una particular.

En opinión de Díez-PICAZO, “por condición más beneficiosa debe entenderse aquella que amplíe el ámbito de los derechos del adherente o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes”<sup>131</sup>.

En consecuencia, cuando se tenga que interpretar un contrato que contenga cláusulas generales y cláusulas particulares, conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, se deberá aplicar la que resulte más favorable para el adherente. En caso no pudiera determinarse cuál es la cláusula más beneficiosa, prevalecerá la particular sobre la general, conforme lo dispone la regla de la prevalencia<sup>132</sup>.

### C) Regla *contra stipulatorem*

La regla *contra stipulatorem*, cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, ha sido recogida por casi todas las legislaciones. Ella es la consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa y es conocida también como interpretación *contra proferentem*.

Esta regla ha sido recogida por el legislador peruano en el artículo 1401° del CC con el siguiente tenor: “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios

redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra”.

Esta regla aparece enunciada como una sanción al predisponerte del contrato estándar, esto es, a la parte redactora de las cláusulas ambiguas, dudosas o imprecisas del contrato predisuesto.

Manuel DE LA PUENTE, al comentar el artículo 1401°, sostiene que “(...) es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte”<sup>133</sup>.

Esta regla no hace sino revivir lo que se sostenía en el Derecho romano respecto de la llamada regla de la imprecisión, según la cual, cuando una estipulación resultaba dudosa, la ambigüedad se interpretaba en contra del estipulante, o sea, del acreedor: *cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est* (D.34.5.26).

## 17. CONVENIOS ARBITRALES DEFECTUOSOS O PATOLÓGICOS

Las razones por las que se pacta un convenio arbitral son de distinta índole. Entre ellas se encuentran, el deseo de las partes de no acudir al Poder Judicial por lo prolongado, costoso,

<sup>131</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit.; p. 413.

<sup>132</sup> *Ibid.*; pp. 412-413.

<sup>133</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Op. cit.; p. 829.



engorroso e impredecible de sus procesos y decisiones; la celeridad, flexibilidad y simplicidad del procedimiento arbitral; la confidencialidad con que se trata la controversia, la especialización y experiencia de los árbitros, entre otras ventajas del arbitraje.

No obstante, las ventajas que proporciona el arbitraje pueden verse seriamente mermadas por la presencia de las denominadas *cláusulas arbitrales o convenio arbitrales patológicos*.

Un convenio arbitral patológico es aquél que adolece de defectos que, a la postre, van a constituir rémoras—cuando no dificultades mayores—en el procedimiento arbitral. En este sentido, es patológico el convenio que posee un contenido ambiguo o de difícil comprensión, expresado en deficiencias de redacción o acuerdo de las partes y, debido a ello, impide que el procedimiento arbitral se desarrolle con normalidad.

El adjetivo de cláusula “patológica” fue acuñado por FRÉDÉRIC EISEMANN (ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), al sostener que “es patológica toda cláusula que no cumple cuatro funciones fundamentales:

- Producir efectos obligatorios para las partes.
- Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.

- Dar a los árbitros el poder de resolver el litigio.
- Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo<sup>134</sup>.

Como ejemplos de convenios arbitrales patológicos que usualmente se encuentran en algunos contratos, podemos mencionar:

- a) Aquellas que designan centros de arbitraje o reglamentos arbitrales inexistentes o que han dejado de funcionar; o designan incorrectamente los nombres de los centros de arbitraje.
- b) Aquellas que no definen adecuadamente la materia arbitrable o limitan las materias arbitrables (por ejemplo, cláusulas que establece que “será materia de arbitraje las controversias suscitadas en la celebración y ejecución del contrato”; pero si hay una disputa referida o vinculada a la etapa de la negociación del contrato, nos preguntamos si será de competencia de los árbitros).
- c) Aquellas que establecen que ante la falta de nombramiento del árbitro por una de las partes, no se podrá realizar el arbitraje.
- d) Aquellas que designan árbitros con nombre y apellido en el

<sup>134</sup> DERAIS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. 191.

- convenio arbitral, pero cuando surge la controversia, dicha persona ha fallecido o se encuentra impedida de aceptar el encargo para actuar como árbitro.
- e) Aquellas que incorporan plazos demasiado cortos para el desarrollo del procedimiento arbitral (por ejemplo, 30 ó 60 días para todo el procedimiento arbitral).
  - f) Aquellas que establecen un tribunal compuesto por tres (3) árbitros, designados uno por cada parte, cuando en el contrato principal hay más de dos partes (por ejemplo, los contratos multipartes como consorcios o *joint ventures*).
  - g) Aquellas que otorgan competencia tanto a los tribunales judiciales como a los tribunales arbitrales para dirimir la controversia (por ejemplo, un convenio arbitral que diga “las controversias serán resueltas por un juez o un árbitro”).

La lista puede ser extensa y dependerá de la imaginación y creatividad (o carencia de ellas) de las partes y de sus abogados al momento de redactar el convenio arbitral.

*Pero, ¿cuáles son las causas de la existencia de estas cláusulas arbitrales patológicas?*

En nuestra opinión, la mala práctica de incorporar estas cláusulas obedece, por un lado, a la arraigada mala costumbre

de *copiar* convenios arbitrales de otros contratos y *pegarlos* a los que se están redactando y, de otro lado, a la falta de análisis y reflexión de las partes y de sus abogados al momento de estipularlos.

Debido a la manera apresurada y hasta precipitada de redactar los convenios arbitrales e incluirlos en los contratos, en el mundo anglosajón estos convenios arbitrales son conocidas como *midnight clauses* (cláusulas de medianoche).

En efecto, ocurre a menudo que cuando las partes han negociado el contrato, han discutido cada una de las condiciones de éste y se encuentran prestas a firmarlo, de pronto deciden agregar un convenio arbitral para que los posibles conflictos que puedan surgir se solucionen mediante arbitraje. Sorprendentemente, el convenio arbitral es incluido sin ser negociado, ni discutido de la misma forma cómo se hizo con cada una de las demás condiciones del contrato. Otra forma usual es encontrar el convenio arbitral como una cláusula de estilo en el contrato que negocian las partes, y sus abogados cuando llegan a esta cláusula arbitral simplemente le dice uno al otro: “es una cláusula de estilo, es normal en todo contrato”; pero en ningún momento analizan las conveniencias de dicho convenio arbitral en el contrato, de las reglas contenidas en él, las cuales se asumen como normales y no hay que discutir o negociar. Grave error...

Por todo ello, debemos tener en cuenta la necesidad de ser cuidadosos al pactar un convenio arbitral, pues ya se ha reconocido que de su correcta estipulación dependerá el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. En tal sentido, no permitamos que los convenios arbitrales se

conviertan en cláusulas de medianoche o en meras cláusulas de estilo que se copian y pegan de un contrato a otro como formatos predeterminados.

No olvidemos que cada convenio arbitral es un traje a la medida que responde a los intereses privados de las partes contratantes. En consecuencia, de la existencia de un bien pensado (y redactado) convenio arbitral dependerá en gran medida el éxito del arbitraje.

Conviene precisar que así como no existen los contratos perfectos -contratos que contienen todas las respuestas o soluciones a los diferentes problemas que se presentan durante su ejecución-, tampoco existen los convenios arbitrales perfectos.

Personalmente no conozco la cláusula o convenio arbitral perfecto. En este escenario, debemos tener sumo cuidado al momento de incluir un convenio arbitral en nuestros contratos, debemos saber qué tipo de contrato es, preguntarnos qué desean las partes, cuáles son sus intereses, qué es más conveniente para ellas, etc. Solamente negociando el convenio arbitral y redactando en buen lenguaje (castellano o inglés, según sea el caso), evitaremos conflictos y obstáculos en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

La nueva LA, consciente de la existencia de los convenios arbitrales patológicos, ha incluido la siguiente norma en el artículo 7.3: “En caso de falta de designación de una institución

arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes”. Con esta regla, la LA pretende evitar que los convenios arbitrales que se encuentren con alguna de las deficiencias descritas sean ineficaces, por el contrario, basándose en el principio de la conservación del contrato, brinda eficacia a dichos convenios arbitrales en los términos expuestos.

## 18. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO (*FAVOR NEGOTII*) A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Según el principio de conservación del contrato (*favor contractus*), cuando una cláusula se interprete de distintas formas, se debe elegir aquella que otorgue un significado útil a la declaración de voluntad, en lugar de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico.

BULLARD señala que, de acuerdo al principio de conservación del contrato, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director). *Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1756.

Para ALTERINI, el principio de conservación implica también que “las palabras usadas al celebrar deban ser tomadas en el sentido que dé más eficacia a la estipulación”<sup>136</sup>. Por lo tanto, si al interpretar una cláusula obtenemos como resultado que una de las posibles interpretaciones nos conduce a la ineficacia de la misma, se debe preferir la interpretación que dé como resultado su eficacia.

Obviamente, si el contrato adolece de alguna causal de nulidad, no hay forma de aplicar el principio de conservación del contrato, pues si éste es nulo, no se creó relación jurídica alguna entre las partes y tampoco habrán surgido derechos u obligaciones para los contratantes.

Este principio hermenéutico fue propuesto en la regla segunda de POTHIER de la siguiente manera: “cuando una cláusula es susceptible de dos interpretaciones, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto”<sup>137</sup>.

Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003<sup>138</sup>, establece que “la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”. Con ello se ha optado por el principio de conservación del contrato o también denominado criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. Este principio consiste en dotar de mayor validez al convenio arbitral dejando de

lado los formalismos que puedan afectar su plena aplicación.

Un buen ejemplo de la aplicación del principio de conservación del contrato (y del convenio arbitral) lo encontramos en el artículo 7.3 de la nueva LA, cuando se dispone que el arbitraje será *ad hoc* cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo. Por lo tanto, cuando, el operador jurídico se encuentre frente a un convenio arbitral patológico, que contenga la referencia a una institución arbitral inexistente o que ha dejado de funcionar, el convenio arbitral no será ineficaz, sino que por el contrario se respetará la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y el arbitraje que se inicie será *ad hoc*.

Como lo hemos expresado anteriormente, la nueva LA ha recogido el criterio antiformalista para la regulación del convenio arbitral y otorga mayor predominio a la autonomía privada de las partes, por lo que acorde con este postulado, en los casos de convenios arbitrales patológicos deberá aplicarse el principio de conservación del contrato, manteniendo la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y subsanando aquello que impide que el convenio arbitral despliegue plenamente sus efectos.

<sup>13</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles (Comerciales-De consumo). Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 416.

<sup>137</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 62.

<sup>138</sup> Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 4 de mayo de 2010.

\*\*\*

En la actualidad, el arbitraje ha demostrado ser un sistema privado de solución de controversias eficiente (por la rapidez del proceso) y eficaz (los laudos se ejecutan con normalidad). Como es obvio, ninguna obra humana puede ser perfecta, y siempre será perfectible, lo que es un estímulo para mejorar e ir a la par de las necesidades que se van generando en una sociedad en perpetuo movimiento. Ciertamente, podemos afirmar que la nueva LA de 2008 es una buena ley que permitirá continuar con los logros

obtenidos por su antecesora de 1996, y para ello es indispensable el concurso de todos los actores del quehacer arbitral (árbitros, abogados y partes), así como de la correcta interpretación que los tribunales judiciales hagan de sus normas. De ese modo, con el trabajo conjunto de todos, se podrá lograr que los principales objetivos de la nueva LA (mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes) se alcancen y mantengan. Es una ilusión que con creciente satisfacción y gran entusiasmo vemos cristalizar.



# CUANDO EL FIN SÍ JUSTIFICA LOS MEDIOS

## EL DEBER DE LOS ÁRBITROS DE PROMOVER UNA SOLUCIÓN AMIGABLE ENTRE LAS PARTES (*SETTLEMENT*) EN EL CONTEXTO DE UN ACUERDO ARBITRAL

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS (\*)  
JOSÉ CARLOS LLERENA ROBLES (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Redefiniendo la finalidad del acuerdo arbitral: solucionar la controversia.* 3. *Deber del árbitro de promover el acuerdo entre las partes (settlement): Dotando de efectividad al arbitraje.* 3.1. *Existencia de incentivo para llegar al laudo arbitral.* 3.2. *Reducción de costos de arbitraje.* 3.3. *El arbitraje como escenario propenso a alcanzar el acuerdo entre las partes.* 4. *Reflexión final.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Cuando recibimos la invitación a participar de esta enriquecedora publicación, dedicada exclusiva y primordialmente al convenio o acuerdo arbitral, nos dimos cuenta que nos encontrábamos ante una ideal oportunidad para abordar un problema que hemos podido detectar, a partir de nuestra práctica arbitral, en el arbitraje nacional directa y necesariamente vinculado con el tema transversal a este libro colectivo.

Existen estudios que demuestran que el número de controversias dentro de

un proceso arbitral solucionadas mediante el acuerdo entre las partes (*settlement*) representa el 50% de todas ellas<sup>1</sup>. Esto no significa sino que el otro 50% ha logrado solucionar las disputas sometidas a arbitraje, siguiendo y cumpliendo todas las etapas que un proceso arbitral ordinario implica, así como asumiendo los costos y tiempo que aquel requiere. Esta situación podría resultar extraña, teniendo en cuenta que las partes acuerdan o pactan el convenio arbitral para acudir a la vía arbitral con el propósito que en ella, en virtud de sus beneficios y bondades, puedan solucionar sus controversias indistintamente si ello se consigue con

(\*) Socio de Miranda & Amado Abogados, Lima.

(\*\*) Asociado de Miranda & Amado Abogados, Lima.

<sup>1</sup> Según BUCHER, en 1995 los procesos arbitrales que finalizaban con una solución amigable (*settlement*) equivalían al 50% de ellos. Al 2006, de acuerdo con BUHRING, KIRCHHOFF y SCHERER, dicho porcentaje se redujo al 43% en promedio. *Supra*, nota 10.

laudo arbitral o mediante otro mecanismo alternativo.

Por esto, creemos que el problema descrito, el cual definitivamente impacta en términos de costos a las partes y en la imagen que ha alcanzado el arbitraje en la sociedad, radica en la inexistencia de una norma que contemple el deber por parte de los árbitros de promover una solución amigable entre las partes (*settlement*) durante todo el proceso arbitral, sin necesidad que el mismo concluya en un laudo arbitral. Al respecto, creemos que la omisión de este deber del árbitro en el marco legal aplicable al arbitraje nacional, se encuentra directa y originariamente vinculada con la noción de la finalidad del acuerdo o convenio arbitral que se maneje, ya que ésta, debe servir de derrotero para todo el proceso arbitral y, sobretudo, para guiar el comportamiento del árbitro en el mismo. Si bien la norma peruana ha previsto que el árbitro desempeñe un rol homologador frente al acuerdo entre las partes, esta única responsabilidad termina relegándolo a un papel secundario, lo cual, resultaría contrario al espíritu del arbitraje, entendido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos<sup>2</sup>.

El presente trabajo tiene como finalidad identificar y establecer el rol que deben tener, en el arbitraje nacional, los árbitros para promover en todo

momento el acuerdo entre las partes (*settlement*), con el propósito de reivindicar la finalidad del acuerdo arbitral: lograr una solución eficiente de las controversias generadas entre las partes. Para ello, primero estableceremos y re-definiremos la finalidad del acuerdo arbitral; para después, corroborar la necesidad que los árbitros promuevan el *settlement* en el arbitraje nacional, las razones y fundamentos para ello y, de esta manera, dotar de efectividad y de prestigio la vía arbitral en la cual, las partes han depositado su confianza a efectos de superar cualquier controversia suscitada entre ellas; y finalmente, compartiremos algunas reflexiones finales respecto del trabajo realizado.

Asimismo, debemos advertir que el presente trabajo no pretende agotar el tema planteado, dado que nos excederíamos del espacio gentilmente otorgado, sino más bien sacarlo a la luz a efectos que todas las personas que estemos de alguna manera involucradas en este mecanismo de solución de disputas tan prestigiado podamos aportar ideas y experiencias para enriquecer el debate, tanto desde una perspectiva académica como profesional. De igual manera, definitivamente no pretendemos proponer la importación de prácticas de otras plazas arbitrales a un contexto distinto como el arbitraje nacional en el Perú, sin tomar en consideración las

<sup>2</sup> “Artículo 50º del Decreto Legislativo No. 1071.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

(...)”.



particularidades y la realidad del mismo; todo lo contrario, deseamos generar un espacio de discusión que sirva como una oportunidad para evaluar las formas y matices con que dicho deber del árbitro, eventualmente deba ser recogido por las normas aplicables al arbitraje nacional.

## 2. REDEFINIENDO LA FINALIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL: SOLUCIONAR LA CONTROVERSIA

Antes de comenzar con el análisis propio de esta sección resulta necesario indicar que dada la naturaleza contractual del acuerdo o convenio arbitral, la única manera de conocer y reivindicar su finalidad se encuentra mediante el ejercicio hermenéutico aplicado a cada convenio que se presente caso por caso, con miras a identificar específicamente la voluntad de las partes involucradas. Sin embargo, para efectos del presente trabajo vamos a sustentar nuestro análisis teniendo en cuenta la estructura y contenido típico de un convenio arbitral, sin perjuicio que, tal como lo hemos advertido, para el análisis particular de cada convenio arbitral con el que nos topemos es fundamental e imprescindible acudir al contenido puntual de la voluntad de las partes pertinentes.

Dicho esto, podemos afirmar que el acuerdo o convenio arbitral es un contrato mediante el cual las partes acuerdan someter los distintos conflictos que se generen entre ellas a un proceso arbitral. Es decir, cuando las partes celebran un convenio arbitral manifiestan su deseo de someter cualquier controversia suscitada entre ellas a un proceso arbitral, dado que confían en la celeridad y eficacia, entre otras bondades, de este mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. Existen varios trabajos académicos<sup>3</sup> que coinciden con la definición esbozada al establecer que mediante el acuerdo o convenio arbitral las partes, en virtud de la autonomía privada, acuerdan someter la solución de alguna controversia que se genere en el marco de una relación jurídica a la instancia arbitral. Asimismo, dicha concepción del espíritu del convenio arbitral es compartida por el marco legal aplicable peruano<sup>4</sup>, así como por la Ley UNCITRAL<sup>5</sup>.

Por lo tanto, a partir de lo señalado, podemos afirmar que el acuerdo arbitral tiene como finalidad -o mejor dicho, es la finalidad que las partes persiguen mediante su estipulación- encontrar la solución a las distintas controversias que se generen entre ellas, dentro de un proceso arbitral, entendido este como un mecanismo de resolución de controversias privado donde

<sup>3</sup> Véase CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.

<sup>4</sup> “Artículo 13º del Decreto Legislativo No. 1071.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

(...)”.

<sup>5</sup> “Artículo 7º de la Ley UNCITRAL

1) El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (...)”.

un tercero (árbitro o tribunal arbitral) tendrá el deber y responsabilidad de solucionar el conflicto entre las partes.

Ahora, llegado a este punto, en el cual no hemos sino recordado la finalidad del convenio arbitral, pacíficamente admitida por la doctrina y normativa, tanto nacional como extranjera, conviene preguntarnos algo que ha sido omitido o quizás dado por sentado en los distintos trabajos y estudios que se han realizado acerca del convenio arbitral: ¿Qué debemos entender por alcanzar la solución de una controversia dentro de un proceso arbitral?

¿Acaso la obtención de un laudo es la única manera de solucionar una controversia en sede arbitral? Dicho de otra manera, cuando las partes han estipulado un convenio arbitral, ¿lo han hecho suponiendo que en caso se suscite alguna controversia, ésta sea solucionada únicamente y exclusivamente mediante un laudo arbitral emitido dentro de un proceso arbitral por un árbitro o tribunal arbitral? ¿Resulta muy forzado pensar que las partes han celebrado el convenio arbitral dado que creen en las bondades del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, en lugar de acudir a la vía judicial, sin importar la

manera mediante la cual sus diferencias se resuelvan siempre y cuando dicha medida sea eficiente y efectiva?

Consideramos que, dado que la finalidad del convenio arbitral radica en encontrar la solución a un conflicto dentro de un proceso arbitral, al final la forma mediante la cual se soluciona la controversia sometida a arbitraje queda relegada a un segundo plano, evidentemente en tanto aquella no resulte costosa e ineficiente. Y es que entendemos al arbitraje no como un fin en sí mismo, sino como un medio para la satisfacción de un fin: la solución de una controversia. El propósito principal del convenio arbitral no es *per se* la obtención de un laudo arbitral, sino hallar la solución de un conflicto en el seno de un procedimiento arbitral, indistintamente si ella se encuentra en un acuerdo entre las partes involucradas, como puede ser el caso de otros mecanismos de solución de controversias como lo son la conciliación o la mediación<sup>6</sup>.

A partir de lo expuesto, teniendo en cuenta que la solución del conflicto sometido a arbitraje puede ser encontrada en mecanismos distintos al dictamen de un laudo arbitral por parte del árbitro, ¿debe éste asumir algún deber respecto de estos

<sup>6</sup> Al respecto, tanto la doctrina nacional como comparada comparten nuestra postura acerca que la finalidad del arbitraje es solucionar el conflicto de las partes, sin hacer alusión a si dicha solución es lograda mediante un laudo arbitral u otro mecanismo. "el arbitraje es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual, una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia". OSTERLING PARODI, Felipe. "¿Solución de controversias en arbitraje o en el poder judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción". En: SOTO COAGUILA, Carlos (director). *El Arbitraje en el Perú y en el Mundo Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 75. "En esta especie de la heterocomposición, el tercero —al que se denomina *árbitro*— no se va a limitar a proponer la solución a las partes, sino que va a disponer dicha solución a través de una resolución obligatoria para las partes, a las que se conoce como *laudo*". OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. 3ª edición. México: Harla, 1996, p. 28.

mecanismos alternativos distintos al laudo arbitral final? Es decir, el árbitro además de su obligación de emitir un laudo que ponga fin a la controversia materia de arbitraje, ¿debe asumir un rol, deber u obligación con relación a las otras maneras de solucionar el conflicto, distintas de la expedición de un laudo arbitral? Por las consideraciones siguientes opinamos que sí.

### **3. DEBER DEL ÁRBITRO DE PROMOVER EL ACUERDO ENTRE LAS PARTES (SETTLEMENT): DOTANDO DE EFECTIVIDAD AL ARBITRAJE**

Tal como lo adelantamos al inicio del presente trabajo, consideramos que existe un deber por parte de los árbitros de promover el acuerdo entre las partes (*settlement*) como una alternativa para poner fin a una controversia dentro de un proceso arbitral<sup>7</sup> y satisfacer, de esta manera, la expectativa y confianza que las partes depositaron en el mecanismo arbitral al momento de estipular el convenio arbitral.

Evidentemente, el contenido y nivel de dicho deber en cada ordenamiento jurídico va a depender de un análisis integral del ámbito de aplicación de cada norma y, específicamente, de las particularidades del escenario arbitral en cada plaza respectiva. A continuación explicaremos las principales razones que

nos llevan a afirmar y establecer este deber atribuible a los árbitros una vez iniciado el proceso arbitral.

#### **3.1. Existencia de incentivo para llegar al laudo arbitral**

El arbitraje, al igual que las demás instituciones jurídicas que se crean con el propósito de satisfacer distintas necesidades y demandas de la sociedad, no es un mecanismo que *per se* se torne beneficioso y favorable para resolver las controversias entre las partes que pactaron acudir a él como vía de solución de conflictos. Los privados o, muchas veces, el Estado deben crear los incentivos adecuados a efectos de lograr alinear los intereses de las partes involucradas en los distintos sistemas con el objetivo de lograr cumplir con la finalidad esperada. Ahora, dicha tarea de creación de incentivos no significa un ejercicio simple y sencillo, en vista que muchas veces algunos incentivos terminan alterando o afectando la conducta de los agentes teniendo como efecto correlativo no solo no satisfacer con la finalidad buscada, sino, peor aún, lograr el detrimento de ella: incentivos perversos.

En el caso del arbitraje, uno de los incentivos creados o establecidos para efectos de prestigiarlo como un mecanismo atractivo para solucionar conflictos es el hecho que las partes

<sup>7</sup> Debemos admitir que en nuestra experiencia profesional la mayoría de las veces las partes antes de ejercer o activar un convenio arbitral, han tratado de solucionar sus controversias mediante el tracto directo, caso contrario no hubieran activado la vía arbitral, la cual si bien está dotada de bondades también implica una serie de costos. Sin embargo, como explicaremos posteriormente, también creemos que el escenario arbitral se torna más favorable para que las partes puedan solucionar sus controversias mediante el acuerdo directo, a diferencia de lo que ocurre en sede judicial.

involucradas deben pagar por los servicios del tercero –árbitro o tribunal arbitral– que tendrá la responsabilidad de solucionar las controversias generadas entre ellas, así como los demás gastos que el proceso exija. De esta manera se entiende que mientras el trabajo del árbitro sea remunerado se podrá alinear sus intereses con las partes y resolver de manera adecuada y con celeridad los conflictos sometidos a la vía arbitral, cuestión que no sucede en sede judicial dada la inexistencia de este incentivo propio del arbitraje.

Sin embargo, nosotros consideramos que si bien el hecho de pagar por la actuación del tercero que solucione el conflicto, dígame el árbitro, constituye un incentivo cuya finalidad es consolidar al arbitraje como una vía de resolución de disputas mucho más célere y efectiva que el proceso judicial; dicha medida es propensa a generar un incentivo perverso, el cual puede propiciar conductas y comportamientos de los árbitros que terminen por no encontrarse alineados con la voluntad expresada por las partes: solucionar efectiva y eficientemente la controversia entre las partes.

A nuestro parecer, dado que los honorarios de un árbitro son directamente proporcionales al trabajo y tiempo dedicado en el proceso arbitral, se puede generar en los árbitros el incentivo perverso que los induciría, con miras a maximizar su interés, a tomar únicamente en cuenta

al laudo arbitral como medio para poner fin a la controversia materia de arbitraje. Evidentemente, los honorarios de un árbitro que ha invertido mayor trabajo y tiempo al preparar un laudo arbitral difieren de manera considerable con lo que percibe un árbitro que no llegó a emitir un laudo dentro de un proceso arbitral, lo cual incide directamente en los costos asumidos por las partes<sup>8</sup>.

En este sentido, con la finalidad de salvaguardar la finalidad del convenio o acuerdo arbitral y el prestigio y preferencia del arbitraje como mecanismo de solución de disputas y de mitigar los efectos del incentivo perverso descrito, consideramos que el árbitro o tribunal arbitral debe tener la obligación de promover en todo momento el arreglo o acuerdo entre las partes, sin la necesidad que el proceso arbitral sea concluido por optar por dicha medida. Definitivamente, este deber significaría un re-planteamiento del rol de un árbitro dentro de un proceso arbitral, el cual no debe limitarse a la emisión del laudo final sino, como ya lo hemos advertido, a encontrar una solución efectiva y eficiente del conflicto entre las partes.

Al respecto, consideramos notable el esfuerzo realizado en el arbitraje internacional por generar conciencia acerca del deber que tienen los árbitros de promover el acuerdo entre las partes dentro del proceso arbitral<sup>9</sup>. Esto se debe principalmente a la labor del CEDR Commission for Settlement in International

<sup>8</sup> Conviene anotar que, en el caso de los reglamentos de los principales centros de arbitraje situados en el país establecen una compensación por tramos que incluye el caso en que no se hubiese llegado a un laudo arbitral. Véase, el artículo 57º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 39º de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de Amcham-Perú, y el artículo 101º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>9</sup> Otros esfuerzos. consideramos notable el esfuerzo realizado por distintas entidades para dotar de efectividad y eficiencia al arbitraje internacional mediante la publicación de distintos

Arbitration (“CEDR”), entidad que tiene como finalidad incentivar y promover mecanismos autocompositivos de solución de conflictos dentro de un proceso arbitral, sin necesidad que éste sea culminado<sup>10</sup>. El trabajo de la CEDR se basa en la premisa, compartida por nosotros de acuerdo a lo indicado anteriormente, de que las partes al momento de pactar un convenio arbitral, desean que su controversia sea solucionada dentro de un proceso arbitral sin importar la modalidad de dicha solución, siempre y cuando ella resulte efectiva y eficiente<sup>11</sup>. Así, la CEDR publica periódicamente estudios cuyo objetivo consiste en plantear y promover medios alternativos de solución de disputas, como la mediación y conciliación, dentro de un arbitraje internacional, para lo cual brinda recomendaciones y pautas a efectos que los árbitros, instituciones

arbitrales y los demás actores relevantes puedan hacer uso de dichos mecanismos de manera efectiva y eficiente. Por ejemplo, con el propósito de mitigar los riesgos que implica el uso del med-arb<sup>12</sup>, como mecanismo para solucionar las disputas en el arbitraje internacional, recomienda una serie de medidas destinadas principalmente a no perjudicar la imparcialidad que debe mantener el árbitro dentro del proceso arbitral.

Finalmente, en plano comparado existen una serie de regímenes legales que no solo le asignan al árbitro el deber de promover el acuerdo entre las partes u otro mecanismo de solución autocompositivo dentro del arbitraje, sino que regulan además otros aspectos como el nivel de revelación de información entre las partes, entre otros<sup>13</sup>.

---

documentos que coadyuven con dicho fin. Entre ellas podemos encontrar al UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, el IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, el IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, y el ICC Commission’s Techniques on Controlling Time and Costs.

<sup>10</sup> “The purpose of the Recommendations set out in this Report is to provide tools which can be used by all of the different participants in international arbitration proceedings. These tools are all designed to increase the prospects of parties to the proceedings being able to settle their disputes without the need to proceed through the conclusion of arbitral proceedings”. CEDR COMMISSION ON SETTLEMENT IN INTERNATIONAL ARBITRATION. *Final Report November 2009: Rules and Recommendations*, 2009. p. 2.

<sup>11</sup> “A key premise of the Commission’s work, which is supported by studies of the attitudes of international business to dispute resolution is that parties generally want their problems solved cost effectively and efficiently and that this will often be best achieved through negotiated settlement”. *Ibid.* p. 1.

<sup>12</sup> “Med-arb is a dispute resolution method that combines both mediation and arbitration. Parties typically try to resolve their dispute before a mediator. In one, variant of med-arb, if no settlement is reached, the mediator then becomes an arbitrator and issues a binding decision”. TAI-HENG, CHENG Y ANTHONY KOHTIO. “Some Limits to Applying Chinese Med-Arb Internationally”. En: *New York Law School Legal Studies*. Volumen 2. Primavera 2009. p. 95.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, la sección 27 de la Ley Arbitral Comercial de Australia (“*Australia New South Wales Commercial Arbitration Act*”), la sección 22 de la Ley Arbitral de Bangladesh (“*Bangladesh Arbitration Act*”), artículo 31º de la Ley de Arbitraje Internacional de Belarus (“*Belarus International Arbitration Court Law*”), sección 2B (1) de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (“*Hong Kong Arbitration Ordinance*”), sección 30(1) de la Ley de Arbitraje y Conciliación de la India (“*India Arbitration and Conciliation Act*”), artículo 38º(4) de la Ley de Arbitraje de Japón (“*Japan Arbitration Law*”) y el artículo 1043º de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos (“*Netherlands Arbitration Act*”).

### 3.2. Reducción de costos de arbitraje

Como lo hemos explicado anteriormente, los beneficios y bondades del proceso arbitral no son gratuitos, ya que son las partes quienes asumen los costos y gastos necesarios para que el escenario arbitral satisfaga sus expectativas y se puede solucionar de manera efectiva y eficiente las distintas controversias que sean sometidas a dicha vía, mediante la estipulación de acuerdos o convenios arbitrales.

La eficiencia buscada por las partes no solo debe manifestarse en la celeridad con la que obtienen una solución a su controversia dentro de un proceso arbitral, sino también en los costos y gastos que implica el desarrollo de un arbitraje. Obtener la solución de una controversia dentro de un proceso arbitral no implica necesariamente el éxito del mismo, sino que aquella debe darse de manera oportuna y su obtención no debe significar asumir costos mayores a los beneficios generados.

La relevancia que merecen los factores de tiempo y costo en sede arbitral, se puede apreciar en investigaciones efectuadas por la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), como el “Techniques for Controlling Time

and Costs in Arbitration”<sup>14</sup>. Mediante esta publicación la CCI brinda y consolida, a partir de su experiencia como centro de arbitraje institucional, técnicas y herramientas que puedan ser utilizadas para el desarrollo procedimental de un proceso arbitral, con miras a reducir la duración y costo del mismo.

Así, para efectos del presente trabajo, conviene rescatar una recomendación que la CCI ha contemplado para que el procedimiento arbitral no demore e implique costos excesivos, es decir, para dotar de eficiencia al proceso arbitral, la cual consiste en establecer específicamente que el árbitro o tribunal deba ostentar un rol promotor del acuerdo entre las partes durante todo el procedimiento arbitral como solución alternativa, distinta al laudo arbitral, a la controversia, ya sea mediante la negociación directa o mediante otro mecanismo autocompositivo de solución de conflictos<sup>15</sup>.

Definitivamente, dicha recomendación demuestra que el deber de los árbitros de promover el acuerdo entre las partes como mecanismo para poner fin a las controversias tratadas en un proceso arbitral descansa en la necesidad de dotar de eficiencia al arbitraje, logrando solucionar las controversias mediante mecanismos que impliquen menor tiempo y costos para las partes.

<sup>14</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: Report from the ICC Commission on Arbitration*. 2007.

<sup>15</sup> “Settlement

Arbitral tribunal's role in promoting settlement

43 The arbitral tribunal should consider informing the parties that they are free to settle all or part of the dispute at any time during the course of the ongoing arbitration, either through direct negotiations or through any form of ADR proceedings. (...). Ibid.

### 3.3. El arbitraje como escenario propenso a alcanzar el acuerdo entre las partes

Finalmente, aquellos que ejercemos una práctica arbitral, ya sea como árbitros o asesores legales de las partes, podemos afirmar que una de las tantas diferencias entre el proceso judicial y el arbitraje, ambos mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, radica en el espacio u oportunidades que existe dentro de cada uno de ellos para generar o propiciar el acuerdo entre las partes involucradas.

Por un lado, a diferencia de la vía judicial, en el arbitraje existen mayores posibilidades de propiciar soluciones autocompositivas a la controversia entre las partes. En el arbitraje no existe un espíritu por parte del árbitro de agotar la etapa conciliatoria del proceso, cuestión que sí ocurre con un juez, y resulta lógico ya que, comúnmente, las partes que acuden a la vía judicial para hallar la solución a un conflicto no lo hacen para transar o negociar, sino para que el juez dicte una sentencia de acuerdo a derecho y ponga fin a la controversia.

Por otro lado, el hecho que las partes tengan que asumir los costos y gastos del arbitraje, a diferencia de la vía judicial, termina significando un incentivo para que, en tanto ninguna de ellas considere que su pretensión tiene altas posibilidades de éxito, estén prestas a solucionar la controversia de una manera menos costosa. Es decir, solamente cuando una de las partes o ambas consideren tener una alta probabilidad de éxito en el resultado final del arbitraje, estarán dispuestas a asumir los costos de transacción que implique todo el desarrollo del procedimiento arbitral. Por esto, creemos que las partes

tienen mayores incentivos para buscar medios alternativos autocompositivos de la solución del conflicto en sede arbitral que en la vía judicial.

Por lo tanto, creemos que el arbitraje, a diferencia de la sede judicial, es una instancia heterocompositiva que resulta más propensa a generar salidas o soluciones autocompositivas, ya sea mediante la negociación directa entre las partes o mediante otros mecanismos como la conciliación o la mediación.

## 4. REFLEXIÓN FINAL

Hemos dejado planteada la cuestión de si los árbitros tienen un deber de promover una solución amigable cuando las partes han estipulado un acuerdo arbitral. Opinamos que ese deber existe y que es inherente a la naturaleza heterocompositiva y voluntaria del acuerdo arbitral.

También hemos evaluado el impacto que este planteamiento debe tener sobre una mayor eficiencia del rol de los árbitros y de los costos del proceso arbitral. Estas reflexiones tienen como sustento práctico adicional la importante proporción de procesos arbitrales que terminan en un acuerdo entre las partes y la necesidad de que los árbitros no se encuentren ajenos a esta situación al momento de avocarse al conocimiento de un proceso arbitral.

Este planteamiento obliga a considerar varias aristas. Entre ellas, la necesidad de revisar nuestras normas procesales en materia de deberes del árbitro, el proceso de solución amigable e incluso las reglas sobre honorarios del árbitro que participa activamente en buscar una solución distinta del laudo arbitral.

Seguramente nuestra posición exige un análisis mucho más riguroso del tema en cuestión que incluso podría llegar a una re-definición del rol del árbitro como promotor de la solución de una disputa, otorgándole herramientas más eficaces para cumplir sus deberes de conformidad con la voluntad de las partes al momento de estipular el acuerdo arbitral. Esta es, que duda cabe, una situación en la que el fin querido por las partes, que es la solución de la controversia, justifica dotar al árbitro de los medios necesarios para que cumpla un

rol mucho más amplio, el de ser partícipe de la solución del conflicto no solo cuando deba emitir un laudo, sino también en aquellos casos en que las partes decidan negociar una solución amistosa.

El rol meramente homologador de una transacción es un punto de apoyo pero, ciertamente, no siempre alcanza a aquello que las partes tiene previsto al momento de estipular el arbitraje como medio de solución de las controversias que pudieran surgir entre ellas.



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

NATALE AMPRIMO PLÁ (\*)

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias eminentemente privado, encuentra su origen y razón de ser en la voluntad de las partes; las que libérrimamente renuncian al mecanismo natural de solución de conflictos que provee el Estado y le confieren autoridad al árbitro designado, para que sea este último quien resuelva el desacuerdo.

El carácter voluntario del arbitraje, más allá de lo que la doctrina jurídica reconoce, lo encontramos claramente expresado en el artículo 13°, apartado 1, del D. Leg. N° 1071, que define al convenio arbitral como “(...) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación

jurídica contractual o de otra naturaleza”<sup>1</sup>. Es pues, como recuerda VIDAL RAMÍREZ, citando a CREMADES, la “carta magna” en el arbitraje<sup>2</sup>.

Pero los principios de “autonomía de la voluntad” y “libertad de las partes” que inspiran y guían el arbitraje, no sólo se encuentran presentes al momento que los contratantes convienen en someter sus diferencias a la decisión de un árbitro (esto es, cuando arriban al convenio arbitral), sino que, como se desprende de una lectura integral del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante: la Ley de Arbitraje), están presentes a lo largo de todo el arbitraje. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con el Código Procesal Civil que se encuentra compuesto por muchísimos artículos (más de ochocientos), la Ley de

---

(\*) Socio Principal de AMPRIMO ABOGADOS SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Presidente del INSTITUTO PERUANO DE DERECHO PARLAMENTARIO.

<sup>1</sup> Ver AMPRIMO PLÁ, Natale. “Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 6. Lima: Magna ediciones, 2008, p. 101; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 2. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 60.

<sup>2</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Convenio Arbitral y las normas de procedimiento”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p.155.

Arbitraje contiene, por el contrario, muy pocos (setenta y ocho artículos, además de catorce disposiciones complementarias, cuatro disposiciones modificatorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales), pues lo que el legislador ha buscado es que las propias partes puedan configurar, como lo estimen más oportuno y adecuado a sus intereses, las reglas del procedimiento arbitral<sup>3</sup>.

En ese sentido, creemos que esa flexibilidad resulta vital para el arbitraje, al punto que, si tendríamos que individualizar un artículo de la Ley de Arbitraje, que se convierta en una suerte de corolario de los principios de “autonomía de la voluntad” y “libertad de las partes”, sin duda éste sería el que reconoce a las partes la libertad para regular las actuaciones arbitrales.

El artículo 34° de la Ley de Arbitraje, bajo el epígrafe “Libertad de regulación de actuaciones”, a la letra sanciona:

“Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o

de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo<sup>4</sup>. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral<sup>5</sup>.
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos”.

El referido artículo, que se inspira en su parte medular en el artículo 19° de la Ley Modelo de la UNCITRAL y el artículo 25° de la Ley española de Arbitraje, Ley 60/2003, tiene por antecedente en nuestra legislación nacional los artículos 33° y 34° de la antigua Ley

<sup>3</sup> Ver BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*. Primera edición. Madrid: Civitas, 2004, p. 918.

<sup>4</sup> Nótese la diferencia con el artículo 15.1° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, según el cual “El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”.

<sup>5</sup> Como se cometa más adelante, con esto se evita cualquier aplicación del Código Procesal Civil, pues se crea una excepción a la regla general contenida en la Primera Disposición Complementaria y Final de dicho Código, según la cual “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”. De esta forma, el legislador peruano, consciente sin lugar a dudas de la vocación de asimilar al proceso arbitral las reglas del proceso ordinario y la práctica judicial, ha querido enfatizar los principios de libertad y flexibilidad que deben orientar en todo momento el arbitraje, buscando generar la mayor confianza en los árbitros.

General de Arbitraje (Ley N° 26572) y deja perfectamente claro, como diría BARONA VILAR comentando la ley española, “(...) que las partes son dueñas no sólo de la decisión de suscribir un convenio arbitral como expresión de la voluntad de resolver determinados conflictos mediante el arbitraje, sino dueñas igualmente de establecer el régimen jurídico de ese arbitraje, tanto en sus aspectos materiales (por ejemplo ámbito, relaciones, etc.), como en sus aspectos procedimentales. Y precisamente este dominio les faculta para adoptar las reglas que crean más apropiadas o que más les convengan, reglas que no tienen por qué inspirarse, obedecer, o adaptarse a las reglas que rigen los procesos jurisdiccionales”<sup>6</sup>.

Este reconocimiento, que la doctrina conoce como *principio de la libre configuración procedimental*, resulta lógico, pues lo que se busca con el arbitraje es, justamente, ofrecer una flexibilidad procesal, que se adapte como un guante a las características del proceso y, fundamentalmente, al principal interés de las partes en función de la naturaleza y complejidad de la controversia. Es decir, de lo que se trata es de permitir diseñar un traje a la medida, “(...) balanceando los múltiples factores a considerar ante una potencial controversia: calidad de árbitros, costos, tiempo de duración del proceso, grado de profundidad en la presentación y análisis de pruebas y argumentos, etc.”<sup>7</sup>.

Ahora bien, es importante señalar que, como lo recuerda MANTILLA-SERRANO, no existe límite temporal alguno para que las partes se pongan de acuerdo (o modifiquen) el procedimiento, pues durante el curso del arbitraje las partes conservan esta facultad y no hay razón alguna para que, de consuno, puedan adaptar el procedimiento a las necesidades concretas, en la medida que ello no vulnere el debido proceso. Claro está que los árbitros podrían, justificadamente, renunciar al arbitraje y, en el caso que el arbitraje fuese administrado, la institución arbitral también podría apartarse del mismo<sup>8</sup>.

En ese sentido, quede claro que el arbitraje no puede concebirse como un esquema rígido, en el que se antepone el formalismo y el rito (tan presente en los procesos a cargo del Poder Judicial) a las necesidades de las partes. No estamos pues ante un procedimiento predeterminado e inamovible al que las partes no puedan introducirle cambios o ajustes, incluso cuando ya se inició el proceso. Sobre esto último, es conveniente hacer referencia al artículo 39.3° de la Ley de Arbitraje, según el cual “Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el

<sup>6</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Op. cit.*; p. 919.

<sup>7</sup> CORONEL JONES, César. “Arbitraje y Procedimiento”. En: *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Magna ediciones, 2008, pp. 366 y 367.

<sup>8</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Primera edición. Madrid: Iustel, 2005, p. 154.

perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral”.

Por otro lado, hay que señalar que, contrariamente a lo que muchos podrían pensar, esta libertad de las partes de establecer reglas procesales o de introducir ajustes no es excluyente en el arbitraje institucional, en el que las partes encargan a una institución arbitral el apoyo e intermediación en la relación principal entre ellas y los árbitros, así como en la regulación de situaciones diversas al interior del proceso<sup>9</sup>. Ello debido a que, si bien las partes pueden haber convenido que, en principio, el arbitraje se lleve de acuerdo con determinado Reglamento, nada obsta para que éstas mismas partes decidan en qué medida se aplica éste; es decir si total o parcialmente.

Al respecto, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima prevé –en sus artículos 2° y 3°– que éste, salvo pacto expreso en contrario, se aplicará a todos aquellos casos en los que las partes hayan acordado o acuerden someter sus controversias presentes o futuras a un arbitraje administrado por el Centro; pudiendo incluso éste último administrar arbitrajes que incorporen reglas distintas a las contempladas en dicho Reglamento,

las que, sin embargo, no podrán modificar, condicionar o reducir las funciones asignadas al Centro. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, aprobado por Resolución 31/1998, de 15 de diciembre de 1976, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala en su artículo 1.1° que “Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con este contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”. Igual ocurre con el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, según el cual las partes, de mutuo acuerdo expresado por escrito, podrán modificar a su conveniencia lo establecido en el Título V del Reglamento, relativo a la Instrucción del Procedimiento, debiendo los árbitros respetar dichas modificaciones y dirigir el procedimiento de conformidad con ellas (artículo 20.3°).

Sin embargo, hay que señalar que la libertad y flexibilidad procedimental que inspiran al arbitraje no es absoluta, pues la Ley de Arbitraje, como ya indicamos precedentemente, sí fija ciertos límites. Por ejemplo, en el artículo 34.2° se establece que el Tribunal Arbitral “deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer

<sup>9</sup> Ver AMPRIMO PLÁ, Natale. “Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 9. Lima: Magna ediciones, 2009, pp. 43 y 44; y, DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, p. 235.

valer sus derechos”. Es decir, el Tribunal Arbitral no podrá aplicar unas reglas procedimentales, incluso pactadas por las partes, si estas colocan en desventaja a una parte frente a la otra, o no le permiten a alguna de ellas oportunidad para hacer valer sus derechos. Como precisa BARONA VILLAR, “la libertad y flexibilidad del arbitraje, ya sea empleada por las partes o por los árbitros en los casos que la ley lo permita, operan siempre en relación a un armazón básico, a unos puntos de referencia obligados, a unos límites imperativos que están legalmente establecidos y que no se pueden desconocer. El arbitraje es terreno de la autonomía de la voluntad, es terreno de lo privado, pero con una columna que se vertebrada desde lo público, desde el interés (incluso la exigencia) del Estado en que los mecanismos de solución de conflictos sean justos y equitativos. Para ello, desde el punto de vista del procedimiento, se impone la vigencia de la igualdad, la contradicción y la audiencia. La libertad de pacto sobre las cuestiones de procedimiento no alcanza nunca a la posibilidad de eludir o rebajar la aplicación de tales principios, y en esto radica el límite legal a dicha libertad y a la autonomía de la voluntad de las partes”<sup>10</sup>.

De esta forma, si bien en el procedimiento arbitral el principio de libertad que tienen las partes resulta sustancial, esta libertad se encuentra condicionada a que se cumplan los principios de igualdad y los de audiencia y contradicción, que

son los que permiten a las partes hacer valer sus derechos. No es pues válida ni eficaz ninguna solución de conflictos, ya sea en el Poder Judicial o en el campo arbitral, en la que no se hayan respetado dichos principios sustanciales de un debido proceso.

En ese sentido, no hay que olvidar que, si bien el arbitraje debe gozar de una amplia autonomía frente al sistema ordinario de solución de conflictos que el Estado ofrece a cargo del Poder Judicial, esa autonomía no es total, pues algún grado de control judicial resulta inevitable, máxime si se requerirá del *ius imperium* del Estado para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales<sup>11</sup>. Además, el Estado, a través del recurso de anulación que pueden interponer las partes contra el laudo arbitral, y que está a cargo de la Sala Superior competente del Poder Judicial, verifica, principalmente, si el proceso arbitral se ha llevado con respeto al debido proceso y al derecho de defensa; en buena cuenta, si es que se ha seguido un proceso regular.

En consecuencia, es importante señalar que no debe confundirse flexibilidad con anarquía. Como expresan REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden conferir al tribunal arbitral las facultades y deberes que consideren apropiados para el caso en particular; pueden, incluso, elegir entre procedimientos formales o informales,

<sup>10</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Op. cit.*; p. 925

<sup>11</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO y CAIVANO, ROQUE J. La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima: Magna ediciones, 2008, p. 47.

adversos o inquisitivos para llevar a cabo el arbitraje o presentar la evidencia en forma oral o escrita, entre otras cosas. Sin embargo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad está limitado por ciertos requisitos que pueden agruparse en categorías, tales como:

- a) *Igualdad*, pues la noción de que las partes deben ser tratadas con igualdad subyace a todo el sistema jurídico y, después del principio de autonomía de la voluntad, es el segundo principio que debe aplicarse en un arbitraje;
- b) *Orden público*, pues las partes no pueden otorgar poderes al tribunal que pudieran provocar que el arbitraje se lleve a cabo en forma contraria a las disposiciones obligatorias o de orden público del Estado en el que tiene lugar el arbitraje;
- c) *Reglamentos de Arbitraje*, pues es posible que existan restricciones por la aplicación de los reglamentos de arbitraje que las partes hayan escogido; o,
- d) *Terceros*, pues ningún acuerdo de arbitraje puede válidamente otorgar a un tribunal arbitral facultades que afectan directamente a personas ajenas a dicho acuerdo, a menos

que exista una disposición especial en la legislación aplicable que lo permita<sup>12</sup>, lo que no es frecuente<sup>13</sup>.

De otro lado, hay que señalar además que esta flexibilidad en el diseño del procedimiento arbitral –que se sostiene sobre el *principio de primacía de la voluntad de las partes*–, es una característica importantísima para el arbitraje comercial internacional<sup>14</sup> (aunque también la encontremos de manera generalizada en las reglas que regulan los arbitrajes domésticos en diferentes países), pues, como lo precisa la Nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL en relación a la Ley Modelo de 1985, permite a las partes “(...) seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno”.

En consecuencia, es en virtud de este empoderamiento que la propia legislación del arbitraje reconoce a las partes (para que fijen con plena libertad las reglas que regirán el proceso), que las reglas procesales que contempla la Ley de Arbitraje asumen un rol eminentemente subsidiario; es decir, que sólo actúan en caso que las partes, en primer término, o el tribunal arbitral (en el supuesto que

<sup>12</sup> Si bien no se refiere propiamente a “terceros” sino a la extensión del convenio arbitral, es importante citar el artículo 14° de la Ley de Arbitraje según el cual: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

<sup>13</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2006, pp. 390 a 392.

<sup>14</sup> Incluso el artículo 63.8° de la Ley de Arbitraje prevé que la posibilidad que las partes puedan, en el arbitraje internacional, acordar expresamente “la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo”.

las partes no lo hubieren hecho) no las hubiesen fijado.

En efecto, el apartado 3 del artículo 34° de la Ley de Arbitraje es clarísimo al disponer que las normas procesales contenidas en dicha ley se aplican de manera supletoria, en caso que no exista disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral. Agregando que, en el supuesto que no exista norma aplicable en la Ley de Arbitraje, “(...) el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral”.

Es decir, en el supuesto que nos encontremos ante una situación en la que entran en conflicto lo acordado por las partes frente a lo que se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje, debemos descartar esto último, pues la solución que la Ley de Arbitraje prevé tiene carácter supletorio frente a lo que las partes hayan convenido.

Así, por ejemplo, si bien el apartado 1 del artículo 27° de la Ley de Arbitraje contempla que cada árbitro deberá aceptar por escrito su nombramientos dentro de un plazo de quince días, podría darse el caso que las partes hubiesen previsto un plazo mayor para ello, en cuyo caso regirá el plazo pactado por ellas, sin tomarse en cuenta la previsión legal. Igual ocurrirá cuando nos encontramos ante un arbitraje administrado, en el que el Reglamento de Arbitraje de la respectiva institución arbitral primará frente a la Ley de Arbitraje. De esta forma, siguiendo con el mismo ejemplo anterior, tenemos que el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima prevé un plazo menor (cinco días)

al que contempla la Ley de Arbitraje, para que los árbitros designados manifiesten su aceptación. En este caso, será el plazo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la institución arbitral el que prime.

Igualmente, en caso que las partes, por ejemplo, hayan previsto en su convenio arbitral que toda controversia que surja entre ellas se resuelva mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, pero que el plazo para que los árbitros acepten su nombramiento será de veinte (20) días, obviamente primará éste plazo frente al previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y en la Ley de Arbitraje.

En cuanto a lo señalado en la parte final del apartado 3 del artículo 34° de la Ley de Arbitraje, en el sentido que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o en el D. Leg. N° 1071, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbre en materia arbitral, es obvio que el legislador, como lo precisan CANTUARIAS SALAVERRY y CAIVANO, ha buscado evitar cualquier aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano, creando una excepción legislativa a la remisión que, como ya señalamos anteriormente, contempla, como regla general, la Primera Disposición Complementaria y Final del referido Código Procesal Civil.

De esta forma, las partes y los árbitros, en defecto de ellas, podrán, por ejemplo, determinar el lugar del arbitraje, el idioma del arbitraje, las reglas sobre la presentación de la demanda y su

contestación, las audiencias, las pruebas y cualquier otro aspecto que quisieran incida en el desarrollo del proceso arbitral<sup>15</sup>.

Por último, creo importante resaltar lo previsto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, que le otorga al tribunal arbitral la facultad para determinar de manera exclusi-

va la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarios; pudiendo incluso prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*; pp. 64 y 65.

<sup>16</sup> Al respecto, resulta muy útil que, en aplicación de estas facultades, el tribunal arbitral disponga que las partes, al momento de ofrecer cada prueba, deba señalar, en forma detallada, el hecho que desea probar, de manera específica, con la prueba ofrecida.



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

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA (\*)

*SUMARIO: 1. Antecedentes: “La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral en el código civil”. 2. La definición de Convenio Arbitral en el Decreto Legislativo N° 1071. 3. Elementos esenciales del Convenio Arbitral. 4. Extensión del convenio arbitral. 5. Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales. 6. La forma del Convenio Arbitral. 7. El Convenio Arbitral como “cláusula autosuficiente”. 8. Las relaciones jurídicas estándares.*

## 1. ANTECEDENTES: “LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL”

El Código Civil peruano regulaba en el artículo 1906 y siguientes la “cláusula compromisoria” y en el artículo 1909 y siguientes el “compromiso arbitral”. Estas normas fueron derogadas por el Decreto Ley N° 25935.

Conforme al artículo 1906:

“Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un

compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416”.

La “cláusula compromisoria” era un contrato preparatorio (se decía preliminar en el artículo 1907), y concretamente un compromiso de contratar<sup>1</sup>, en virtud del cual los otorgantes se obligaban a celebrar en el futuro un “compromiso arbitral” en el caso de que surgiera una controversia. Este contrato preparatorio podía adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato y en tal sentido era una “cláusula

(\*) Asociado del Estudio Osterling Abogados, Lima. Director de la Maestría en Derecho Empresarial y en la Maestría en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> El compromiso de contratar está regulado en el Código Civil en los artículos 1414 y ss.

compromisoria” (estipulación accesoria) o la forma de un acuerdo independiente (pacto principal), en cuyo caso la denominación “cláusula compromisoria” era inexacta<sup>2</sup>.

LOHMANN LUCA DE TENA señalaba: “la cláusula compromisoria es aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro subsistiera, entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta, y que puedan ser objeto de solución arbitral”<sup>3</sup>. Para el autor citado el enunciado del artículo 1906 del Código Civil tenía gran proximidad con el artículo 1414 del Código Civil el cual establecía:

“Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”.

No obstante, el autor citado consideraba que no existía equivalencia jurídica entre el compromiso de contratar y la “cláusula compromisoria”: “(...) a juzgar por las características que la ley atribuye o reclama para el contrato preparatorio, el convenio preliminar de arbitraje no podría considerarse *strictu sensu* como uno de los preparatorios. La compromisoria está exonerada de las exigencias que la ley impone a los preparatorios”<sup>4</sup>. Luego el autor añadía: “Mientras el primero [*el contrato preparatorio*] tiene por propósito que las partes se obliguen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, cuyas

bases se sientan, pero que hará nacer en su momento una nueva y distinta relación jurídica, el segundo [*el preliminar de arbitraje*] tiene por cometido vincular a la situación pre-arbitral, excluyente desde ya de la jurisdicción ordinaria. Esta situación pre-arbitral, ya envuelve e involucra a las partes del arbitraje, trazando el círculo maestro bajo cuyas directrices deben conducirse y quedando sólo por concretar cuestiones complementarias que no modifican lo esencial del vínculo. Esto es, por cierto, mucho más que obligarse a celebrar un futuro contrato y nada tiene que ver con la fijación de un contenido básico del contrato definitivo, que no se exige en el preliminar de arbitraje”<sup>5</sup>.

Para LOHMANN LUCA DE TENA el “preliminar de arbitraje” no era verdaderamente un contrato: “Este convenio es un acuerdo, por descontado, y crea ciertas obligaciones como se acaba de decir líneas más arriba, pero no son obligaciones de carácter patrimonial, ni es el pacto preliminar, si no un acto conciliador de intereses distintos, como es lo propio del contrato. Antes bien, el convenio compromisoria estipula un interés o finalidad común, consistente precisamente en la voluntad arbitral de las partes. Por lo demás, el *facere* debido por las prestaciones de conducta materia de la obligación del convenio compromisoria, ni siquiera pueda dar lugar –salvo pacto

<sup>2</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Exposición de motivos y comentarios Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: *Código Civil*. Vol. VI. Compiladora: Delia Revoredo. Lima: Okura Editores, 1985, p. 637.

<sup>3</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “El arbitraje”. En: *Para Leer el Código Civil*. Vol. V. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1987, p. 79.

<sup>4</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “El arbitraje”. En: *Op. cit.*; p. 82.

<sup>5</sup> Loc. Cit.

expreso— a indemnización pecuniaria por incumplimiento, cuando no se invoca la intervención judicial que formalice el compromiso arbitral en rebeldía<sup>6</sup>. Para el autor citado “es más seguro calificar al convenio preliminar de arbitraje como un negocio jurídico con ciertas características contractuales. Es decir, no es recomendable imputar auténtico atributo precontractual típico a este convenio preliminar arbitral no sólo por la dificultad de identificar con nitidez las señas de lo que es exactamente un pre-contrato, sino porque los alcances del preliminar exceden en mucho la exclusividad de obligarse a celebrar otro contrato”<sup>7</sup>.

Al respecto CÁRDENAS QUIRÓS decía: “La cláusula compromisoria es un contrato preparatorio, no obstante lo cual, se ha preferido brindarle un tratamiento separado, dadas sus peculiaridades que la distinguen de cualquier otro caso de compromiso de contratar”<sup>8</sup>.

Así, conforme al artículo 1425 del Código Civil:

“Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad”.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el artículo 1910 del Código Civil

establecía que el “compromiso arbitral” debía constar por escrito bajo sanción de nulidad, la “cláusula compromisoria también tenía que constar por escrito (bajo sanción de nulidad).

Pero, por otro lado, el artículo 1415 del Código Civil no resultaba de aplicación a la “cláusula compromisoria”. En efecto el artículo 1415 del Código Civil establece:

“El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”.

Esta norma no resultaba de aplicación a la “cláusula compromisoria” por cuanto la controversia que puede dar lugar a la celebración del “compromiso arbitral” no existe al momento de celebrar la “cláusula compromisoria”<sup>9</sup>.

Finalmente resulta oportuno recordar que el artículo 1906 del Código Civil establecía: “No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416”. En efecto, el artículo 1416 del Código Civil señalaba lo siguiente<sup>10</sup>:

“El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo”.

CÁRDENAS QUIRÓS decía: “Resulta obvio que esta limitación no puede aplicarse

<sup>6</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “El arbitraje”. En: *Op. cit.*; p. 83.

<sup>7</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “El arbitraje”. En: *Op. cit.*; p. 84.

<sup>8</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Exposición de motivos y comentarios Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 650.

<sup>9</sup> En este sentido CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Exposición de motivos y comentarios Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 651.

<sup>10</sup> La Ley No. 27420 posteriormente modificó el artículo 1416 en los siguientes términos: “El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año”.

a la cláusula compromisoria, puesto que ello haría impracticable la formalización del compromiso, si la divergencia surge transcurrido ese plazo. La figura perdería su atractivo por completo en los contratos cuya vigencia se extendiera más allá del plazo de un año...”<sup>11</sup>.

Resulta claro que tanto para LOHMANN LUCA DE TENA como para CÁRDENAS QUIRÓS no existía plena equiparación entre el compromiso de contratar y la “cláusula compromisoria”, no obstante, para CÁRDENAS QUIRÓS la “cláusula compromisoria” era un contrato mientras para LOHMANN LUCA DE TENA no lo era.

Conforme el artículo 1909 del Código Civil:

“Por compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión de someten expresamente”.

Teniendo en cuenta que en virtud de la “cláusula compromisoria” las partes se obligaban a celebrar un “compromiso arbitral”, una vez surgida la controversia cualquiera de las partes podía exigir a la otra la celebración del “compromiso arbitral”. Como señalaba CÁRDENAS QUIRÓS: “Si la controversia no ha nacido, no resulta posible la concertación del compromiso. Si se extinguió en virtud de sentencia u otro acto jurídico tampoco es factible ello”<sup>12</sup>.

Del artículo 1909 se desprende que: a) los compromitentes podían ser dos o más partes; b) el objeto del “compromiso arbitral” era una controversia determinada, la cual debía ser especificada “todas las circunstancias del conflicto con la mayor precisión y exactitud”<sup>13</sup>; y, c) la solución de la controversia era atribuida a uno o más terceros.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 1910 se trata de un contrato *ad solemnitatem*; es decir, debía constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Para LOHMANN LUCA DE TENA el “compromiso arbitral” tampoco era un contrato: “Ortodoxamente creo que la respuesta debe ser la misma, ya que el compromiso arbitral carece por sí o en sí de significación económica directa que distinga su esencia. Es decir, que no necesariamente constituye, modifica, regula ni extingue un derecho patrimonial o, si se prefiere, una relación económica entre las partes distinta de la anterior. Por otro lado, si calificamos los contratos como negocios jurídicos plurilaterales con los que directamente se armonizan intereses divergentes, tampoco es apropiado considerar como tal el compromiso arbitral. Más bien se supone que este acuerdo descansa en el interés conjunto de voluntades para que un tercero ajeno resuelva un conflicto concreto suscitado por otra relación jurídica precedente (que sí debe tener significancia patrimonial, aunque no imprescindiblemente económica)”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Exposición de motivos y comentarios Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 652.

<sup>12</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Exposición de motivos y comentarios Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 658.

<sup>13</sup> Loc. Cit.

<sup>14</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “El arbitraje”. En: *Op. cit.*; p. 108.

El compromiso de contratar es, de acuerdo con nuestro Código Civil, un contrato preparatorio en virtud del cual las partes se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato llamado “contrato definitivo”.

El compromiso de contratar puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando la obligación de concluir el contrato definitivo no es asumido de manera recíproca por ambas partes (que es el caso del bilateral), sino por una sola de las partes frente a la otra, de tal manera que este último tiene derecho al contrato pero no tiene la obligación de contratar.

En este sentido la definición de BIANCA resulta más descriptiva cuando señala: “El contrato preliminar es el contrato mediante el cual una o ambas partes se obligan a la estipulación de un sucesivo contrato, llamado definitivo”<sup>15</sup>. En efecto, como se desprende de la definición de BIANCA, el compromiso de contratar puede ser unilateral o bilateral. Es unilateral cuando sólo una de las partes es la que se encuentra obligada, dentro de un plazo establecido, a celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra parte el derecho a exigirlo<sup>16</sup>. Es bilateral cuando ambas partes se encuentran obligadas a celebrar en el futuro un contrato definitivo y ambas partes tienen el derecho de exigiárselo a la otra.

Como puede apreciarse el compromiso de contratar es creador de relaciones obligatorias. SACCO y DE NOVA sostienen que el compromiso de contratar no sólo obliga a prestar el consentimiento para la conclusión del contrato definitivo sino que obliga a concluirlo, es decir a hacer todo aquello que es necesario y suficiente para que el contrato definitivo produzca sus efectos<sup>17</sup>.

De acuerdo con el artículo 1906 del Código Civil en virtud de la “cláusula compromisoria” *las partes se obligan a celebrar en el futuro un compromiso arbitral*. En tal sentido puede afirmarse que la “cláusula compromisoria” era un compromiso de contratar bilateral, donde ambas partes asumían recíprocamente la obligación de concluir el “compromiso arbitral”.

Si una de las partes requería a la otra para celebrar el compromiso arbitral y ésta se negaba a celebrarlo la otra parte podía valerse del remedio de la ejecución específica y requerir al juez competente para que lo “formalice”.

Este sistema no resultó. Al respecto CANTUARIAS SALAVERRY señala: “aún cuando las partes hubieran suscrito un contrato de cláusula compromisoria, cuando la controversia les era conocida, ellas debían otorgar un compromiso arbitral, como requisito necesario para

<sup>15</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. 3 Il Contratto. Milano: Giuffrè, 1998, p. 185. Ver también PALADINI, Mauro. “Preliminare unilaterale, opzione, opzione di preliminar bilaterale”. En: *Il Contratto Preliminare*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 345.

<sup>16</sup> En caso de incumplimiento de la obligación de contratar se recurre al remedio de la ejecución coactiva en forma específica (artículo 1418 del Código Civil).

<sup>17</sup> SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1996, p. 272-273.

activar la vía arbitral” y añade: “Lo que sucedía en la generalidad de los casos era que, solicitado el otorgamiento del compromiso arbitral por una de las partes (obviamente la cumplidora), la otra se negaba a [sic] suscribirlo. Ante esta situación, ¿qué debía hacer? Pues nada más y nada menos que acudir al Poder Judicial, para que, luego de un largo proceso, fuera el juez quien en rebeldía otorgara el bendito compromiso arbitral”. Así “por imposición de este absurdo sistema, las partes terminaban, en la generalidad de los casos, en manos de los jueces. Es decir, terminaban acudiendo forzosamente donde no querían ir. Y concluye: “¿Cuál era la consecuencia de todo esto? Pues simplemente que el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante”<sup>18</sup>.

El Decreto Ley N° 25935, al derogar los artículos referidos a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, introdujo en el ordenamiento jurídico peruano la noción de “convenio arbitral” y en su artículo 4 señalaba:

“Por el convenio arbitral las partes someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros, la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso.

(...)”.

El arbitraje es un instituto que se funda y rige por la voluntad de las partes

y el acto en el cual la voluntad se expresa se denomina «Convenio Arbitral». En tal sentido, el acuerdo arbitral deja de estar dividido en dos actos sucesivos para representarse en un solo acto.

Posteriormente la Ley N° 26572 continúa con la noción de “Convenio Arbitral” y en su artículo 9 lo define:

“El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial (...)”.

## 2. LA DEFINICIÓN DE CONVENIO ARBITRAL EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071<sup>19</sup>

El numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 define al Convenio Arbitral de la siguiente manera:

“El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

Como señala ROQUE CAIVANO el arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes “que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares”<sup>20</sup>. En tal sentido, esta idea

<sup>18</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 114.

<sup>19</sup> El Decreto Legislativo N° 1071 derogó la Ley N° 26572.

<sup>20</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 107.

colisiona con la del “arbitraje obligatorio”; es decir, “el arbitraje cuyas partes son obligadas a convenir, no por su libre elección y concordada voluntad, sino de fuentes extrañas a la voluntad, como leyes o actos administrativos”<sup>21</sup>.

El riesgo que existe con los llamados “arbitrajes obligatorios”<sup>22</sup> es que, con la imposición de árbitros, se pueda, en realidad, estar creando figuras de jueces especiales violando lo establecido en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y se vuelva vana la garantía del libre acceso al juez.

El artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, se establece que los contratos regulados en dicha norma deben incluir necesariamente y bajo responsabilidad, otras cláusulas, referida a:

“Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

Algunos autores hablan en este caso de “arbitraje obligatorio”<sup>23</sup>. KUNDMÜLLER CAMINITI al respecto señala: “La «obligatoriedad» ha sido recogida en el artículo

131 del Reglamento y en el artículo 41, inciso b) de la Ley. El ‘arbitraje obligatorio’ es una figura atípica desde la perspectiva técnica del arbitraje y desde el derecho comparado. Sin embargo en nuestro medio existen antecedentes de este tipo de arbitraje” y luego añade “La ‘obligatoriedad’ en mención puede estar debidamente justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad”<sup>24</sup>.

Otros autores discrepan de esta posición. LATORRE BOZA al respecto señala: “(..) no se trata de una norma que impone el arbitraje de manera absoluta, sino que nos encontramos ante un cuerpo normativo que ha establecido como obligatorio en el que las entidades estatales incorporen en sus contratos cláusulas arbitrales e incluso en ausencia de estas cláusulas dispone que se entenderá incorporado el convenio tipo del Reglamento; pero no es posible sostener que se está imponiendo el arbitraje a los privados, pues éstos tienen toda la libertad del mundo para decidir si participan o no de un proceso de selección con la expectativa de contratar con el Estado, conociendo de antemano (en la Ley y en el Reglamento), normas de aplicación *erga omnes*, las reglas (del artículo 41 de la Ley N° 6850 establece una suerte de cláusulas generales de contratación con el Estado) establecidas para la contratación pública”<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. 3ª edizione. Milano: Giuffré, 2007, p. 5.

<sup>22</sup> LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*; p. 5.

<sup>23</sup> FALEN INCHÁUSTEGUI, Oscar. “El arbitraje obligatorio en el Estado”. En: pp. 457 y ss.

<sup>24</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento”. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 39, 1999, p. 217.

<sup>25</sup> LATORRE BOZA, Derrik. “El arbitraje en la contratación pública”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Primera Parte. Biblioteca de Arbitraje. Vol. 5. Lima: Palestra, 2008, p. 288.

En nuestra opinión, este no es el caso del “arbitraje obligatorio”. En efecto la Ley de Contrataciones del Estado contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras. En otras palabras, en materia de contratación, el Estado uniformiza los términos respecto de los cuales las entidades del sector público deben contratar para la adquisición de bienes y servicios. Por tanto, estamos más próximos a un supuesto de contrato por adhesión o de Cláusulas Generales de Contratación que a un supuesto de “arbitraje obligatorio”.

Ahora bien ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Convenio Arbitral? Si tenemos en cuenta el artículo 140 del Código Civil que señala:

“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)”.

Entonces, podemos afirmar que el Convenio Arbitral es un acto jurídico.

Ahora bien, el acto jurídico puede ser unilateral, bilateral o plurilateral. De acuerdo con VIDAL RAMÍREZ “la distinción radica en el número de manifestaciones de voluntad que se requieren para la formación del acto jurídico. Basta una sola manifestación de voluntad, para que el acto sea unilateral, ahora si se requiere de la concurrencia o confluencia de dos manifestaciones el acto es bilateral, y si, se requieren de tres o más manifestaciones el acto es plurilateral”<sup>26</sup>.

El Convenio Arbitral es definido como “acuerdo” y éste es el encuentro de las manifestaciones o declaraciones de voluntad de las partes; en tal sentido, la noción de “acuerdo” nos lleva al acto jurídico bilateral o plurilateral y se excluye la del acto jurídico unilateral.

No obstante, la Sétima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071 señala:

“Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, si valoración, administración y partición (...)”.

En tal sentido, en el “arbitraje testamentario” no estamos frente a un “acuerdo” sino frente a un acto jurídico unilateral. Es la voluntad del testador la que decide someter a arbitraje las controversias que puedan surgir entre sucesores o entre los sucesores con los albaceas. Por otro lado en el “arbitraje testamentario” no son aquellos entre quienes surge la controversia los que deciden someterla a arbitraje sino es un tercero: el testador. Por lo expuesto, el “arbitraje testamentario” no encaja dentro de la definición del numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 y, por tanto, en este caso no hay Convenio Arbitral.

VIDAL RAMÍREZ respecto al Convenio Arbitral señala: “(.) además de configurar un genuino acto jurídico bilateral e intervivos, el convenio arbitral puede generarse de un acto unilateral y *mortis*

<sup>26</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 71.



*causa* que lo incorpora al testamento y hace obligatorio el arbitraje entre los causahabientes del testador, o generarse de un acto multilateral que lo incorpora a los estatutos de una persona jurídica y lo hace obligatorio entre sus miembros”<sup>27</sup>.

Conforme a lo expuesto el Convenio Arbitral puede ser definido como el acuerdo por el que dos o más partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Ahora bien, de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano el Convenio Arbitral ¿es un contrato?

Para CASTILLO FREYRE y VÁZQUEZ KUNZE si lo es, los autores señalan al respecto: “En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi en su absoluta mayoría, en lo que se conoce como cláusula arbitral. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea.

En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos

de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte”<sup>28</sup>.

Para LORCA NAVARRETE, en cambio, el Convenio Arbitral es “un negocio jurídico impropio” y afirma: “El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal. La funcionalidad procesal del arbitraje no se justifica en el contractualismo (...)”<sup>29</sup>.

Ahora bien, más allá de las discusiones que encontramos en la doctrina, nacional o extranjera, respecto a si el Convenio Arbitral es o no un contrato, lo que debe tenerse en cuenta es que la respuesta dependerá de si la definición de Convenio Arbitral del Decreto Legislativo N° 1071 encaja dentro de la definición del artículo 1351 del Código Civil.

Como señala BERNARDES DE MELLO “el mundo jurídico está formado por los hechos jurídicos y esto, a su vez, son el resultado de la incidencia de la norma jurídica sobre su supuesto de hecho cuando se concretiza en el mundo de los hechos. De esto se concluye que es la norma jurídica la que define el hecho jurídico y, por fuerza de su incidencia, genera el mundo jurídico, posibilitando en el

<sup>27</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Convenio Arbitral”. En: *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 56. Diciembre de 2003, pp. 569-570.

<sup>28</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VÁZQUEZ KUNZE, Ricardo. “El dominio contractual en el arbitraje”. En: *Ius et Veritas*. N° 32, p. 98.

<sup>29</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. “Algunas Propuestas acerca de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje”. En: *Advocatus*. N° 7, p. 73.

nacimiento de relaciones jurídicas con la producción de toda su eficacia (...)”<sup>30</sup>.

El artículo 1351 del Código Civil señala:

“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Por otro lado, el artículo 1402 del Código Civil dispone:

“El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”.

Conforme con lo señalado anteriormente el Convenio Arbitral es un acuerdo de dos o más partes (acuerdo de voluntades) y hasta aquí hay una coincidencia con la noción de contrato del artículo 1351 del Código Civil, pero en nuestro ordenamiento jurídico para ser un contrato, el acto debe crear una relación jurídica patrimonial; concretamente debe crear una relación jurídica obligatoria (artículo 1402).

Pero las partes del Convenio Arbitral si bien crean una relación jurídica, más no crean una relación obligatoria. La relación jurídica designa la relación entre dos complejos centros de interés; vale decir, la relación entre dos situaciones jurídicas. La situación jurídica es un centro de imputación de derechos y deberes, atribuidos por el ordenamiento legal,

cuya titularidad corresponde a uno o más sujetos de derecho (de ahí la expresión “situación o posición subjetiva”).

Las situaciones jurídicas se clasifican en activas y pasivas. La situación jurídica activa es apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable, es decir la satisfacción de un interés; y, la pasiva es la que sirve de instrumento para la realización de la situación activa. La relación obligatoria supone la relación entre un derecho de crédito (derecho subjetivo) y una obligación.

La obligación es un deber jurídico particular con contenido patrimonial. La obligación supone la necesidad de realizar la prestación debida. Se trata de un deber jurídico que se concreta en la adopción de un determinado comportamiento que ha de ajustarse a los rasgos descritos en el programa de prestación.

El Convenio Arbitral “es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”. En tal sentido, si una parte decide someter a arbitraje alguna controversia que surja, la otra no tiene, en estricto, una obligación<sup>31</sup>. En la obligación, el sujeto pasivo debe ejecutar su prestación (conducta) para satisfacer el interés del

<sup>30</sup> BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. 2ª edição. São Paulo, 1986, p. 37.

<sup>31</sup> En contra VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Convenio Arbitral”. En: *Op. Cit.*; p. 571, para quién el Convenio Arbitral genera obligaciones para las partes. El autor sustenta su posición en el artículo 9 de la Ley No. 26572 (Ley derogada) que establecía que: “El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores (...)”. Del mismo modo CASTILLO FREYRE y VAZQUEZ KUNZE en virtud del Convenio Arbitral “las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada” (CASTILLO FREYRE, Mario y VAZQUEZ KUNZE, Ricardo. “El dominio contractual en el arbitraje”. En: *Op. cit.*; p. 99).

acreedor, el cual, en caso de lesión a su interés, podrá hacer uso de los remedios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. En cambio la sujeción hace referencia a la situación pasiva de un sujeto que soporta un poder ajeno y las consecuentes modificaciones de su propia esfera jurídica, sin que ello dependa o se encuentre vinculada a alguna pretensión a su cargo. Si una de las partes decide someter a arbitraje una controversia la otra no tiene más que aceptar dicha decisión, el comportamiento del sujeto pasivo es irrelevante e incluso el arbitraje se llevará a cabo en su rebeldía.

Por lo general la situación pasiva denominada “sujeción” se contrapone a un derecho potestativo. El derecho potestativo atribuye al sujeto el poder de incidir en la esfera subjetiva ajena sin que éste pueda oponerse. En tal sentido, basta la iniciativa de una de las partes del Convenio Arbitral (como titular de un derecho potestativo) para someter una controversia a arbitraje y la otra parte no podrá oponerse.

La relación jurídica que genera el Convenio Arbitral tiene carácter recíproco; así, si una de las partes interpusiera una demanda judicial respecto a una materia sometida a arbitraje la otra parte podría deducir la excepción del

Convenio Arbitral<sup>32</sup> y, de no invocarla en el plazo correspondiente se entendería que renuncia al arbitraje “sólo respecto a las materias demandadas judicialmente”<sup>33</sup>.

Por lo expuesto, en nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano, dado que el Convenio Arbitral no crea una relación obligatoria entre las partes, no califica como contrato<sup>34</sup>.

### 3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONVENIO ARBITRAL

Los elementos esenciales del Convenio Arbitral son:

- a) La inequívoca voluntad de someterse a arbitraje<sup>35</sup>, como señala Matheus López “la expresión de la inequívoca voluntad posee una indudable relevancia jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos, reveladora de la actitud de quien desea –a través de esa voluntad– suscribir un convenio arbitral (...)”<sup>36</sup>.

Las lagunas del Convenio Arbitral son integradas legalmente o con referencia al Reglamento Arbitral al que se someta. Así, por ejemplo, en el caso que las partes no fijaran el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral, de acuerdo

<sup>32</sup> Artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071.

<sup>33</sup> Artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1071.

<sup>34</sup> Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el Código Civil es impreciso en este tema, así, por ejemplo, el contrato de opción tampoco genera una relación obligatoria entre las partes pero se considera como un contrato.

<sup>35</sup> Ley 60/2003 del 26 de diciembre de 2003. En el artículo 9 de la Ley de Arbitraje española señala que el Convenio Arbitral “deberá expresar la voluntad de las partes” de someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

<sup>36</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Introducción al Convenio Arbitral”. En. *Actualidad Jurídica*. N° 142. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 288.

con el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 1071 serán tres árbitros. Asimismo, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia de acuerdo a derecho (inciso 1 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071) salvo que las partes le hubieran autorizado expresamente para decidir en equidad o en conciencia (inciso 3 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071).

b) La determinación de la relación jurídica contractual “o de otra naturaleza” cuyas controversias serán sometidas a arbitraje. Por lo general, cuando el Convenio Arbitral adquiere forma de cláusula en un contrato, la relación jurídica cuyas controversias serán resueltas por arbitrajes es originada por dicho contrato. Si quedara indeterminada, el Convenio Arbitral sería nulo.

¿Qué quiso decir el legislador con la expresión “relación jurídica de naturaleza distinta a la relación jurídica contractual”? Nos parece que la expresión utilizada en el Decreto Legislativo N° 1071 no es adecuada.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir, una “relación jurídica patrimonial”. En tal sentido surge la duda respecto a lo que el legislador quiso decir con la expresión “o de otra naturaleza”. ¿Se refería a una relación jurídica “no patrimonial”? ¿Se refería a una relación jurídica patrimonial pero que tiene una fuente distinta al contrato?

En nuestra opinión resulta más adecuado lo establecido en la Ley de

Arbitraje española y la Ley Modelo de la CNUDMI, en ellas se dice: “respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

La expresión “relación jurídica” comprende tanto aquellas que tienen contenido patrimonial como aquellas que no lo tienen y, por otro lado, se refiere a aquellas relaciones jurídicas que tienen fuente contractual como aquellas que no la tienen. Creemos que finalmente esta es la lectura que debe darse al numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071.

Debe tenerse en cuenta que el Convenio Arbitral también puede ser adoptado en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos (se habla entonces de “arbitraje estatutario”: Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071). También podría incluirse en los Reglamentos Internos de las Juntas de Propietarios.

Asimismo, como acto jurídico le son exigibles los requisitos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil<sup>37</sup>; así se requiere agente capaz para celebrarlo. Los representantes legales, conforme al artículo 167 del Código Civil, requieren autorización expresa para celebrar un Convenio Arbitral respecto de los bienes del representado<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> En este mismo sentido VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Convenio Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 572.

<sup>38</sup> Ver además los artículos 448, 532 y 568 del Código Civil.

El artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1071 señala:

“1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos”.

El numeral 2 del artículo citado establece que, salvo pacto en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad de celebrar Convenios Arbitrales con el fin de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir entre las partes respecto de la relación jurídica que se genere de dichos contratos.

En tal sentido, el representante al que se le otorga la facultad de celebrar determinados contratos no requiere que se le otorgue expresamente la facultad de celebrar Convenios Arbitrales respecto a dichos contratos, sino que dicha facultad se encuentra implícita en el poder otorgado. La facultad para someter a arbitraje las controversias derivadas de dichos contratos tendría que ser excluida expresamente.

Al referirse a “determinados contratos”, surge la duda, si un poder con el siguiente tenor: “podrá celebrar toda clase de contratos nominados e innominados” o

“negociar, celebrar, suscribir y formalizar todo tipo de contratos y actos jurídicos en general”, lleva implícito la facultad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir respecto a cualquiera de los contratos que celebre el representante en virtud de dicho poder. En nuestra opinión la respuesta es afirmativa.

#### 4. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 las partes pueden someter a arbitraje “todas las controversias” o “ciertas controversias” que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual.

Controversias “que hayan surgido” supone que controversia existe al momento de la celebración del Convenio Arbitral; es decir, se trata de una controversia actual. Controversias “que puedan surgir” supone que la controversia es futura y eventual y, por lo tanto, no existe al momento de la celebración del Convenio Arbitral.

Por otro lado, al celebrar el Convenio Arbitral son las propias partes las que deciden si se someten a arbitraje “todas las controversias” o sólo “ciertas controversias” que puedan surgir entre ellas (controversias futuras) respecto a una determinada relación jurídica contractual (aún si ésta ya se hubiera extinguido). En tal sentido, las propias partes pueden limitar el ámbito de operatividad del Convenio Arbitral limitando su aplicación sólo a ciertas controversias o excluyendo expresamente aquellas controversias que, siendo susceptibles de arbitraje, las partes

no desean someterla a la competencia arbitral.

Que sean ciertas las controversias y no todas las controversias significa que las partes pueden restringir las controversias que serían sometidas al arbitraje, así, por ejemplo, podría acordarse de que sólo lo sean las controversias relativas a la resolución del contrato.

De la lectura de los diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1071 puede advertirse que el legislador ha adoptado el principio *favor arbitrati*. Así, en caso de duda, porque las partes utilizan en la redacción del convenio expresiones genéricas o más bien vagas para indicar el ámbito de operatividad del mismo convenio sin especificar su alcance, el convenio arbitral debe interpretarse en el sentido que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere.

Al respecto, el artículo 808-*quarter* del *Codice di Procedura Civile* italiano establece:

“En caso de duda, la convención arbitral se interpreta en el sentido que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan del contrato o de la relación a la que la convención se refiere”.

## 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Un problema frecuente que se presenta en los procesos arbitrales relacionados con la contratación estatal está referido a las obras adicionales ejecutadas sin aprobación previa. Se ha generado en este tema una discusión respecto a si la Entidad se encuentra o no obligada al pago de las obras adicionales que el contratista ejecutó en base a las normas de enriquecimiento sin causa<sup>39</sup>. Concretamente se discute si esta pretensión es arbitrable.

Algunos autores sostienen que “la única relación jurídica determinada a la que se refiere el convenio arbitral bajo examen es la derivada del contrato administrativo”<sup>40</sup> y se añade “la referencia a cualquier controversia derivada de la ejecución no puede, desde este punto de vista, más que referirse a la relación jurídica contractual, pues si hubiera querido incluir la relación jurídica de enriquecimiento sin causa –inexistente y absolutamente eventual al momento de pactarse el convenio arbitral– su mención en el mismo debería ser expresa”<sup>41</sup>. Para estos autores siendo el enriquecimiento sin causa una fuente heterónoma de relaciones obligatorias no está comprendida en el

<sup>39</sup> Ver por ejemplo ARRARTE ARISNABARRETA y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. No. 4. Lima, 2007, p. 121 y siguientes. CAMPOS MEDINA, Alexander. “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. No. 3. Lima, 2006, p. 307 y siguientes. WONG ABAD, Julio Martín. “Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros”. En: *JUS Jurisprudencia. Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica*. Setiembre, 9. Lima: 2008, pp. 83 y ss.

<sup>40</sup> WONG ABAD, Julio. *Op. cit.*; p. 97.

<sup>41</sup> WONG ABAD, Julio. *Op. cit.*; p. 98.

convenio arbitral tipo de los contratos sujetos a la LCAE<sup>42</sup> el cual se refiere solamente a la relación obligatoria surgida de dichos contratos.

Otros, en cambio, sostienen que “las controversias sobre enriquecimiento sin causa, se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, por lo que deben ser decididas –de manera excluyente– en un arbitraje, siendo incompetente el órgano jurisdiccional para resolver válidamente al respecto”<sup>43</sup>. Para estos autores cuando el texto del convenio arbitral tipo de la LCAE se refiere a “Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato...” entonces comprende el enriquecimiento sin causa que se produce como consecuencia de la ejecución del contrato.

Por lo expuesto, para determinar el ámbito de aplicación del Convenio Arbitral en las controversias contractuales, debemos remitirnos al mismo Convenio Arbitral, que bajo la forma de cláusula, consta en el contrato celebrado.

Cuando el Convenio Arbitral señala que las partes someten a arbitraje “Cualquier controversia que pudieran surgir entre ellas”, o someten a arbitraje “Todas las controversias que pudieran surgir entre ellas”, no queda duda que las partes decidieron someter a la competencia arbitral todas las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de

la relación jurídica que las vincula. Sólo quedan excluidas aquellas controversias que no son susceptibles de arbitraje.

Pero cabe preguntarse si cuando las partes deciden someter todas las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de la relación jurídica que las vincula, estas se encontrarían comprendidas en las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual.

Como señala CARAMASCHI las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual son “las controversias que tienen como objeto las consecuencias resarcitorias por hecho ilícito o por responsabilidad precontractual, o derivadas de actos de competencia desleal, o enriquecimiento sin causa de una parte respecto de la otra”<sup>44</sup>.

En nuestra opinión si las partes deciden en el Convenio Arbitral someter a arbitraje “todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico (...)”<sup>45</sup> están comprendiendo las cuestiones extracontractuales derivadas de dicho acto jurídico.

## 6. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

El artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 establece:

“2. El Convenio Arbitral deberá constar por escrito (...)”.

<sup>42</sup> Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Hoy Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>43</sup> ARRARTE ARISNABARRETA y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. *Op. cit.*; p. 156.

<sup>44</sup> CARAMASCHI, Chiara. “La clausola compromissoria”. En: *// Civilista*. N° 1. Ottobre, 2007, p. 56.

<sup>45</sup> Así la Cláusula Modelo de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Son actos jurídicos formales, aquellos actos respecto de los cuales la ley o la voluntad imponen una forma determinada bajo sanción de nulidad. Esto no significa que los actos jurídicos respecto de los cuales, ni la ley ni la voluntad imponen una forma determinada bajo sanción de nulidad carezcan de forma. Todo acto jurídico tiene una forma, porque si no la tuviera no habría la manifestación de voluntad que es necesaria para que haya un acto jurídico. En tal sentido los contratos formales son la excepción a los actos jurídicos con libertad de forma.

La forma, en los actos jurídicos formales (actos *ad solemnitatem*) se convierte en elemento constitutivo del acto jurídico; en tal sentido, si la manifestación de voluntad no reviste la forma prevista no hay acto jurídico.

El artículo 144 del Código Civil establece:

“Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”.

De acuerdo con lo señalado la forma prevista para el Convenio Arbitral en el numeral 1 del artículo 13 Decreto Legislativo N° 1071 es *ad probationem*. En cambio, el primer párrafo del artículo 10 de la Ley N° 26572 (Ley de Arbitraje derogada) establecía lo siguiente:

“El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad (...)”.

Por lo tanto, en la Ley de Arbitraje derogada, el Convenio Arbitral estaba sujeto a una forma *ad solemnitatem*. MATHEUS LÓPEZ, sin embargo, tenía una posición distinta. Para este autor, el Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje derogada “viene caracterizado por su libertad formal...” y añadía “...la libertad formal que adopta el convenio arbitral en la Ley General de Arbitraje, supone no sólo autonomía en la forma de suscripción de ésta, sino que además permite tipificar las distintas formas de arbitraje aceptadas legalmente”. No obstante, luego afirmaba: “Cabe además precisar que nuestra Ley General de Arbitraje establece como regla general que la forma que ha de revestir el convenio arbitral sea la escrita, forma a la cual viene requerida *ad solemnitatem*, pues su falta haría el convenio nulo”<sup>46</sup>.

Para VIDAL RAMÍREZ la Ley de Arbitraje derogada prescribía forma *ad solemnitatem* y al respecto precisaba: “En consecuencia, su existencia y contenido no podrá ser probado por otro medio que no sea el documento mismo en el que ha sido extendido”<sup>47</sup>.

De acuerdo con PERALES VISCOSILLAS “el criterio del escrito es prevalente en la legislación sobre arbitraje por el efecto expansivo del Convenio de Nueva York y del Artículo 7° de la LMA en su versión original, se discrepa en torno a su conceptualización o definición, acerca de su justificación, así como acerca de su eficacia— si es un requisito *ad probationem* o *ad validitatem*—<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Introducción al Convenio Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 286.

<sup>47</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Convenio Arbitral”. En: *Op. cit.*; p. 573.

<sup>48</sup> PERALES VISCOSILLA, Pilar. “¿Forma ‘escrita’ del Convenio Arbitral?: Nuevas Disposiciones de la CNUDMI”. En: *Athina*. N° 3. Lima: 2007, pp. 207-208. LMA es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. El artículo 7 de LMA dice: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”.



Ahora bien, si de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1071 el Convenio Arbitral está sujeto a forma *ad probationem*; es decir, podrá adoptar cualquier forma, entonces no se explica el fraseo del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 cuando señala:

“(…)

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

4. *Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito* cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que Las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

5. *Se entenderá además que el Convenio Arbitral es escrito* cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una de las partes, sin ser negada por la otra (...).”

En efecto, de acuerdo al texto transcrito, se deberá entender que el Convenio Arbitral es por escrito aún en aquellos casos donde realmente no se utiliza dicha forma. Incluso, no siendo un acto formal, será posible que las partes manifiesten su voluntad de manera

tácita; es decir, que la voluntad se infiera indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia (artículo 141 del Código Civil).

Esta ha sido la fórmula (“*se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito*”) adoptada por el numeral 3, 4 y 5 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI y de donde la toma el legislador peruano. El numeral 3 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI señala:

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

Como puede apreciarse, incluso cuando el Convenio Arbitral se hubiera concertado verbalmente se entenderá que es escrito, siempre que quede constancia de su contenido en cualquier forma. Como bien señala PERALES VISCOSILLAS respecto a este numeral: “El concepto de escrito, sin duda alguna, aparece en este apartado tan deformado que no se reconoce como tal. En este punto es en el que la Ley Modelo puede criticarse no tanto por la solución que se adopta –la “parcial” consagración del principio de libertad de forma–, como por la manera en que se realiza: la distorsión del concepto escrito. Se opta por una solución contra natura. Contra la naturaleza de las cosas. El escrito ya sea en su forma más tradicional como en la evolucionada que ampara a la forma electrónica no puede equipararse con la forma oral, los actos de ejecución o el silencio o la inacción. Todos ellos no

pueden entrar dentro del concepto de escrito”<sup>49</sup>.

Por otro lado debe recordarse que la forma escrita no postula la unidad del documento así, el Convenio Arbitral puede resultar del intercambio de correspondencia. En este sentido BIANCA señala: “El contrato es estipulado por escrito cuando el consenso es manifestado en uno o más documentos suscritos por las partes. Las declaraciones pueden ser dadas en tiempo separados y con documentos distintos, como en la hipótesis de contrato formado mediante el intercambio epistolar de las declaraciones”<sup>50</sup>. En tanto era innecesario señalar, como lo hacía la Ley de Arbitraje derogada, que “Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o *en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo*” (énfasis agregado).

Entendemos que el legislador ha tenido en cuenta la Convención de Nueva York de 1958, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. En el numeral 1 del Artículo II de dicha Convención se señala:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá *el acuerdo por escrito* conforme al cual las partes se obli-

guen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” (énfasis agregado).

De acuerdo con GONZÁLEZ DE COSSÍO “Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York revelan que existieron dos motivos detrás de dicha decisión: (a) asegurarse que las partes estén conscientes de estar consintiendo al arbitraje; y (b) definir qué constituye un acuerdo escrito”<sup>51</sup>.

La Convención de Nueva York establece el deber de los Estados Contratantes de reconocer el Convenio Arbitral<sup>52</sup> que conste por escrito, de ahí la preocupación del legislador peruano de considerar que el Convenio Arbitral consta por escrito aún en casos donde, en estricto, las partes no han utilizado dicha forma para manifestar la voluntad.

Al respecto PERALES VISCOSILLAS señala, comentando la Ley Modelo de la CNUDMI, que: “El problema reside en el deseo del Grupo de Trabajo de separarse del concepto escrito del CNY, pero al mismo tiempo la necesidad de superar su estricto lenguaje y sobre todo interpretación práctica. De ahí la solución

<sup>49</sup> PERALES VISCOSILLA, Pilar. “¿Forma ‘escrita’ del Convenio Arbitral?: Nuevas Disposiciones de la CNUDMI”. En: *Op. cit.*; p. 213.

<sup>50</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3 Il Contratto. Op. cit.*; p. 294.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Tomo I. Lima: Ediciones Magna, 2008.

<sup>52</sup> El numeral 2 del Artículo II de la Convención de Nueva York: “La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

artificial que se adopta enmascarando a otras posibles formas de perfección del convenio arbitral o del contrato bajo el concepto de escrito”<sup>53</sup>.

El numeral 3 del artículo 9 de la Ley de Arbitraje española señala: “El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento *firmado por las partes (...)*” (énfasis agregado).

BIANCA señala que “por escritura privada o acto escrito se entiende el documento firmado por el autor o por los autores del acto. Por regla no es necesaria la autografía de la declaración, que puede ser escrita por un tercero o a máquina. Lo que importa es, en cambio, que sea autógrafa la firma con la cual el sujeto suscribe el texto” y luego añade “La suscripción consiste en la aplicación de la firma autógrafa...”<sup>54</sup>. Como afirma ROPPO: “El significado de la firma es la apropiación del texto, la afirmación que ello corresponde a la voluntad contractual de la parte”<sup>55</sup>.

El Decreto Legislativo N° 1071 no se refiere a la firma, por tanto, el documento que contiene el Convenio Arbitral puede o no estar firmado por las partes. En tal sentido la apropiación del texto no requiere necesariamente de la firma, así, por ejemplo, podría derivarse del comportamiento de las partes no signatarias.

## 7. EL CONVENIO ARBITRAL COMO “CLÁUSULA AUTOSUFICIENTE”

El artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071 establece:

“2. El Convenio Arbitral deberá constar por escrito. *Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (...)*” (énfasis agregado).

El Convenio Arbitral podrá adoptar la “forma” de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Como explica ROPPO: “El texto contractual es un conjunto de deproposiciones, que expresan cláusulas” y añade: “La cláusula es la unidad elemental del texto (y por tanto de la regulación) contractual: es una disposición homogénea, con la cual las partes regulan un determinado aspecto de su relación (...)”<sup>56</sup>.

CAPOBIANCO habla de “cláusulas autosuficientes” o “cláusulas contrato” o “cláusulas negocio” para referirse a aquellas cláusulas que sobreviven al contrato, siendo susceptibles de vivir un vida autónoma fuera de aquél<sup>57</sup>. Este es precisamente el caso del Convenio Arbitral bajo la “forma” de cláusula, donde sus

<sup>53</sup> PERALES VISCOSILLA, Pilar. “¿Forma ‘escrita’ del Convenio Arbitral?: Nuevas Disposiciones de la CNUDMI”. En: *Op. cit.*; p. 213.

<sup>54</sup> BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 3 Il Contratto”. *Op. cit.*; p. 293. Debe tenerse en cuenta que la falta de suscripción del documento puede ser suplida cuando la parte que no ha firmado se vale del documento.

<sup>55</sup> ROPPO, Vincezo. “Il Contratto”. En: *Trattato di Diritto Privato. Milano: Giuffrè, 2001*, p. 229.

<sup>56</sup> ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Op. cit.*; p. 458. En el mismo sentido ver CAPOBIANCO, Ernesto. “La determinazione del regolamento”. En: *Trattato del Contratto. Il Regolamento. Milano: Giuffrè, 2006*, p. 228.

<sup>57</sup> CAPOBIANCO, Ernesto. “La determinazione del regolamento”. En: *Op. cit.*; p. 239.

requisitos de validez y eficacia se verifican de una manera autónoma respecto a aquellos requeridos para el contrato y, la eventual nulidad del contrato no se extiende al Convenio Arbitral.

El Convenio Arbitral es, pues, un acuerdo dotado de autonomía e individualidad respecto al contrato y, en tal sentido, el acuerdo puede estar incluido en una cláusula de dicho contrato o puede estar incluido en un documento independiente (Convención Sucesiva Autónoma).

El Convenio Arbitral bajo forma de cláusula es independiente del contrato en el cual se incluye, de tal manera que la discusión sobre la nulidad del contrato puede ser sometida a arbitraje. Del mismo modo no existe “conexidad” entre el “convenio arbitral independiente” y el contrato del cual surge la relación jurídica en el que se resolverá la controversia, por tanto, la discusión sobre la nulidad del contrato puede ser sometida a arbitraje.

En este sentido el artículo 14 de la Ley N° 26572, Ley de Arbitraje derogada decía:

“La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato y otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a un pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral (...)”.

El Decreto Legislativo No. 1071 no contiene una norma similar, no obstante,

consideramos que la separabilidad del Convenio Arbitral nos lleva a considerar que los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a un pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el Convenio Arbitral.

## 8. LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

El artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1071 establece:

1. “En el arbitraje nacional los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
  - a) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
  - b) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
  - c) Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes”.

Como bien advierte ROPPO: “Los contratos, es el principal instrumento de los intercambios y de la circulación de la riqueza, son un factor que constituye y define el mercado, entendido como el lugar donde se intercambian bienes y servicios económicos. La regulación de los contratos es por tanto un momento decisivo de la regulación del mercado especialmente cuando las partes de los contratos son sujetos que tienen un rol de protagonistas institucionales del mismo mercado: las *empresas*, que ofrecen en el mercado bienes y servicio y los *consumidores*, que en el mercado demandan bienes y servicios”<sup>58</sup>. Estamos frente a los contratos de consumo.

La estandarización de los bienes y de los servicios, característica de la actual economía de masa, viene acompañada de la estandarización de los contratos: para la venta de sus bienes o para la prestación de los servicios, la empresa emplea un texto contractual estándar, que es utilizado de manera uniforme en las relaciones que se establecen con todos los clientes<sup>59</sup>.

El fenómeno de la estandarización, a su vez, nos lleva a dos fenómenos: el de la predisposición unilateral (cláusulas generales de contratación) y el de la adhesión.

El texto del contrato no es el resultado de las tratativas con el cliente, sino que es preparado, unilateralmente, por la propia empresa. El cliente, si quiere contratar, sólo puede “adherirse” al contrato estándar; es decir, debe aceptarlo sin discutirlo.

La empresa que predispone el texto se llama “predisponente”; el cliente que se adhiere al texto predispuesto se llama “adherente”. El “adherente” es normalmente un consumidor, pero también puede tratarse de otro empresario<sup>60</sup>.

Las cláusulas (o condiciones) generales de contratación (CGC) son las cláusulas que el predisponente, utiliza para regular uniformemente sus relaciones contractuales. La noción de CGC se puntualiza en relación al carácter general de las cláusulas predispuestas. Las CGC están destinadas a regular una serie indefinida de relaciones contraponiéndose a las cláusulas específicamente elaboradas para relaciones singulares.

El fenómeno de las CGC se encuentra tan extendido que es difícil que los consumidores puedan acceder a los bienes y servicios sin someterse a la regulación contractual que las empresas disponen en forma de cláusulas contenidas en módulos o formularios. Esto significa que el contenido de los contratos de consumo es impuesto a los consumidores los cuales se adhieren a una regulación que no están en grado de negociar y que frecuentemente desconocen su contenido.

El artículo 1392 del Código Civil establece:

“Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de

<sup>58</sup> ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Op. cit.*; p. 827.

<sup>59</sup> ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Op. cit.*; p. 829.

<sup>60</sup> Loc. Cit.

futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

La predisposición unilateral genera la posibilidad de establecer cláusulas vejatorias o abusivas por parte del predisponente. Las cláusulas vejatorias son aquellas que agravan la posición del adherente respecto a la disciplina legal del contrato. Así el artículo 1398 del Código Civil establece:

“En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

Respecto al artículo 1398 del Código Civil podemos decir que reduce el espacio reservado para la autonomía privada, prohibiendo que se establezcan determinado tipo cláusulas. Esta norma pretende restablecer el equilibrio entre las partes prohibiendo cláusulas abusivas o vejatorias en los contratos celebrados por adhesión y en las CGC.

El legislador italiano no habla de “cláusulas abusivas” sino de “cláusulas vejatorias”<sup>61</sup> y las define, en el artículo 1469-*bis* como: “las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato”. Esta definición resalta dos criterios de la “vejatoriedad”: el significativo desequilibrio<sup>62</sup> y la contravención a la buena fe objetiva.

Como señala ROPPO: “la cláusula crea ‘desequilibrio’ cuando modifica, dañando al consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes como son definidas por el derecho dispositivo (parámetro del nivel de «equilibrio» de las mismas posiciones). No basta sin embargo cualquier desequilibrio, sino un desequilibrio ‘significativo’ (...)”<sup>63</sup>.

El artículo 1469-*ter* indica tres criterios para ser aplicados en el juicio de “vejatoriedad”:

- 1) Debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato;
- 2) Debe tenerse en cuenta las circunstancias existentes al momento de su conclusión; y

<sup>61</sup> En 1996 se modificó en Código Civil italiano para dar cumplimiento a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De acuerdo con ALPA: “La expresión ‘abusiva’ es equívoca, extraída por la inexacta versión del texto italiano de la directiva (...)” (ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 222).

<sup>62</sup> De acuerdo con ALPA: “El ‘desequilibrio’ presenta dos caracteres: debe ser «significativo», y debe referirse a derechos y obligaciones de las partes, es decir, tener naturaleza «jurídica», no económica” (ALPA, Guido. *Op. cit.*; p. 225). También se refiere al desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes MARQUES LIMA, Claudia Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4ª edicao. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

<sup>63</sup> ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Op. cit.*; p. 913.

- 3) Debe tenerse en cuenta las otras cláusulas del mismo contrato o de otro conexo o del cual depende. Al respecto ROPPO señala: “una cláusula, en sí y por sí fuente de desequilibrio, puede no obstante, ser considerada no vejatoria si resulta reequilibrada por otra cláusula del mismo contrato o de otro contrato conexo con aquél bajo juicio, que dispongan significativas ventajas para el consumidor”<sup>64</sup>. En tal sentido la “vejatoriedad” no debe ser observada en una lectura aislada de la cláusula, sino en la lectura de todo el contrato, así una cláusula podría ser abusiva o vejatoria vista aisladamente pero no si es vista sistemáticamente. Así, en el mismo sentido, MARQUES LIMA en Brasil señala: “La actividad del intérprete para reconocer una cláusula abusiva es crucial y debe concentrarse en la visión dinámica y total del contrato”<sup>65</sup>.

El artículo 1469-*bis* del Código Civil italiano contiene un elenco de “tipos” de cláusulas. Este elenco indica una serie de cláusulas que “se presumen

vejatorias salvo prueba en contrario”. Son cláusulas que el legislador considera *prima facie* portadoras de un significativo desequilibrio en desmedro del consumidor, y por tanto vejatorias. Se clasifican en dos categorías: cláusulas de desbalance o de desequilibrio<sup>66</sup> y cláusulas de sorpresa<sup>67</sup>.

Dado que se admite la prueba en contrario, puede demostrarse que la cláusula, a la cual se presume vejatoria, en concreto no lo es. Esto califica al elenco del artículo 1469-*bis* como “lista gris”, en contraposición al elenco del artículo 1469-*quinqüies* calificado como “lista negra” que se tiene en la medida que las cláusulas del elenco son calificadas irremediabilmente vejatorias, sin posibilidad de prueba en contrario. En el modelo de la “lista gris” puede considerarse vejatoria, en base al criterio general, una cláusula ajena al elenco. Esto, sin embargo, en la práctica es poco probable pues la lista es muy exhaustiva.

Una cláusula puede presentar elementos constitutivos de “vejatoriedad” y aún así no ser vejatoria, por la presencia de elementos impeditivos de la “vejatoriedad” los cuales según el artículo 1469-*ter* son dos:

- 1) No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones

<sup>64</sup> ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Op. cit.*; p. 914.

<sup>65</sup> MARQUES LIMA, Cláudia. *Op. cit.*; p. 149.

<sup>66</sup> Cláusulas de desequilibrio son aquellos pactos contractuales que determinan en daño al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas de la regulación contractual. Ejemplo: son aquellas cláusulas que hacen al profesional (contrapuesto al consumidor) árbitro de la formación o permanencia del vínculo contractual, sin la posibilidad de autónoma decisión resolutoria, que grava al consumidor (ORICCHIO, Antonio. *Tutela del Consumatore e Servizi Pubblici*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 93).

<sup>67</sup> Cláusulas de sorpresa son aquellas que tornan la ejecución del contrato diferente de manera significativa de aquella que legítimamente el consumidor podía esperar en base a legítimas perspectivas (ORICCHIO, Antonio. *Op. cit.*; p. 93).

legales; es decir, cláusulas que prevén derechos y obligaciones del consumidor ya directamente atribuidas por la ley<sup>68</sup>; y

- 2) No son vejatorias las cláusulas o los elementos de cláusula que hayan sido objeto de negociación individual.

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, excluye como cláusulas vejatorias o abusivas aquellas que hayan sido objeto de negociación individual. Esto parte del fundamento que el fin de tutelar al consumidor se da cuando está constreñido a adherirse pasivamente a las cláusulas impuestas por el profesional<sup>69</sup>, pero si hay tratativas no se justifica la tutela. Corresponde al profesional probar la existencia de negociación<sup>70</sup>.

Al respecto ORICCHIO nos dice: “La nueva normativa comprende, (sin exclusión alguna), todos los contratos concluidos

entre empresas y consumidores que tienen como objeto la cesión de bienes y el suministro de servicios, cuyas cláusulas no hayan sido objeto de una tratativa entre las partes, sino que hayan sido sustancialmente ‘impuestas’ por las primeras a los segundos”<sup>71</sup>. ALPA señala que: “la tratativa puede consistir en la discusión de los contenidos en general de toda la operación económica, y no necesariamente debe haber llevado a una modificación de la cláusula, se puede considerar realizada la tratativa si resulta que el consumidor haya aceptado cláusulas vejatorias frente a la reducción de la retribución o de otras cargas que, en ausencia de tratativa, habrían sido puestas a su cargo...”<sup>72</sup>. En la misma línea MIQUEL en España señala: “En el Derecho español, no debe perderse de vista que es presupuesto de aplicación de la cláusula general de la buena fe, el equilibrio de derechos y de las obligaciones que las estipulaciones no hayan sido negociadas individualmente”<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> En este mismo sentido la Directiva 93/13/CEE: “Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas (...)”.

<sup>69</sup> La Directiva 93/13/CEE define al profesional como: “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”. Nuestra Ley de Protección al Consumidor se refiere a “proveedor”.

<sup>70</sup> En este mismo sentido la Directiva 93/13/CEE. Las cláusulas señaladas en el numeral 1, 2 y 10 del elenco no son inmunizadas por la negociación conforme al artículo 1469-*quinquies* puesto que son reputadas particularmente gravosas para el consumidor.

<sup>71</sup> ORICCHIO, Antonio. *Op. cit.*; p. 89.

<sup>72</sup> ALPA, Guido. *Op. cit.*; p. 223.

<sup>73</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998”. En: *Separata del curso Derecho de Consumo y Derecho de Contratos*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 2003.



Como ya se dijo, el Código Civil peruano regula las cláusulas vejatorias en el artículo 1398, aplicándose dicha norma tanto a los contratos celebrados por adhesión<sup>74</sup> y en las CGC no aprobadas administrativamente<sup>75</sup>. Si bien es cierto la norma alcanza a los contratos de consumo<sup>76</sup>, no necesariamente debemos identificar al adherente con el consumidor ni al predisponente con el proveedor<sup>77</sup>.

De acuerdo con el artículo 1398 del Código Civil, se consideran cláusulas vejatorias aquellas que establezcan, a favor del predisponente: 1) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad<sup>78</sup>; 2) facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo<sup>79</sup>; 3) de prohibir al adherente oponer excepciones; y 4) prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Como bien lo advierte Juan Espinoza: “se plantea como un problema el carácter de la relación de las cláusulas vejatorias contenidas en el Art. 1398, vale

decir, si se trata de una disposición de *numerus apertus* o *numerus clausus*”<sup>80</sup>.

Para DE LA PUENTE Y LAVALLE: “Dado que el artículo 1398 del Código Civil peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código Civil italiano, o sea que hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa”. Más adelante añade: “Además, el citado artículo 1398, al establecer que no son válidas determinadas estipulaciones de los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos que no se

<sup>74</sup> Ver artículo 1390 del Código Civil.

<sup>75</sup> Ver artículo 1392 del Código Civil.

<sup>76</sup> La Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, TUO Decreto Supremo No. 006-2009-PCM, no tiene normas específicas relacionadas a las cláusulas vejatorias.

<sup>77</sup> En el mismo sentido ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: *Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Lima: Ara editores, 2003, pp. 546-547.

<sup>78</sup> De acuerdo con DE LA PUENTE Y LAVALLE “la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Vol.XI. Primera Parte, Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991, p. 204).

<sup>79</sup> En este caso la cláusula sólo puede ser considerada abusiva si introduce formas de “receso” o de desestimiento y de resolución diferentes a las consideradas por la ley. Así, por ejemplo, la cláusula resolutoria expresa no tienen carácter abusivo puesto que la facultad resolutoria, como consecuencia del incumplimiento, está previsto en el Código Civil (Ver CINTIOLI, Fabio. *Il Contratto in Generale. Problema attuali ed orientamenti di giurisprudenza*. Volume Primo. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 417-418. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. 3 Il Contratto. *Op. cit.*; p. 354-355).

<sup>80</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*; p. 542.

aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica”<sup>81</sup>. No obstante, luego advierte: “Sin embargo, el hecho de que el citado artículo no sea susceptible de aplicación analógica a cláusulas distintas de las expresadas en él, no excluye su aplicación por interpretación extensiva”<sup>82</sup>.

ARIAS SCHREIBER señalaba al respecto: “En el artículo 1398 se han tenido en cuenta aquéllas situaciones que son, a nuestro entender, las más notorias; pero admitimos la posibilidad de que puedan haber otras análogas y que no han sido consideradas en el texto”<sup>83</sup>.

Para ESPINOZA ESPINOZA: “en materia de cláusulas vejatorias predisuestas en contratos por adhesión y en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el código civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución”<sup>84</sup>.

En nuestra opinión el artículo 1398 del Código Civil establece una “lista negra”, en tal sentido, las cláusulas ahí señaladas se consideran abusivas o vejatorias “Per sé”. No obstante, si aceptamos que dicho elenco no es taxativo y que podrían considerarse otras cláusulas entonces, creemos que para determinar la “vejatoriedad” de las cláusulas debería tenerse en cuenta los

criterios de “vejatoriedad” recogidos en la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 1469-ter del Código Civil Italiano.

El Código Civil consideró cláusulas vejatorias o abusivas a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. Así el texto original del artículo 1398 establecía:

“En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y *de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje*” (énfasis agregado).

Posteriormente, con motivo de la promulgación del Código Procesal Civil se derogó esa parte del artículo 1398 del Código Civil. No obstante, para CÁRDENAS QUIRÓS deberían ser consideradas abusivas las cláusulas que “imponen compulsivamente la utilización del arbitraje o que desvían al adherente de la competencia del juez al cual corresponde considerarlo naturalmente sometido”<sup>85</sup>.

Ni la Ley de Arbitraje derogada y ni el Decreto Legislativo N° 1071

<sup>81</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; p. 210.

<sup>82</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; p. 211.

<sup>83</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. *Exégesis*. Tomo I. Lima: Librería Studium, 1986, p. 152.

<sup>84</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*; p. 543.

<sup>85</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”. En: *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 116.

consideran vejatorias las cláusulas en la que constan Convenios Arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en CGC o contratos por adhesión, siempre que hayan sido conocidas o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria.

De acuerdo con el Código Civil, cuando se contrata con arreglo a CGC que no han sido aprobadas *ex ante* por la autoridad administrativas, éstas son eficaces frente al adherente si al momento de la conclusión del contrato éste las conocía o habría podido conocerlas usando la ordinaria diligencia.

La contraparte debe conocer las CGC no aprobadas administrativamente al momento de la conclusión del contrato, por tanto se excluye la eficacia de dichas CGC que el consumidor habría tenido la posibilidad de conocer en un tiempo posterior a la conclusión del contrato, como por ejemplo en aquellos casos que las CGC se encuentran en la factura.

La medida de la diligencia ordinaria debe reportarse a un criterio de normalidad, con referencia a aquello que es normal esperar de la masa de adherentes en relación al tipo de operación económica. La aplicación de este criterio excluye que al adherente pueda requerirse un particular esfuerzo o una particular competencia para conocer las CGC usadas por el predisponente.

El artículo 1397 del Código Civil impone al predisponente la carga de cognoscibilidad, en el sentido que debe hacer conocibles las CGC por la contraparte de la manera más idónea.

“Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad”.

La carga de cognoscibilidad se entiende de dos maneras:

- a. El conocimiento de la preexistencia de las CGC.
- b. La inteligibilidad, es decir, que las CGC sean entendidas. El predisponente debe usar un texto claro, un texto obscuro que no cumple tal requisito.

Cumplida por parte del predisponente su carga de cognoscibilidad, entra en juego la carga de diligencia de la contraparte. El artículo 1397 del Código Civil dice: “o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria”. Una vez conocida la existencia de las CGC, la contraparte no-predisponente debe poner su empeño para conocerlas en su tenor.

El segundo párrafo del artículo 1397 del Código Civil establece una presunción –ARIAS SCHREIBER considera que se trata de una presunción “*iure et de iure*”, DE LA PUENTE, en cambio, “*iuris tantum*”)– de conocimiento por parte del adherente, cuando las CGC han sido puestas en conocimiento del público “mediante adecuada publicidad”. La “adecuada publicidad” debe tener en cuenta, por ejemplo, el público al cual está dirigido.

El Decreto Legislativo N° 1071 establece la presunción *iure et de iure* de conocimiento en tres supuestos, los mismos señalados en la anterior ley. Esta además omite que la Ley de Arbitraje derogada sí consideraba: “Si fue puesta en conocimiento del público mediante adecuada publicidad”. Este último si está considerado en el artículo 1397 del Código Civil, entonces surge la duda si se aplica supletoriamente el Código Civil.

¿Qué ocurre si el Convenio Arbitral no ha sido conocido o no pudo ser conocido por quien no lo redactó, usando una diligencia ordinaria? El Decreto Legislativo N° 1071 no sanciona con nulidad el Convenio Arbitral.

El Decreto Legislativo N° 1071, como la Ley de Arbitraje derogada, dice que “*serán exigibles*” siempre que hayan sido conocidas o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria. Esto nos lleva a un remedio distinto: la “inexigibilidad”.

En efecto, el Convenio Arbitral no es nulo, pero debe entenderse que el sometimiento al arbitraje es por el predisponente y que no hay sometimiento por quien no lo redactó, de tal manera que éste si quiere puede decidir arbitrar.

El artículo 11 de la Ley de Arbitraje derogada era bastante claro cuando señalaba:

“Si se estableciera que el convenio arbitral no fue conocido o conocible por la contraparte al momento de la celebración del contrato, el estipulante del convenio arbitral no podrá exigir su aplicación, salvo que posteriormente su contraparte lo acepte expresamente y por escrito. Empero, la contraparte sí podrá exigir la aplicación de dicho convenio arbitral, así éste no hubiera sido inicialmente conocido o conocible”.

El Decreto Legislativo N° 1071 no contiene una norma similar, no obstante, consideramos que cuando se señala “*serán exigibles sólo si*”, nos lleva a la misma solución del artículo 11 de la Ley de Arbitraje antes citado.

# ¿Y QUIENES ESTÁN INVITADOS A LA FIESTA?

## LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS AL ARBITRAJE Y EL ARTÍCULO 14º DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La Tarjeta de Invitación a la Fiesta: El Carácter Contractual del Convenio Arbitral.* 3. *Los Alcances del Artículo 14 como Herramienta de Naturaleza Contractual.* 4. *Elementos para la Aplicación del Artículo 14.* 4.1. *Consentimiento.* 4.2. *Buena Fe.* 4.3. *Participación Activa y Determinante.* 4.4. *Negociación, Celebración, Ejecución y Terminación del Contrato.* 4.5. *Pretender Derivar un Beneficio del Contrato.* 5. *Casos de Aplicación del Artículo 14.* 5.1. *Incorporación por Referencia.* 5.2. *Representación y Agencia.* 5.3. *Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de Actos Propios.* 5.4. *Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades.* 5.5. *Contrato a Favor de Tercero.* 5.6. *Acción Oblicua.* 5.7. *Cesión, Novación y Subrogación.* 6. *La Aplicación de Artículo 14 a Arbitrajes Extranjeros.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Si uno visualizara un arbitraje como una fiesta, solo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas y solo en cuanto estas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.

Por supuesto que no siempre quienes van a esta fiesta llamada arbitraje van

de buena gana. A pesar de haberse comprometido a asistir (explícita o tácitamente) algunos tratan de “zafarse” del trámite. Y por el contrario muchas veces quieren asistir personas que no son bienvenidas.

Y el arbitraje es una fiesta particular, por que al final de la misma se “abre una piñata” de la que salen premios y castigos. Algunos tienen que pagar por la piñata y otros reciben los regalos que hay adentro.

---

(\*) Socio fundador del Estudio Bullard, Falla & Ezcurre Abogados. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de PABLO MORI en la elaboración del presente trabajo.

Pero solo pagan por la piñata o recibirán los premios aquellos que participaron en la fiesta. Los que se quedaron fuera ni pagan ni reciben. A esa piñata la llamamos el laudo.

Usualmente quienes creen que pagaran por la piñata se resisten a ir a la fiesta y quienes creen que pueden recibir algún premio se esfuerzan por entrar.

Pero lo cierto es que la tarjeta de invitación a esa fiesta es conocida como “convenio arbitral”. Y el convenio arbitral es, simple y llanamente, un contrato. El carácter contractual del arbitraje es entonces la llave para quien entra y el candado que le cierra la puerta a quien se queda afuera de la fiesta.

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a la fiesta y a quien se va a dejar entrar a la misma. Estos principios son:

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia los invitados que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si la fiesta está convocada. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *kompetenz-kompetenz*, que se orientan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre.

- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. El tercero podrá entonces oponerse al arbitraje planteando excepciones o defensas previas o incluso de fondo por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para juzgarlo al no ser parte del convenio.
- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella. En ese caso serán quienes ya están incorporados en el arbitraje los que tendrán que oponerse a la incorporación del tercero, sosteniendo que están contractualmente facultados a rechazar su participación. En ese sentido defenderán la idea de la privacidad del arbitraje, es decir, de que el contrato convoca a las partes y solamente a las partes, y reforzaran su negativa con la idea de confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

De estos principios se deriva la oponibilidad del laudo a los participantes en el arbitraje, y solamente a ellos. Ello puede significar que incluso partes de un convenio arbitral podrían no verse vinculados por el laudo dictado en un arbitraje derivado de dicho convenio pero en el que no participaron ni se les dio oportunidad de participar, simplemente porque se de oponerles se estaría violado su derecho a defenderse y alegar en el mismo. Pero también se deriva de ello que quienes no son partes del convenio, y por

tanto no pueden participar en el arbitraje, tampoco quedarán obligados por los términos del laudo.

La nueva Ley General de Arbitraje del Perú (en adelante la LGA) es la primera que ha regulado este tema legislativamente. El referido artículo señala:

*“Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral*

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Desde el punto de vista legislativo el artículo 14 es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la LGA, el concepto de convenio arbitral se inspira en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006 y que precisamente hace un desarrollo más abierto y da una mayor flexibilidad a dicho convenio. Y derivado

de ello, la Ley peruana refleja la intención que toda interpretación del convenio arbitral se haga de manera extensiva, esto es favoreciendo la arbitrabilidad de las controversias.

Fiel a la Ley Modelo, ya el artículo 13 de la LGA rompe la concepción de un convenio arbitral entendido como sujeto a formalidades estrictas y limitativas. Por el contrario la norma favorece su vigencia y se aleja de aquellas concepciones que entendían el carácter escrito como una formalidad *ad solemnitatem*, admitiendo la posibilidad de probar la existencia de un acuerdo para arbitrar por medios distintos a la simple prueba escrita<sup>1</sup>.

El artículo 14, se enmarca dentro de la misma línea, pero va un paso más allá, y da una base para una interpretación que permita incluir dentro del convenio a personas que, sin haberlo suscrito, han consentido en su contenido.

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de *partes no signatarias*, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo,

<sup>1</sup> *Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral. (...)*

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

todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación del convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito formal de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.

## 2. LA TARJETA DE INVITACIÓN A LA FIESTA: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL

Más allá de la discusión interminable, y muchas veces inútil, sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, creemos que el tema de la naturaleza del convenio debe ser abordado desde una perspectiva práctica.

Incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional. Si bien consideramos que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del

alcance del artículo 14 el problema de la naturaleza es irrelevante. El artículo 14 se acoge a la teoría contractual del convenio, y busca definir diversas formas en que se puede entender que las partes han consentido en el mismo. Se aleja por tanto de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral como si se tratara de la jurisdicción ordinaria.

Partiremos entonces que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, por el que, de manera voluntaria, las partes someten a particulares –los árbitros– la solución de sus conflictos, comprometiéndose así al cumplimiento de la decisión final que ellos adopten. Así la regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo proviene del acuerdo para arbitrar. El arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas.

La doctrina refiere que el arbitraje, “nace de un negocio jurídico, que como tal, *proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral*. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje *las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra*”<sup>2</sup> (la cursiva es nuestra).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, sólo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues

<sup>2</sup> SALCEDO CASTRO, Myriam. *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 114.



son ellas –y sólo ellas– quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, TRAZEGNIES ha indicado que:

“Por su origen y por su naturaleza, *el convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. (...) Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, **no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar**, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)<sup>3</sup> (la cursiva es nuestra).

Del mismo modo, SUÁREZ ANZORENA indica que “por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, *tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral*”<sup>4</sup> (la cursiva es nuestra).

Este criterio no es, gracias a la doctrina, la jurisprudencia arbitral y, en nuestro caso, gracias al artículo 14, absoluto, al menos en los términos expresados. Es por ello que venimos utilizando la expresión “en principio”, pues

si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito.

¿Cuál es el alcance del carácter contractual del convenio arbitral?

Bajo esta idea del convenio como figura contractual, son absolutamente ajenas al arbitraje, y por tanto impertinentes a la discusión, figuras como la del litisconsorcio, en el que la Ley autoriza la participación de personas distintas a los demandantes y demandados. Esas figuras, de naturaleza procesal civil, funcionan en una situación en el que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte del contrato que es objeto de discusión.

Pero el árbitro está en una situación totalmente diferente a la de un juez ordinario. Su competencia se deriva de un contrato, de un acuerdo de voluntades, y por tanto solo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no solo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius Et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29, 2004, p. 16.

<sup>4</sup> SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2. Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis; Enero-Junio 2005, p. 57.

mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que un laudo que pretenda obligar a quien no es parte del convenio, o quien siéndolo, no fue parte en un arbitraje, pueda estar viciado de nulidad.

### 3. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 14 COMO HERRAMIENTA DE NATURALEZA CONTRACTUAL

El artículo 14 respeta la esencia de los principios enumerados en el numeral anterior, pues respeta el carácter contractual del convenio. Por ello hay que ser cuidadoso en afirmar que la norma permite incorporar terceros al arbitraje.

Sin embargo, el requisito de voluntariedad, como veremos más adelante, está ligado al principio de buena fe. La voluntad tiene que estar ligada a

una conducta leal y ajustada a un deber de colaboración. La voluntariedad no se determina al momento en que el conflicto surge. De hecho si una parte se resiste a arbitrar u otra a la incorporación de alguien a un arbitraje, es porque en ese momento no tiene la voluntad de que se arbitre. Pero al igual como ocurre en un contrato, la parte que se resiste a cumplir su obligación de entrega de un bien, carece la voluntad de ejecutar lo acordado. Lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió, o debía derivarse en buena fe, la voluntad de arbitrar, así en el momento en que surja el conflicto ya no se quiera ir a arbitraje.

Un conjunto de supuestos, no pertinentes al artículo 14, son los llamados arbitrajes obligatorios y los de adhesión, como los que se presenta en la contratación pública<sup>5</sup>, el arbitraje estatutario<sup>6</sup>, los contratos por adhesión<sup>7</sup> y los arbitrajes

<sup>5</sup> Figura contemplada en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Perú, de la siguiente manera:

“Artículo 53.- Solución de controversias.-  
(...)

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, *se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. (...)*”.

<sup>6</sup> Figura contemplada en el artículo 12 de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 12.- Arbitraje Estatutario.- Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

<sup>7</sup> Figura contemplada en el artículo 11 de la LGA, de la siguiente manera:

*Artículo 11.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria.*

testamentarios<sup>8</sup>. En algunos de estos casos la “invitación” a la fiesta está definida por la Ley o en otros por una definición de una forma particular de consentimiento (la adhesión).

Los supuestos que nos interesan para este comentario son los referidos (i) a aquellos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que comprende o al que está vinculado el convenio; y (ii) a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato<sup>9</sup>.

En el primer grupo de supuestos, estamos ante figuras que no necesitan ni exigen de suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje. Como señala TRAZEGNIES, refiriéndose a los primeros supuestos, comentando precisamente algunas de estas figuras, “en estas situaciones, tenemos un *arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno* y que quizá no hubieran querido estar envueltas en un arbitraje. *Los sucesores simplemente continúan* – quizá contra su voluntad – en la posición de aquel a quien suceden. *Los socios que*

*no firmaron el acuerdo constitutivo* y que ingresan posteriormente a la empresa, *no firmaron tampoco acuerdo alguno*”<sup>10</sup> (la cursiva es nuestra).

El problema del artículo 14 es uno distinto. Tiene más que ver con formas de expresar la voluntad de arbitrar y de las que potenciales invitados a la fiesta o anfitriones renuentes a permitir la entrada de otros invitados, no deberían poder escapar sin estar vulnerando la buena fe con la que deberían actuar, por que en el fondo si han consentido, aunque su consentimiento no este expresado de la manera usual.

Cuando uno atiende a la naturaleza contractual del arbitraje y la compara con el carácter jurisdiccional de la competencia del juez ordinario, encuentra la dificultad principal que se enfrenta al querer incorporar a cualquiera a un arbitraje. Como refiere CAIVANO, “en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. *En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones*

<sup>8</sup> Figura contemplada en el artículo 13 de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 13.- Arbitraje Testamentario.- Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre 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>9</sup> “Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

<sup>10</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. *Op. cit.*; p. 21

*jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros”<sup>11</sup> (la cursiva es nuestra).*

Por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismo como los usados en los Códigos Procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia. Como decíamos, la idea de litisconsortes es ajena y extraña al arbitraje a pesar que no es extraño ver que se invoca y, más preocupante aún, ver que se admite por ciertos tribunales arbitrales que, al hacerlo, podrían estar viciando su laudo de nulidad.

Pero a su vez la Ley tenía que plantear una solución consistente a la naturaleza del arbitraje. Como señala TRAZEGNIES *“si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad –y por tanto utilidad– como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una*

red entrelazada de relaciones directas e indirectas”<sup>12</sup> (la cursiva es nuestra).

TRAZEGNIES más adelante agrega que, *“si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada”<sup>13</sup> (la cursiva es nuestra).*

Si bien no compartimos plenamente parte de la aproximación de TRAZEGNIES, en el extremo en que parecería sugerir que el árbitro podría incorporar a terceros por ser un juzgador, si plantea que si el Derecho no aborda el problema y encuentra una solución adecuada, la eficacia del arbitraje estaría seriamente en juego.

Por ello la LGA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan en el carácter contractual del convenio arbitral. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que la jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de que se puede entender por consentimiento. En esa línea no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se

<sup>11</sup> CAIVANO, Roque J. “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 4, Lima: Magna Ediciones. 2007, p. 67.

<sup>12</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius Et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 29, 2004, p. 18.

<sup>13</sup> *Ibíd.*

hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LGA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral internacional.

Por ello la norma, en su primera parte, se basa en dos conceptos centrales: (1) derivar el consentimiento, y (2) principio de buena fe. Si no es posible derivar un consentimiento la primera parte del artículo no es aplicable y no se puede incorporar a la persona al arbitraje. Y para interpretar el consentimiento se debe actuar bajo la lógica de la buena fe.

La segunda parte añade un concepto, que es pretender derivar un beneficio de un contrato. En realidad de ese hecho también se deriva un consentimiento, pues quien desea acceder al beneficio debe presumirse que está dispuesto a sujetarse a los límites y obligaciones que ese beneficio significa, incluido el tener que acudir a un arbitraje.

Así, por ejemplo, si una empresa de un grupo económico transfiere a otra empresa del mismo grupo, un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un convenio arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídico obligatoria. Su simple conducta y el consentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó al intento de evadir los efectos del contrato y del convenio arbitral a él

vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía.

Nótese que con ello la LGA está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas contractuales ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya en estricto una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados para los contratos. Está autorizando, con el uso del principio de buena fe, que por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea el artículo 14 debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas a las del Código Civil o las normas de contratos ordinarias de formar un consentimiento.

Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14 de la LGA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En ese caso tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de

seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y las no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar.

Volteando la figura, lo mismo se aplica a la empresa de seguros que pretenda negarse a arbitrar sosteniendo que el beneficiario del seguro no suscribió la póliza y que por tanto no es parte tampoco del convenio arbitral. Si bien en estricto no suscribió un convenio con dicha parte, sí sabía que un beneficiario podía solicitar los derechos que generaba el contrato. Por tanto debe entenderse que, en buena fe, aceptó arbitrar no solo con su contraparte, sino con cualquiera que solicitara recibir el beneficio del contrato. Por supuesto que la empresa de seguro podrá negarse a arbitrar si del contrato se deriva un acuerdo expreso e indubitable de que el convenio arbitral no es extensible a beneficiarios. Pero de no decirse nada en contra, puede derivarse, en buena fe, su voluntad de arbitrar.

Como señala SUÁREZ ANZORENA, si bien en principio el arbitraje es una figura

contractual “sin embargo, *la práctica del arbitraje internacional*, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, *revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifica, en aras de proteger el universal principio de la buena fe*”<sup>14</sup> (la cursiva es nuestra).

En la misma línea los profesores Alan REDFERN y Martin HUNTER, junto con Nigel BLACKABY y Constantine PRATASIDES han sostenido que la exigencia de un acuerdo firmado y por escrito no excluye la posibilidad de que el mismo alcance también a no signatarios. En efecto, señalan lo siguiente:

“b) terceros respecto del acuerdo arbitral

El consentimiento de las partes es un requisito previo del arbitraje. *Dicho consentimiento se instrumenta mediante el acuerdo arbitral que por lo general, como se analizó anteriormente, se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, la exigencia de que exista un acuerdo firmado y celebrado por escrito no excluye por completo la posibilidad que un acuerdo arbitral celebrado en forma adecuada entre dos o más partes obligue también a terceros*”<sup>15</sup> (la cursiva es nuestra).

CAIVANO inclusive señala que “*puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de*

<sup>14</sup> SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Enero-Junio 2005, pp. 57-58.

<sup>15</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PRATASIDES Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ª edición. Buenos Aires: Edición en español - Editorial La Ley, 2007, p. 240.

*incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral: el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos*<sup>16</sup> (la cursiva es nuestra).

Sin embargo, deja claro “que *tampoco puede predicarse, en sentido opuesto, que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada*”<sup>17</sup> (la cursiva es nuestra).

Finalmente, CAIVANO indica que “*hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral*. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de “terceros”, que por alguna razón pueden considerarse “asimilados a las partes”<sup>18</sup>” (el subrayado es nuestro).

#### 4. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14

En esa línea consideramos que el artículo 14 puede servir de base, por su estructura, para la incorporación de los principales supuestos, recogidos en la jurisprudencia y en la doctrina, para la

incorporación de partes no signatarias al contrato. Estos elementos son:

##### 4.1. Consentimiento

Como ya se indicó el artículo 14 no persigue la incorporación al arbitraje de personas que no han consentido al mismo. Es justamente lo contrario. Persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar, incluso en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato. Durante la discusión en el seno de la Comisión que redactó la Ley, en torno al artículo 14 se buscaron identificar supuestos de hecho en que podía entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede entenderse como “consentir”. De esta manera el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta precisamente a buscar como la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o incluso no haya participado necesariamente en su celebración.

<sup>16</sup> Ibíd.

<sup>17</sup> CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Op. cit.*

<sup>18</sup> CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: [http://www.limaarbitration.net/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/roque_j_caivano.pdf)

## 4.2. Buena Fe

El artículo acude en ayuda del intérprete y le indica que la interpretación sobre la existencia de consentimiento debe hacerse según las reglas de la buena fe. Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación. De hecho el término buena fe fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto al Poder Ejecutivo para su aprobación. En la discusión interna en la Comisión se indicó que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento.

## 4.3. Participación Activa y Determinante

El consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o de apoyo no pueden tener ser considerados como formas de consentir. No es cualquier participación. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir

sus consecuencias sería consentir en una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el convenio, la primera queda sometida al convenio porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado. En consecuencia su participación fue determinante.

## 4.4. Negociación, Celebración, Ejecución y Terminación del Contrato

No solo la conducta debe ser relevante, sino vinculada al contenido contractual. No es una conducta satelital al contrato, sino referida al contrato mismo. Los casos de ejecución parecen los más claros. Si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje. Ignacio SUÁREZ ANZORENA, en una conferencia dictada en Lima a propósito de la entrada en vigencia de la LGA<sup>19</sup>, señaló que tenía dudas sobre la inclusión del supuesto de participación en la negociación. Decía que una matriz que negocia a un contrato y luego decide usar un vehículo societario distinto (una subsidiaria local) precisamente porque no quiere asumir la responsabilidad del contrato, podría ver afectada su intención si luego, por el mérito del artículo 14, puede ser traída al arbitraje. Si bien puede ser una preocupación atendible, lo cierto es que ello debe ser mirado desde la perspectiva de la buena fe. Si del contexto de la negociación se deriva que esa fue la intención, el Tribunal Arbitral no debería

<sup>19</sup> Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.



admitir la incorporación. Y en todo caso, el riesgo puede ser minimizado con una adecuada redacción del convenio arbitral señalando expresamente en el mismo que éste no puede ser expandido a empresas diferentes a la que lo suscribe.

#### 4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato

Como ya se analizó antes, la segunda parte del artículo 14 permite incluir en el arbitraje a aquel que pretenda derivar un beneficio del contrato. Un ejemplo muy claro es el del contrato a favor de tercero. En ese caso el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho. Situación similar se dará en el caso de la cesión de derechos o de la cesión de posición contractual. En esos casos no podrá usarse la separabilidad del convenio arbitral para alegar que el mismo no es exigible o no incorpora al cesionario. El que en la sesión no se haya hecho mención a que ésta incorpora el convenio arbitral, no es argumento para sustraerse a los alcances de la obligación de arbitrar.

### 5. CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14

Como se puede ver, dada la cantidad de supuestos a los que el artículo 14

resultaría aplicable no es nuestra intención abordar la imposible tarea de cubrirlos en este comentario. Por ello comentaremos cuáles consideramos pueden ser los casos más comunes, sin con ello pretender limitar la aplicación del artículo cuyo texto abierto permitirá posiblemente cubrir muchas más situaciones.

Uno de los casos en que con mayor precisión se han definido los posibles supuestos de expansión del convenio a no signatarios es el caso *Thomson*<sup>20</sup>. Si bien la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos denegó la pretensión de la demandante de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A., adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (*Redifussion Simulation Ltd*), dicha Corte aprovechó la oportunidad y sistematizó los supuestos en que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un no signatario:

“(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. (...), (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, (c) (...) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente

<sup>20</sup> Caso *Evans & Sutherland Computer Corporation c. Thomson - CSF S.A.*, adquirente de la sociedad que había suscripto el contrato con la cláusula arbitral (*Redifusión Simulation Ltd*).

La referencia al caso en cuestión la encontramos en: CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Op. cit.*; p. 129.

una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel)”<sup>21</sup>.

Por su parte, BAGOT y HENDERSON señalan que “tradicionalmente, existen cinco teorías del derecho de contratos que constituyen *excepciones a la obligación de suscripción del convenio arbitral*. Estas excepciones son principios del derecho contractual del common law, y específicamente incluyen: (1) agencia, (2) estoppel, (3) alter ego / levantamiento del velo, (4) incorporación por referencia, y (5) asunción”<sup>22</sup> (la cursiva es nuestra).

Por su parte SUÁREZ ANZORENA, en la exposición que realizó en Lima comentando la nueva Ley antes citada<sup>23</sup> hizo incluso una enumeración más amplia, aunque entendemos que varios de los supuestos están comprendidos bajo algunos de los rubros antes citados. Su enumeración incluye (1) incorporación por referencia, (2) asunción de la obligación de arbitrar, (3) representación o agencia, (4) descorrimiento velo alter ego/grupo de sociedades, (5) Estoppel/Equitable Estoppel, (6) cesión de contrato, (7) novación, (8) Sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia), (9) subrogación, y (10) tercero beneficiario.

No vamos a analizar todos los supuestos, sino los que consideramos más importantes. Pondremos algún énfasis y dedicaremos algo más de espacio en el más interesante, vinculado a los grupos de empresas y levantamiento del velo societario. En los casos que analicemos veremos el tema tanto desde la perspectiva del no signatario que pretende ser traído al arbitraje, como del anfitrión de la fiesta, es decir el signatario que pretende evitar la entrada de un supuesto no invitado.

### 5.1. Incorporación por referencia

Este supuesto es recogido doctrinaria y jurisprudencialmente como un supuesto de incorporación de partes no signatarias del convenio arbitral. Cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.

Sin embargo en la LGA este no es un supuesto de aplicación del artículo 14 porque está expresamente regulado en el

<sup>21</sup> CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. *Op. cit.*; p. 130.

<sup>22</sup> Traducción libre del siguiente texto:

*“Traditionally, there are five theories of agency and contract law that constitute exceptions to the signature requirement. The exceptions are common law principles of agency and contract, and specifically include: (1) agency, (2) estoppel, (3) alter ego/veil piercing, (4) incorporation by reference, and (5) assumption”.*

*Texto en:* BAGOT JR. Michael H. y HENDERSON, Dana A. “Not party, not bound? Not necessarily: Binding third parties to maritime arbitration”. En: *Tulane Maritime Law Journal*. Vol. 26. 2002. p. 436.

<sup>23</sup> Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.

numeral 6 de artículo 13 de la misma Ley, y que es objeto de un comentario distinto<sup>24</sup>.

## 5.2. Representación y Agencia

Un primer caso de aplicación es la incorporación al arbitraje del agente o representante de una empresa que si ha firmado el convenio arbitral. Por ejemplo una empresa extranjera utiliza como representante comercial o agente a una empresa local, la que supuestamente actúa para concretar la venta pero desarrolla una actividad que va más allá de esos alcances. Por ejemplo pasa a ejecutar directamente las obligaciones del contrato (sin estar formalmente obligada a ello) llegando en ocasiones a facturar directamente por la ejecución de las prestaciones a cargo de la empresa extranjera. Luego, cuando surge la controversia, el agente se niega a arbitrar sosteniendo que él no es parte en el contrato ni en el convenio arbitral, al no haberlo suscrito.

Otro alcance es el caso de la empresa que es autorizada por otra a usar sus marcas o imagen comercial y en base a dicho uso, autorizado y apoyado abiertamente por la empresa principal, consigue clientes. Si bien formalmente solo la franquiciada o agente comercial suscribe los contratos, en los hechos hay una participación activa de la titular de las marcas y la imagen comercial en la ejecución del contrato. En esos casos la principal podría ser incorporada al arbitraje.

En los casos reseñados no parecería necesaria la existencia de vinculación de propiedad (accionariado) entre las empresas, siendo suficiente su participación activa del agente principal o de la empresa franquiciante, en su caso.

Desde otra perspectiva el cliente tampoco podría negarse a la participación del agente o representante que gestionó directamente la ejecución del contrato y que no suscribe el convenio arbitral, si consintió y aceptó dicha gestión. Imaginemos que luego de ejecutada la entrega de las prestaciones, el cliente se niega a pagar y la empresa extranjera que firmó efectivamente el contrato pero que dejó que el agente lo ejecutara, tampoco reclama el pago. El agente podría usar la cláusula arbitral para reclamar el cumplimiento de la obligación o incluso participar en el arbitraje en el que la empresa extranjera y el cliente discuten, por ejemplo, la nulidad o el adecuado cumplimiento de las prestaciones ejecutadas.

## 5.3. *Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de Actos Propios*

Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Esta es una simple derivación de la doctrina conocida en el *common law* o en derecho internacional como *estoppel*, o en los ordenamientos de

<sup>24</sup> “Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral.- (...)”

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

origen romano germánico, como doctrina de los actos propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio, y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.

Pero hay casos más problemáticos. La empresa que con su conducta acepta que está obligada por los términos de un contrato al ejecutarlo y luego pretende oponerse al convenio arbitral contenido en ese mismo contrato.

Podríamos decir que la propia redacción del artículo 14 refleja su clara inspiración en esta doctrina. De hecho la redacción final parece reflejar todos los elementos exigidos para su aplicación. Así el artículo se refiere a una conducta determinante en alguna etapa de la vida del contrato y que cuyo actor pretende luego contradecir negándose a aceptar los términos del convenio arbitral al que dicho contrato está sujeto o ligado.

Y no es extraño entonces que el artículo 14 hable de la buena fe, que es el fundamento en nuestro sistema para la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre sólo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen

al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó.

La Doctrina de los Actos Propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar o negar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar o negar.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la

conducta originaria. A ello se refiere el artículo 14 cuando exige una participación activa y determinante en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

AUGUSTO MORELLO, al definir la Doctrina de los Actos Propios, señala<sup>25</sup>:

“El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado –según el sentido objetivo que de ella se desprende– confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”.

Son muchos los autores que se expresan en términos similares<sup>26</sup>.

El problema relevante se presenta en relación a dos conductas (una anterior y otra posterior) que pueden entrar en contradicción. Los tres requisitos básicos son entonces que:

- a. Existe una conducta original, que por su naturaleza, circunstancia y características genera una confianza en la otra parte que,

bajo el principio de buena fe, indica con claridad que se ha generado un vínculo (obligación) de seguir comportándose de la misma manera. Así si ha dado a entender que se encuentra vinculado por el contrato, la contraparte puede derivar que se encuentra también vinculado por el convenio.

- b. Existe una conducta posterior que entra en contradicción con la anterior. Así, la negativa a arbitrar entra en contradicción con la conducta que muestra a la parte como vinculado por el contrato.
- c. Ambas conductas son desarrolladas por el mismo centro de imputación, es decir por el no signatario.

Es importante sin embargo aclarar que la doctrina no se aplica solo al no signatario, sino a la parte signataria, que habiendo aceptado la participación de la no signataria en alguna de las etapas de la vida del contrato, pretende negar que esta última solicite o entre al arbitraje.

En síntesis, si los requisitos señalados se cumplen durante la ejecución de

<sup>25</sup> MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*, Librería Editorial Platense, 1985. p. 59.

<sup>26</sup> Por ejemplo Emilio BETTI (citado por DIEZ PICAZO, *Op. cit.*; p. 245) señala “*La buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever*”. (el subrayado es nuestro). LEHMANN (citado por DIEZ PICAZO, *Op. cit.*; p. 245) indica que “*La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitadas en la medida en que éste ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior*”. ALSINA ATIENZA (citado por BORDA, *Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 41) indica que la doctrina “*Se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad*”.

un contrato, y generan la expectativa razonable que la parte se sujetará a arbitraje, entonces deberá entenderse que la parte está vinculada a la obligación de arbitrar.

#### 5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades

Este supuesto es uno de los que el artículo 14 abre la puerta con mayor novedad y es uno de los más interesantes, pero a su vez uno de los más problemáticos. Por su naturaleza y complejidad, le prestaremos especial atención en este comentario.

El levantamiento del velo societario en el contexto de la existencia de un convenio arbitral plantea un doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia.

A ello se le añade el problema que, al inicio del arbitraje, aún no se han actuado

las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo e incorporar a la persona en cuestión como parte. Por eso los árbitros suelen verse forzados a tomar la decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No son pues casos fáciles bajo ningún punto de vista.

Este tipo de casos han generado un interesante pero a su vez poco precisa jurisprudencia en el campo arbitral, siendo la jurisprudencia francesa la pionera en la extensión de la cláusula arbitral a los no signatarios, conformantes del mismo grupo económico. Precisamente el caso francés “*Dow Chemical*” (Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain) constituye la doctrina principal en lo que a esta teoría se refiere<sup>27</sup>.

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias –no signatarias de un convenio arbitral– en la parte *demandante*, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París, (CCI) “no sólo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> La referencia al caso en cuestión la encontramos en REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBAY, Nigel y PARTASIDES Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Op. cit.; p. 241; en CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Op. cit.; p. 125. En: SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. Op. cit.; p. 61. En: *Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18-19 February 2005*. Singapore. pp. 10-11; entre otros.

<sup>28</sup> SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. Op. cit.; p. 62.

En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de arbitraje de la CCI.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, el Tribunal Arbitral determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

En ese sentido, atendiendo a los principios de “*unidad y realidad económica*” el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía “una única realidad económica (*“une réalité économique unique”*)” que debía tomar en consideración el tribunal arbitral al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral expresamente manifestó que “*la cláusula compromisoria*

*expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades* que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, *y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos* o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen”<sup>29</sup> (el subrayado es nuestro). En otras palabras, y en el lenguaje del artículo 14, las sociedades del grupo habían tenido una participación activa y de maneras determinante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación de los contratos.

Posteriormente el caso llegó a la Corte de Apelación de París la que se negó a anular la decisión del referido Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las terceras empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable. En efecto, la Corte de París señaló:

“Siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) *revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también*

<sup>29</sup> En: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBAY, Nigel y PARTASIDES Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Op. cit. p. 241.

*a ellas les resultaba aplicable*<sup>30</sup> (la cursiva es nuestra).

Como se ve la Corte, en la línea de nuestra LGA, plantea para resolver el caso que debe distinguirse el concepto de parte del concepto de signatarios. Se puede no haber firmado el convenio y aún así mantenerse como parte.

Posteriormente, otras decisiones de la ICC han ido desarrollando esta teoría, enfocando la misma hacia la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias –en calidad de demandados– dada la voluntad fraudulenta con la que fueron creadas. Así, en el caso No. 5103 de la ICC, se utilizó dicha teoría, con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales:

“Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y

aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo (...). *La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso*<sup>31</sup> (la cursiva es nuestra).

Más adelante, en el caso No. 5721 se reiteró el mismo concepto:

“En resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o el dominio de un accionista no pueden ser entendidas, por ellas solas, como razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo societario. Sin embargo, *cuando una sociedad o una persona natural aparece en el centro de las relaciones contractuales vinculadas a un caso particular, conviene examinar con detenimiento si la independencia de las partes no debe ser, excepcionalmente, descartada en favor de un juicio global. Tal excepción será aceptada cuando aparezca una confusión originada por el grupo o por el*

<sup>30</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Op. cit.; p. 241.

<sup>31</sup> Traducción libre del siguiente texto:

*Les trois sociétés demanderesses, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion*”.

ICC matter no. 5103, award of 1988. Citada en: SANDROCK, Otto, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en: [http://tdb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_content.php?page=pub\\_show\\_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000](http://tdb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000)



*accionista mayoritario*<sup>32</sup> (la cursiva es nuestra).

La figura indicada puede presentarse no solo cuando la vinculación es abierta y evidente, sino también cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, forma otras terceras empresas de “fachada”, con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales, como del alcance del convenio arbitral, determinando ello una clara voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por el ordenamiento.

Así, más complicada es la situación en que la vinculación no es abierta ni conocida, sino que es ocultada por medio del uso de testaferros. Sobre el particular, la profesora española HILDA AGUILAR GRIEDER ha manifestado, en relación a los procesos arbitrales, que “*la interposición de una persona, con la finalidad de escapar a los compromisos asumidos, o de quedar ilegalmente en la sombra, es un procedimiento fraudulento, que en ningún caso ha de merecer el amparo de los árbitros o de los jueces estatales*”<sup>33</sup> (la cursiva es nuestra).

En la misma línea TRAZEGNIES, comentando a SANDROCK señala:

“Como lo describe muy gráficamente el Profesor SANDROCK, “*Estas teorías sobre el desdoblamiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un strawman (...)* (en español, diríamos “testaferro”) que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria; por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su “santuario refugio” (save haven) para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la holding”<sup>34</sup> (la cursiva es nuestra).

<sup>32</sup> Traducción libre del siguiente texto:

“*En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsque une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire*”.

ICC matter no. 5721, award of 1990. Citada en: SANDROCK Otto, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en: [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_content.php?page=pub\\_show\\_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000)

<sup>33</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Edición Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, España, 2001. p. 325.

<sup>34</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *Op. cit.*; p. 17.

No podemos concluir, sin embargo, que la aplicación de la doctrina en cuestión puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones. Por el contrario, de la lectura y análisis de la doctrina y jurisprudencia citada, consideramos que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un *mismo grupo económico*; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una *voluntad de fraude común* a todas dichas empresas. De cumplirse estos requisitos, como veremos, es posible aplicar el artículo 14, pues puede derivarse una participación en la ejecución del contrato (o más concretamente para buscar la no ejecución del mismo) que en buena fe no debe permitir que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrado simultáneamente el arbitraje y la propia ejecución del contrato. Como ya dijimos el levantamiento del velo, en concordancia con el artículo 14, no es un acto de encontrar un tercero al cual traer al arbitraje, sino descubrir a una verdadera parte que se oculta bajo formas jurídicas que ocultan su verdadera naturaleza.

El primer objetivo que debe verificarse es la eventual relación entre las empresas o sociedades emplazadas, en el sentido que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Para estos efectos el tribunal arbitral

puede requerir a pruebas directas que demuestren la vinculación, pero también podrá recurrir a pruebas indiciarias que, correctamente aplicadas, lo lleven a concluir que la vinculación existe (directores o representantes en común, negocios similares desarrollados por ambas, transferencias continuas de activos, a veces a valores que no reflejan condiciones de mercado, etc.).

Sin embargo, ello no es suficiente y se debe demostrar también que detrás de dicho vínculo o dicha formación de empresas distintas existió una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es esa misma voluntad fraudulenta la que consintió en su momento en arbitrar el caso, y por tanto convierte en parte a todas aquellas entidades que actúan bajo esa voluntad.

Dichos elementos son claramente descritos por la doctrina, que al respecto ha señalado lo siguiente:

*“Doctrina del “Grupo de Empresas”.-*

*(...) Adicionalmente a los requisitos de “una realidad económica única” y “el ejercicio de un control absoluto sobre las empresas subsidiarias”, se tiene que debe existir un elemento de intención de “mala fe” o fraude contra una norma legal.*

*(...) Las Cortes generalmente van detrás de la personalidad jurídica de una empresa y se dirigen contra los miembros individuales de la misma, o ignoran la personalidad autónoma de cada empresa, en favor de “la unidad económica constituida por un grupo de empresas asociadas”<sup>35</sup> (la cursiva es nuestra).*

<sup>35</sup> Traducción libre del siguiente texto:  
“Group of Companies” doctrine.-

En el mismo sentido, LAMM también lo confirma:

“A. Una parte que no ha firmado un convenio arbitral puede ser obligado a participar en un proceso arbitral.-

Perforamiento del Velo Societario/  
Alter Ego

Las Cortes y Tribunales de EE.UU. ponderan qué nivel de afinidad entre la empresa matriz y sus subsidiarias justifica el “perforamiento del velo societario” y así considerar a una empresa responsable, legal y contablemente, por la acciones de otra. *Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada aisladamente, no es suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de*

*cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad. Por tanto, una empresa no-signataria que es considerada el alter ego de una empresa afín, la cual si firmó un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su alter ego (...)*<sup>36</sup> (la cursiva es nuestra).

TRAZEGNIES señala que “es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, *una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en*

---

(...) Generally speaking, in addition to the requirements of “one and the same economic reality” and “exercise of absolute power over its subsidiaries”, there has to be an element of fraud or “malafide” intention to defeat a statute or law.

(...) Courts usually go behind the corporate personality to the individual members or ignore the separate personality to the individual members or ignore the separate personality of each company, in favor of the “economic entity constituted by a group of associated companies”

Texto En: Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18 - 19 February 2005. Singapore, p. 28.

<sup>36</sup> Traducción libre del siguiente texto:

“A. *A related Party That Has Not Signed an Agreement to Arbitrate May Be Compelled or Permitted to Participate in an Arbitration.-*

“1.- *Piercing the Corporate Veil / Alter Ego.-*

*Tribunals and U.S. courts consider whether the level of intimacy of a corporate relationship between a parent and its subsidiary justifies “piercing the corporate veil” and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. Although the parent/subsidiary relationship alone is insufficient to obligate or permit a non-signatory to arbitrate a dispute, both U.S. courts and tribunals have pierced the corporate veil when a parent dominates and completely controls the subsidiary or in order to prevent fraud or other wrongdoing. Thus, a non-signatory corporation that is held to be the alter ego of an affiliate company that signed an arbitration agreement may be required to participate in an arbitral proceeding involving claims against its alter ego. (...)*”

Texto en: LAMM, Carolyn B. y AQUA, Joselyn A. “Defining the party - who is a proper party in an international arbitration before the american arbitration association and other international institutions”. En: *The Geo Wash Int’l L, Rev.* Vol. 34. 2002-2003. pp. 723-723

*materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia*<sup>37</sup>.

Finalmente resta señalar que, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad “alter ego” de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad –puesto que en realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad– y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas.

En ese sentido es perfectamente posible, si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos analizados, que una empresa o persona pueda ser incluida, bajo el artículo 14, como demandante o demandada en un arbitraje bajo la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario.

### **5.5. Contrato a Favor de Tercero**

Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato a favor de un tercero, sea bajo el artículo 1437 del Código Civil Peruano, o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje. Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

El artículo 14 da en el marco legal peruano una respuesta clara a ese problema. En el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato a favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da la naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado las partes, concientes de que existe un tercero que para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que éste se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado.

El caso más claro es el del contrato de seguro, ya analizado líneas arriba, en el que el beneficiario de la póliza, en caso a ser distinto al asegurado que suscribió el convenio arbitral, queda obligado a arbitrar si pretende exigir a la compañía aseguradora, el pago de un siniestro. Y la compañía aseguradora deberá aceptar someterse a arbitraje con el beneficiario así este no haya suscrito el convenio arbitral, porque sabía por la cobertura concedida que ese beneficiario podía exigir derechos o beneficios bajo un contrato sujeto a arbitraje.

La regla del artículo 14 es clara y tiene una redacción que se presta a una interpretación extensiva, al señalar que el convenio arbitral se extiende también

<sup>37</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. *Op. cit.*; p. 19.

a quien pretenda derivar “*derechos o beneficios*” del mismo. Así si quedara alguna duda si lo que se reclama es un derecho, basta que lo que se reclame beneficie a quien lo solicita, para que se le considere parte del arbitraje. La ley no ha querido que meras formalidades jurídicas la priven de eficacia para ampliar el ámbito del convenio arbitral.

Sin embargo otro problema surge sobre qué debe entenderse por “*pretendan derivar*”. Si estamos ante un contrato a favor de tercero, el artículo 1458 establece que el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Pero según dicha norma es necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho. Esta muy claro que si pretende cobrar el beneficio, tendrá que someterse a arbitraje. Pero ¿Qué pasaría si el estipulante demanda la nulidad del contrato cuando el beneficiario aún no ha manifestado su aceptación y por tanto nada nos indica que pretenda derivar el derecho o beneficio a su favor? Si bien parecería que de no haber comunicado su aceptación no ha pretendido ejercer el derecho o beneficio, y por tanto se podría sostener que no ha consentido en el arbitraje, parece que en buena fe lo que corresponde es que se le cite al arbitraje para que exprese si quiere defenderse o no en el mismo, a fin de preservar un derecho que ya existe según la ley así él no haya querido ejercerlo aún.

## 5.6. Acción Oblicua

Sin embargo, no siempre el beneficio que se pretende derivar de un contrato proviene de un contrato a favor de tercero. Podríamos estar en el caso de la acción oblicua, contemplada en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil<sup>38</sup>, que faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción o de defensa, los derechos de su deudor.

Asumamos que A le debe a B y B le debe a C. C podría ejercer las acciones de cobranza que B tiene contra A de acuerdo al artículo 1219. La pregunta es si en el contrato del que se deriva la deuda de A a B existe un convenio arbitral ¿puede C acudir a arbitraje por más que no ha suscrito ni el contrato ni el convenio arbitral? Y de ser así ¿Está obligado A a aceptar arbitrar con C con quien no ha firmado convenio arbitral alguno, pues su convenio se limita a vincular a A con B?

La respuesta a esas preguntas no es fácil. Sin embargo es más sencillo sostener que C podrá ser forzado a ir a arbitraje con A (y con citación a B como lo indica el propio artículo 1219). Finalmente la situación cae dentro del artículo 14 de la LGA, pues C pretende derivar un beneficio o ejercer un derecho contemplado en el contrato entre A y B, y de acuerdo a los términos del mismo.

Pero no es tan claro si A puede ser forzado a arbitrar con C, si C lo demanda

<sup>38</sup> Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:  
(...)

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. (...).

ante un tribunal arbitral, pues él solo había consentido arbitrar con B, no con C. Siempre se podrá decir, sin embargo, que quien contrae una obligación sabe que está sujeto a la posibilidad de poder ser demandado por los acreedores de su acreedor, y si tiene una cláusula arbitral, que cualquier acreedor podría hacer uso de la misma. Si bien la situación no es del todo clara y corresponderá a la jurisprudencia definir los alcances con los que se interpretará el artículo 14 en estos casos, nos inclinamos a que tal demanda es posible porque estamos frente a una obligación que, en su origen, las partes querían arbitrar. En todo caso, si las partes querían que solo se arbitrara entre ellas, podrán así indicarlo en el propio convenio, pacto que a nuestro entender es perfectamente válido y recomendable para quien no quiere encontrarse en tal situación (arbitrando con alguien distinto a su acreedor) bajo el artículo 14.

Por supuesto que de este tipo de casos surgen infinidad de preguntas que por razones de espacio no podemos abordar. Por ejemplo ¿a quién corresponderá nombrar al árbitro en caso que se demande arbitralmente a A? ¿Debe ser B o C o los dos de común acuerdo? Sin duda el artículo 14 ha abierto muchas posibilidades, pero también nos trae muchos problemas nuevos.

### **5.7. Cesión, Novación y Subrogación**

Finalmente vamos a abordar los problemas derivados de diversos mecanismos de sustitución de deudores o acreedores en contratos. Los supuestos son varios: novación subjetiva, cesión de derechos o de crédito, cesión de

posición contractual o subrogación legal o convencional.

Uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14. Puede decirse que cuando cede o nova un crédito o un contrato, el entrante a la relación está teniendo una participación activa y determinante en la ejecución de un contrato. O puede también decir que está pretendiendo ejercer derechos y beneficios derivados de dicho contrato. Y la verdad es que ambas interpretaciones son posibles y sostenibles.

Somos de opinión que en principio, en todos estos supuestos, se puede invocar el artículo 14 y con ello un no signatario podría entrar al arbitraje, aunque siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada situación.

El caso más claro es la cesión de posición contractual, donde todos los que intervienen aceptan el cambio de partes y no se ajustaría a la buena fe que alguno tratará de rechazar luego la aplicación del convenio arbitral, salvo, claro está, que no lo hubiera conocido o podido conocer. Algo similar se podría decir en la novación convencional. En estos casos no parece lógico invocar la separabilidad del convenio arbitral sosteniendo que se cedió o novó el contrato pero no el convenio. La separabilidad del convenio es un mecanismo de protección del mismo, no un mecanismo para mediatizar sus alcances. Y en eso creemos que el espíritu del artículo 14 es bastante claro.

Más complicado es el caso de la cesión de derechos o de créditos o la subrogación. Del lado del cesionario,

creemos que el mismo, en tanto haya podido por la operación conocer el convenio, está obligado a respetarlo. Y en el caso del cedido, dado que el crédito original estaba sometido a arbitraje y sabía que por ley o convenio tal cesión o subrogación podría ocurrir, parece lógico presumir que también debe respetar el convenio arbitral esta vez con quien entra en la relación. En todo caso los pactos arbitrales podrán limitar esa posibilidad, pero como en casos anteriores consideramos que la interpretación debe ser a favor del arbitraje. De hecho una regla distinta permitiría conductas dirigidas a mediatizar el pacto arbitral por la vía de realizar cesiones de créditos o de derechos a fin de sustraerse a la competencia de los árbitros.

La intención del artículo 14 ha sido ampliar el campo de juego del arbitraje y darle al convenio arbitral mayor eficacia. Es bajo ese espíritu que creemos el artículo debe ser interpretado. Pero sin duda será la jurisprudencia arbitral y judicial la que finalmente definirá los alcances en este tipo de situaciones.

## **6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 A ARBITRAJES EXTRANJEROS**

Si bien el tema es objeto de otro comentario, creemos importante hacer una muy breve referencia a lo que establece el artículo 1ro, numeral 2 de la LGA en cuanto a la aplicación del artículo 14 a arbitrajes extranjeros.

Dentro de la estructura monista de la Ley, es muy claro que el artículo 14 se aplica tanto para arbitrajes domésticos como a arbitrajes internacionales, entendiéndose por

estos últimos aquellos casos en el que el lugar de arbitraje sea el Perú de acuerdo al artículo 5 y por tanto sea aplicable la LGA.

La regla general es entonces que la LGA no se aplica a arbitrajes extranjeros, que son aquellos cuyo lugar de arbitraje sea distinto al Perú y por tanto no se aplique la LGA peruana. En esos casos será, de ordinario, aplicable la Ley arbitral del lugar del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 14 se encuentra entre los pocos casos en que el artículo 1ro de la LGA considera aplicable algunas de sus normas a arbitrajes extranjeros. Evidentemente ello no significa que los tribunales arbitrales que resuelvan casos en lugares distintos (como Buenos Aires o Miami) tengan que aplicar la LGA peruana para definir el alcance del convenio arbitral.

La inclusión del artículo 14 tiene por objeto que los principios en él incluidos sean relevantes en caso de reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en el Perú. En esos casos las Cortes peruanas no podrán dejar de reconocer un laudo que condena a una parte no signataria, si el laudo aplica principios consistentes con el artículo 14. En ese sentido la LGA ha querido que las ventajas sobre extensión del convenio arbitral (nótese que también se incluye el artículo 13 de la LGA entre las normas aplicables a arbitrajes extranjeros) que reconoce que los principios aplicables a arbitrajes nacionales o internacionales sujetos a su texto se extiendan a laudos dictados bajo leyes distintas, en cuanto tengan que ser reconocidos y/o ejecutados en el Perú. Con ello nuestra Ley se enmarca entre las más modernas existentes, al extender su flexibilidad también a laudos que no se dictan dentro de su ámbito.





---

# PORTUGAL

---



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

SOFIA MARTINS (\*\*)  
JOÃO VILHENA VALÉRIO (\*\*)  
PAULA ADREGA FLOR (\*\*)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. De la decisión asíncrona de la condena y su determinación. 2.1. De las sentencias de condena genérica. 2.2. De la determinación de sentencias de condena genérica. 3. Del intento de compatibilidad del régimen jurídico de la determinación de sentencias arbitrales con el régimen jurídico del arbitraje voluntario. 3.1. Del supuesto agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros. 3.2. De la caducidad de la convención de arbitraje. 3.3. De los argumentos de orden pragmático. 3.4. Metodología propuesta para la determinación del tribunal competente para la determinación. 4. Por un régimen jurídico de la determinación de sentencias arbitrales conciliador con el arbitraje. 4.1. De la importancia de la redacción de la convención de arbitraje. 4.2. De la necesidad de modificación legislativa 5. Consideraciones finales.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las sentencias de condena genérica son una práctica adoptada en Portugal tanto por parte de los tribunales de justicia como por los tribunales arbitrales.

Esta *praxis* está basada en diversas causas, principalmente en la manifiesta complejidad de los casos o la imposibilidad de fijar los hechos lo suficiente para la determinación en el momento del fallo de la sentencia o, incluso, la necesidad de una cuantificación más rigurosa<sup>1</sup>.

(\*) En el presente artículo se utilizarán, sin perjuicio de que se puedan definir otras a lo largo del texto, las siguientes abreviaturas: Ley del Arbitraje Voluntario - Decreto-Ley N.º 31/86, del 29 de agosto, modificado por Decreto-Ley N.º 38/2003, del 8 de marzo - ("LAV"); Código de Proceso Civil ("CPC"); Código Civil ("CC"); Revista de la Orden de Abogados ("ROA"); Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI"); Ley-Modelo de la CNUDCI referente al Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las modificaciones introducidas en 2006 ("Ley-Modelo"); Asociación Portuguesa de Arbitraje ("APA"). Además, todas las traducciones de citas de autores portugueses son responsabilidad de los autores.

(\*\*) Abogados en la firma Uría Menéndez Abogados, S.L.P. - Sucursal en Portugal, Lisboa, Portugal.

<sup>1</sup> Cfr. 2.1. *infra*.

Dicha práctica es común, e incluso muchas veces conveniente<sup>2</sup>, en la medida en que el tribunal, considerando que se reúnan las condiciones para condenar a una de las partes, puede emitir una decisión que vincula a las partes, independientemente de la determinación concreta de la condena, que se dejará para un momento posterior.

Sin embargo, cuando la ejecución de una sentencia depende de su liquidez, las partes, salvo los casos no infrecuentes de que lleguen a un acuerdo sobre el *quantum*, tienen que promover la determinación<sup>3</sup> de dicha sentencia.

En el caso de las sentencias judiciales, la determinación de sentencias de contenido condenatorio genérico no conlleva problemas graves, y debe ser realizada por el tribunal que dictó sentencia mediante la renovación de la instancia extinta con el fallo de la sentencia de condenación genérica.

Respecto a las sentencias arbitrales, la ley, así como la doctrina que la comenta, parece apuntar en el sentido de que la determinación debe realizarse por los tribunales de ejecución.

No obstante, y teniendo en cuenta que el recurso al arbitraje se fundamenta

en la voluntad de las partes expresada en convención de arbitraje, y siendo la misma voluntad que opera la transferencia de competencias para los árbitros dentro de los límites de la ley, nos preguntamos si hay que considerar aceptable, a la luz de las reglas y principios aplicables al arbitraje voluntario que, por opción legislativa –y no por voluntad de las partes– la determinación de sentencias arbitrales compete a los tribunales de ejecución.

Aún más, es importante también tener en cuenta que la LAV portuguesa prevé un régimen muy semejante para los arbitrajes domésticos, internos e internacionales, por lo que es muy probable que los errores en el régimen interno se transmitan al régimen aplicable a los arbitrajes internacionales con sede en Portugal, situación que hay que tener en cuenta si Portugal pretende aspirar a ser sede de arbitrajes internacionales.

En la medida en que vemos en el arbitraje voluntario un medio relevante de resolución extrajudicial de controversias, tanto en el ámbito interno como en el internacional, en el presente texto queremos mostrar una interpretación del régimen jurídico de la determinación de laudos arbitrales que sea lo más favorable

<sup>2</sup> Señalamos una de las ventajas asociadas al mecanismo, denominado así en los sistemas de *common law*, de *bifurcation*, REDFERN, Alan y Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Tercera Edición. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p. 381, donde los autores afirman que “[i]f it is possible to disentangle issues of principle from issues of quantum, it is often worth doing. A decision by an arbitral tribunal on certain issues of principle in a dispute may well encourage the parties to reach a settlement on quantum. They are usually well aware of the costs likely to be involved if the arbitral tribunal itself has to go into the detailed quantification of a claim, a process that often involves taking evidence from accountants, technical experts and others”.

<sup>3</sup> Nos referimos, en particular, a la determinación que no dependa de un simple cálculo aritmético, ya que solo en esos casos podrá entrar en causa el ejercicio del poder jurisdiccional.

posible con el arbitraje, es decir, que no imponga restricciones injustificadas a la autonomía privada y que no deshabilite las virtudes que están asociadas a la elección del arbitraje como medio alternativo de composición de litigios<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta este propósito, así como las dificultades de compatibilidad existentes entre el régimen vigente y las aspiraciones del arbitraje voluntario, analizaremos también la relevancia que la convención de arbitraje voluntario -piedra angular del arbitraje voluntario- podrá tener (en ausencia de modificaciones legislativas de las que la presente realidad carece) en la superación de dichas dificultades y en la defensa de las virtudes que están asociadas al recurso al arbitraje.

En este sentido intentaremos, en primer lugar, circunscribir los fundamentos que inducen a la decisión asíncrona de la condenación y de la determinación, así como describir el régimen jurídico portugués vigente relativo a la determinación. A continuación, intentaremos compatibilizar el régimen de la determinación de sentencias arbitrales de condenación genérica con el régimen jurídico del arbitraje voluntario, tanto mediante la vía interpretativa como

por la vía de la redacción de la convención de arbitraje, o incluso a través de la propuesta de soluciones *de jure condendo*. Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones en cuanto al papel de la convención de arbitraje en la compatibilidad del régimen portugués de la determinación con los principios que rigen el arbitraje voluntario.

## 2. DELADECISIÓNASÍNCRONA DE LA CONDENA Y SU DETERMINACIÓN

### 2.1. De las sentencias de condena genérica

Una sentencia de condena puede tener contenido genérico siempre y cuando no sea posible, en el momento de la condena, definir su *quantum* tanto por la insuficiencia de elementos fácticos que permitan calcular esta cantidad como por la manifiesta complejidad de la causa, e incluso por la ausencia o insuficiencia de pruebas producidas en el proceso.

La ley portuguesa prevé y admite la formulación de solicitudes genéricas por las partes siempre que se realicen en circunstancias específicas<sup>5</sup>. Y esto

<sup>4</sup> Utilizamos la expresión “resolución alternativa de litigios” porque es la expresión que mayor unanimidad ha alcanzado en esta materia. No obstante, tenemos en cuenta las observaciones de PAULA COSTA E SILVA, autora que defiende que en lugar de esta expresión se debería utilizar “Medios Extrajudiciales de Resolución de Litigios”, en la medida en que debe tratarse de un juicio de adecuación que deberá regir la elección entre los diversos medios de composición de litigios (judiciales y extrajudiciales), y no la pretensión de buscar una vía alternativa a la morosidad de los tribunales judiciales. La autora llama la atención sobre la imponente idea de *multi-door court* para describir la relación que debe subyacer a los diversos medios disponibles para la composición de litigios. Cfr. COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 34 y ss.

<sup>5</sup> La ley portuguesa admite que, en caso de solicitud de indemnización, el autor no formule una solicitud específica del *quantum* o, si lo hace, que reclame una cantidad más elevada en caso de que verifique que los daños fueron superiores a los inicialmente previstos (conforme

es comprensible ya que sólo de este modo se garantiza la tutela judicial efectiva a todos los titulares de derechos o expectativas jurídicamente atendibles y no cuantificables, independientemente de la previa determinación de su *quantum*.

Así, el CPC portugués, en su artículo 661º, n. 2, afirma que “si no hubiera elementos para establecer el objeto o la cantidad, el tribunal condenará en lo que vaya a ser rebajado, sin perjuicio de condena inmediata en la parte que ya esté liquidada”.

Según LEBRE DE FREITAS<sup>6</sup>, “el art. 471-1-b CPC admite la propia solicitud genérica, no sólo cuando el autor no pueda todavía determinar definitivamente las consecuencias del acto ilícito, sino también cuando pretenda utilizar la facultad del art. 569º CC<sup>7</sup>, es decir, la facultad de no indicar la cantidad exacta en que evalúa el daño, aunque ya sea posible su cálculo cuantitativo. (...); esta es la interpretación racional, teniendo en cuenta el principio de la prevalencia de la verdad material: probado el daño, pero no probados los hechos que permiten establecer su extensión, habiéndose

cuantificado la obligación de indemnizar, el procesado debe ser condenado, ya que su responsabilidad no deja lugar a dudas; pero, ante la imposibilidad de la inmediata determinación de la obligación, hay que posponerla a otro momento, que necesariamente procederá en la fase de ejecución”.

En palabras de LEBRE DE FREITAS, el recurso a este precepto “puede suceder tanto en los casos en los que se deduce una solicitud genérica no liquidada posteriormente (...) como en aquellos en los que la solicitud se presenta determinada, pero los hechos constitutivos no están probados”<sup>8</sup>. Tal y como destaca este autor, “puede suceder que, durante el proceso, los hechos probados, aunque deriven en la condena del procesado, no permitan concretar totalmente la prestación debida”.

Por lo tanto, resulta evidente que sólo en casos excepcionales en los que, aunque se prueben los hechos que determinan la condena, no sea posible calcular, en ese momento, el alcance de los daños y su cuantificación, será admisible por el

---

el artículo 569º del CC). Las solicitudes genéricas también se admiten en los términos de los artículos 471º y 472º, ambos del CPC, en los siguientes casos: (i) cuando el objeto mediato de la acción sea una universalidad, de hecho o de derecho; (ii) cuando no sea aún posible determinar de modo definitivo las consecuencias del acto ilícito; (iii) cuando el establecimiento de la cantidad esté pendiente de prestación de cuentas o de otro acto que deba ser practicado por el procesado, y; (iv) tratándose de prestaciones periódicas, cuando el deudor deje de pagar las prestaciones que vencieron mientras la obligación subsista.

<sup>6</sup> LEBRE DE FREITAS, José. “Competência do Tribunal de Execução para a Liquidação da Obrigação no caso de Sentença Genérica Arbitral”. En: Lisboa: ROA, Año 66, Vol. I, 2006, p. 121.

<sup>7</sup> El artículo 569º del CC prevé que “[q]uien exija la indemnización no necesita indicar el importe exacto en que evalúa los daños, ni el hecho de haber solicitado una determinada cantidad impide, en el transcurso de la acción, reclamar una cantidad más elevada si el proceso acaba por revelar daños superiores a los que fueron inicialmente previstos”.

<sup>8</sup> LEBRE DE FREITAS, José. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora 2001, p. 648.

tribunal condenar en una cantidad que será liquidada posteriormente.

Por su lado, ALBERTO DOS REIS, afirma que esta norma legal puede aplicarse en determinados casos: “El tribunal se encuentra ante esta situación: ha comprobado que el procesado no cumplió una obligación determinada o ha practicado un acto ilícito; es decir, reconoce que tienen que condenarle (...)”<sup>9</sup>.

Esto significa que sólo se admitirá recurso a la determinación cuando exista una previa y efectiva condena, es decir, cuando el tribunal reconozca que existen suficientes pruebas para sostener dicha condena. Además, una vez probada la existencia de daño, e independientemente del cálculo de su alcance, se deberá dictar condena de forma inmediata.

De hecho, a pesar de que el artículo 661º, n. 2, del CPC es aplicable a solicitudes específicas y genéricas, se presupone que para aplicarse no debe haber elementos para la condena específica. De ahí que la previsión de este precepto sea la siguiente: “Si no hubiera elementos para fijar el objeto o la cantidad (...)”.

A esto se refiere ALBERTO DOS REIS cuando afirma que esta normativa “se aplica cuando se ha formulado inicialmente una solicitud genérica y no ha sido posible convertirla en solicitud específica

(...), así como cuando se ha formulado inmediatamente una solicitud específica pero no se han llegado a reunir datos suficientes para fijar con precisión y seguridad el objeto o la cantidad de la condena”<sup>10</sup>. En este contexto, afirma también que “[el] juez no debe dictar condena indeterminada por el espíritu de comodidad u obedeciendo a la ley del mínimo esfuerzo; sólo hará uso de ella cuando el proceso de declaración no le proporcione los elementos indispensables para emitir condena determinada”<sup>11</sup>.

De ello se deduce que la determinación tendrá lugar sólo cuando no haya sido posible reunir datos para fijar la cantidad de la condena, no sirviendo para aquellas situaciones en las que, a pesar de ser posible el cálculo de los daños, no se haya efectuado por “comodidad” o por la “ley del mínimo esfuerzo”.

Sin embargo, admitir este tipo de condenas puede acarrear también algunos efectos nocivos ya que éstas implican cierta indefinición e incertidumbre en cuanto al momento y modo de su concreta determinación.

Por un lado, dado que la ley vigente en Portugal presupone, en casos de fallo de una sentencia de condena genérica, el desencadenamiento de un incidente ulterior de determinación<sup>12</sup> (el cual, en

<sup>9</sup> DOS REIS, Alberto. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. V. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 71-72.

<sup>10</sup> De igual modo, DA COSTA, Salvador. *Os incidentes da Instância*. Quarta Edição. Lisboa: Almedina, 2006, p. 280, donde afirma que “si el autor o procesado reconviniendo no puede deducir el incidente de determinación por falta de elementos de concreción y la sentencia condena en objeto o montante ideterminado (...)”.

<sup>11</sup> DOS REIS, Alberto. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. V. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 71.

<sup>12</sup> Conforme señalaremos más detalladamente en el capítulo 2.2 *infra*.

algunas situaciones, se podrá dejar a cargo de árbitros<sup>13</sup>), dicho procedimiento implicará un consiguiente y necesario retraso en la obtención de una sentencia definitiva y ejecutable que las partes desean sea rápida y eficaz.

Por otro lado, la realidad fáctica apreciada por el juez que sigue el proceso, donde se discute el mérito y sustancia de la causa, debería serlo de forma integral, es decir, el juez que lleva el caso debería tener acceso universal a toda prueba producida y a todos los hechos relatados durante la tramitación procesal. Sin embargo, el fallo de sentencias de condena genérica, al implicar un fallo posterior de decisión relativo a la cuantificación, podrá acarrear simultáneamente una apreciación fragmentada de una misma realidad que se concretará en “procesos” distintos (en el proceso principal, donde se decide el fondo de la causa y, de nuevo, en el procedimiento de determinación de la obligación genérica que derivó de la condena previa).

Como consecuencia, la determinación puede llevarse a cabo sin un análisis suficientemente minucioso y riguroso de los hechos conocidos en el juicio (y ya valorados en la causa principal).

También hay que añadir que cuanto mayor es el periodo transcurrido entre el fallo de la sentencia de condena genérica y la conclusión del incidente de determinación,

mayor es el riesgo de que los hechos sean valorados de forma distinta.

Es más, la cuantificación en fase ulterior acarreará siempre uno de estos inconvenientes: o el atraso en el fallo de la decisión de cuantificación y, con posterioridad, de una decisión definitiva<sup>14</sup>, justificado por la necesidad de reconsiderar los hechos y pruebas que previamente se valoraron; o la obtención de una decisión precipitada y desproporcionada, aunque dictaminada en un plazo de tiempo razonable.

El problema se agrava en el caso de las condenas genéricas dictaminadas en sede arbitral, ya que las reglas previstas en el CPC para la determinación no son fácilmente compatibles con los principios y normas que dan forma a un sistema de resolución de litigios que pretende ser alternativo y *desjudicializado*.

Por lo tanto, es necesario prestar atención al régimen de determinación de sentencias de condena genérica consagrado en la legislación portuguesa vigente.

## 2.2. De la determinación de sentencias de condena genérica

La resolución de las cuestiones arriba enunciadas es importante de cara a la problemática emergente del régimen procesal civil aplicable a la determinación<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Vide respecto a ello el artículo 805º, n. 6 del CPC.

<sup>14</sup> A propósito del carácter definitivo de las decisiones arbitrales vide capítulo 3.1 *infra*.

<sup>15</sup> Es un procedimiento de determinación que permite fijar el *quantum* de la condena. Se debe resolver de manera autónoma a cualesquiera cuestiones que se discutan en el juicio, dado que se destina única y exclusivamente a dicha cuantificación, y resulta ajeno a cualesquiera valoraciones vertidas sobre los motivos de la causa.



de obligaciones resultantes del fallo de sentencias condenatorias de carácter genérico.

Definimos conceptualmente determinación como el *procedimiento destinado a la instauración de una cantidad que aún no está calculada* y que podrá llevarse a cabo tanto en sede declarativa como ejecutiva. Sólo su conclusión permitirá la ejecución de una determinada condena.

Puesto que el concepto de determinación y el ámbito en que ésta se puede exigir se encuentran conceptualmente delimitados, es necesario un análisis exhaustivo del régimen procesal vigente en Portugal.

Veamos, por tanto, en términos genéricos cómo opera el incidente de determinación:

### 2.2.1. En sede declarativa

En el ámbito de una acción declarativa, la legislación portuguesa en vigor prescribe que “[a]ntes de comenzar la discusión de la causa, el autor deducirá, siempre que sea posible, el incidente de determinación para hacer determinada la solicitud genérica, cuando éste se refiera a una universalidad o a las consecuencias de un acto ilícito”<sup>16</sup>.

De hecho, la normativa legal en cuestión obliga a que, en el transcurso de la causa y en un momento previo al inicio de su discusión, el autor proceda a la cuantificación de la solicitud deducida (que se realiza mediante un incidente declarativo propio, que se tramita independientemente de la causa principal) y esta solicitud debe estar especificada en el momento del fallo de la sentencia que pone fin al litigio.

No obstante, y a título meramente excepcional, el incidente de determinación podrá, bajo determinadas circunstancias, deducirse tras el fallo de la sentencia de condena genérica (“en los casos en que la ley especialmente lo determine o las partes así lo convengan”<sup>17</sup>). En efecto, una vez terminado el juicio y dictaminada la sentencia de condena “el poder jurisdiccional del juez en materia de la causa se habrá agotado”<sup>18</sup>. Sin embargo, cuando la determinación tenga que efectuarse *a posteriori*, la instancia que se extinguió con el juicio y el fallo de la sentencia se considera, de este modo, renovada al abrigo de lo dispuesto en el n. 2 del artículo 378º del CPC. De este modo, la ley admite el fallo de sentencias condenatorias de carácter genérico siempre y cuando exista previsión legal expresa<sup>19</sup> o acuerdo entre las partes, y siempre en el supuesto de que no sea posible dictaminar una condena específica.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 378º, n. 1, del CPC.

<sup>17</sup> Cfr. artículo 380º-A, n. 1 del CPC.

<sup>18</sup> Cfr. artículos 666º, n. 2 y 287º, apartado a), ambos del CPC.

<sup>19</sup> Tal como resulta, a modo de ejemplo, de lo preceptuado en el artículo 661º, n. 2 del CPC, que establece que “[s]i no hubiera elementos para fijar el objeto o la cantidad, el tribunal condenará en lo que vaya a ser liquidado, sin perjuicio de condena inmediata en la parte que ya sea determinada”.

En cualquier caso, es el autor de la acción (el interesado) el responsable de promover la determinación de la obligación y debe concluir por una solicitud de cantidad verosímil<sup>20</sup>.

### 2.2.2. En sede ejecutiva

En sede ejecutiva el procedimiento destinado a la determinación adquiere otras formas. La interposición de una acción ejecutiva presupone la existencia de un título ejecutivo del que resulte necesariamente una obligación cierta, determinada y exigible. La determinación de la obligación pendiente de ejecución, que permite la cuantificación del objeto en el ámbito de la ejecución (y, por consiguiente, la delimitación del patrimonio deudor a ejecutar), compete a quien instaura la respectiva acción y es responsable de concluir el requerimiento ejecutivo con un pedido determinado, so pena de rechazo liminar del mismo por la secretaría judicial<sup>21</sup>.

Esta determinación del *quantum* se podrá realizar mediante un simple cálculo aritmético, a través de la especificación de valores que se consideran relevantes para la prestación debida, o también puede no depender de un simple cálculo aritmético, siempre que esté basada en hechos que puedan ser controvertidos.

En palabras de RUI PINTO<sup>22</sup>, “La determinación realizada mediante un

simple cálculo aritmético se basa en hechos que, o bien están abarcados por la seguridad del título ejecutivo, o bien son hechos notorios o de conocimiento oficioso”, por lo que “el autor no tiene que alegar dichos hechos a efectos de prueba (...), lo que no quiere decir que no puedan ser impugnados en sede de oposición a ejecución”.

De otro modo, la “determinación que no depende de un simple cálculo aritmético, aunque implique también por definición un cálculo aritmético, está basada en hechos que, como no están abarcados por la seguridad del título ejecutivo, o no son notorios o de conocimiento oficioso, son de recurso factible. Como tales, carecen de un pronunciamiento judicial, al tener lugar en procedimiento declarativo propio –el incidente de determinación–, en el que el acreedor tiene la responsabilidad de indicar el valor que le parece adecuado a los hechos, y el deudor es el responsable de recurrir tanto los hechos como la cuantía”.

De cualquier modo, lo cierto es que en el requerimiento jurídico tiene que constar siempre y necesariamente una petición determinada.

Teniendo en cuenta que existen regímenes distintos que regulan la competencia para la determinación de obligaciones genéricas, y considerando que su determinación es imprescindible para promover la ejecución de dichas

<sup>20</sup> Cfr. artículo 379º, n. 1 del CPC.

<sup>21</sup> En los términos expresados por los artículos 811º, n. 1, apartado a), 810º, n. 3, apartado c) y 805º, n. 1, todos del CPC.

<sup>22</sup> PINTO, Rui. *A Acção Executiva depois da Reforma*. Lisboa: JVS, 2004, p. 45.

obligaciones, es esencial evaluar cuál es el régimen aplicable cuando el título ejecutivo sea una sentencia arbitral, y asegurar que aquél es compatible con lo dispuesto en la LAV.

Este ejercicio ha sido llevado a cabo por la doctrina y por la jurisprudencia portuguesas, en virtud de la ley procesal vigente en cada momento, y ha generado cierta controversia en lo que concierne a la compatibilización de las normas procesales aplicables con los principios que rigen el arbitraje voluntario, impidiendo así que se formase una opinión pacífica y unánime al respecto. Veamos, pues, cómo se ha llevado a cabo este recorrido.

### 2.2.2.1. *Hasta 2003*

Hasta la reforma legislativa de 2003, la solución normativa consagrada en Portugal preveía que el incidente de determinación fuera realizado siempre por los tribunales de ejecución, entendiéndose que era a ellos a quienes correspondía efectuar la determinación de la obligación de contenido genérico en la fase liminar de la ejecución. Así, siempre y cuando la cuantificación no se realizara en el transcurso del proceso declarativo por los motivos anteriormente expuestos<sup>23</sup>, el tribunal condenaría por cantidad “a determinar en ejecución de sentencia”<sup>24</sup>.

Una vez que estuvo consagrado el principio de equiparación de las decisiones

arbitrales a las sentencias judiciales, la determinación de condenas genéricas (tanto si las dictaminaban árbitros como magistrados judiciales) siempre se realizaría en sede ejecutiva.

### 2.2.2.2. *La reforma de 2003*

Con la reforma de 2003, la ley portuguesa pasó a admitir la realización del incidente de determinación en sede declarativa, mediante la renovación de la instancia ya extinta<sup>25</sup>—siempre que el título ejecutivo fuera una sentencia o decisión equiparada—.

En virtud de dicha redacción, se discutía si la intención del legislador habría sido la de aplicar indistintamente a sentencias judiciales y decisiones arbitrales el régimen de la determinación en sede declarativa, relegando la determinación de obligaciones fundadas en otros títulos extrajudiciales para la instancia ejecutiva.

A pesar de que parece que resulta claro cuál es el tribunal competente para la apreciación del incidente de determinación relativo a obligaciones pendientes de ejecución fundadas en títulos extrajudiciales, no resulta tan evidente cuál es el procedimiento a adoptar en cuanto a la determinación de obligaciones genéricas derivadas de la condena dictaminada en sede arbitral, conforme demostraremos a continuación.

<sup>23</sup> Vide capítulo 2.1 *supra*.

<sup>24</sup> En los términos de la redacción del artículo 661º, n. 3 del CPC, en la versión introducida por el Decreto Ley 329-A/95, del 12 de diciembre.

<sup>25</sup> Cfr. artículo 378º, n. 2 del CPC, introducido por el Decreto-Ley 38/2003, del 8 de marzo.

Una de las soluciones posibles, señalada sobre todo por la jurisprudencia, fue la de comprender que la referencia al artículo 378º, n. 2 del CPC, que prescribe que “el incidente de determinación puede deducirse una vez dictaminada la sentencia de condena genérica, en los términos del n. 2 del artículo 661º y, en caso de que se admita, la instancia extinta se considera renovada”, se aplicaría en el caso de decisiones arbitrales no cumplidas, siendo admisible la renovación de la instancia arbitral para la apreciación del incidente de determinación.

En este sentido, hay que prestar atención al contexto de la resolución dictaminada por unanimidad por el *Tribunal da Relação* de Lisboa<sup>26</sup>, donde se puede leer que “si la determinación de la obligación no depende de un simple cálculo aritmético, y si ha habido condena genérica al abrigo del n. 2 del artículo 661º del CPC, la sentencia sólo constituye título ejecutivo tras la determinación en el proceso declarativo, conforme a lo dispuesto en el n. 5 del artículo 47º del CPC. Esto significa que, antes de la instauración de la acción ejecutiva, el acreedor debe deducir el incidente de determinación para determinar la condena genérica, renovando la instancia declarativa extinta (artículo 378º, n. 2 del CPC)”.

Este tribunal considera que el régimen de ejecución definido para sentencias judiciales tiene que ser igualmente aplicado a la ejecución de

laudos arbitrales de contenido genérico, y no se contempla motivo alguno que justifique la sumisión de dichos títulos a regímenes procesales distintos.

Por ello, se entiende que “el hecho de que la circunstancia del título ejecutivo corresponda a un laudo arbitral no altera la aplicación del régimen aplicable a sentencia. Por este motivo, si la decisión arbitral ha condenado en términos genéricos, al abrigo del n. 2 del artículo 661º del CPC, el acreedor, para conferirle ejecutabilidad, necesita previamente deducir el incidente de determinación en el respectivo tribunal arbitral, en términos de lo dispuesto en el n. 2 del artículo 378º del CPC, con la aplicación del régimen específico previsto en el art. 380º-A del CPC”.

Este tribunal concluye que “además de no justificarse un régimen diferenciador del de la sentencia, la extinción del poder de los árbitros, con la notificación del depósito que puso término al litigio, prevista en el artículo 25º de la Ley n. 31/86, del 29 de agosto, no impide la renovación de la instancia arbitral, del mismo modo que la extinción del poder jurisdiccional prevista en el artículo 666º, n. 1 del CPC tampoco impide la renovación de la instancia para la determinación, en caso de la sentencia de condena genérica, en términos del n. 2 del artículo 661º del CPC”.

En decisión dictaminada por el *Tribunal da Relação* de Oporto<sup>27</sup> podemos ver una posición similar, ya que este

<sup>26</sup> Resolución del *Tribunal da Relação* de Lisboa, del 17.4.2008 (OLINDO GERALDES) dictaminada en el proceso Nº 2514/2008-6, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>27</sup> Resolución del *Tribunal da Relação* de Oporto del 23.10.2007 (MARIA EIRÓ), dictaminada en el proceso Nº 0623032, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

colectivo se pronuncia a favor de la renovación de la instancia arbitral para la determinación de la obligación genérica.

Este entendimiento se basa en la interpretación de que “el art. 805° n. 4 del CPC en la expresión “al no ser el título ejecutivo una sentencia” no afecta al laudo del tribunal arbitral, por estar desprovista de ejecutabilidad, y por eso la determinación no puede realizarse en el proceso ejecutivo”. Además, “si ha habido condena genérica en términos del n. 2 del art. 661° del CPC, y sin que la determinación dependa de un simple cálculo aritmético, la sentencia sólo constituye título ejecutivo tras la determinación en el proceso declarativo - art. 47° n. 5 del CPC”.

Porello, toma relevancia el argumento de que “la decisión arbitral reconocida en el juzgado, es decir, cuando no sea susceptible de recurso ordinario, tiene la misma fuerza ejecutiva que la decisión de los tribunales comunes (art. 48°, n. 2 del CPC)”, ya que está sujeta a las condiciones de ejecutabilidad<sup>28</sup> enunciadas en el art. 47° del CPC (precepto que se refiere a las sentencias judiciales).

Sin embargo, hay que destacar que esta interpretación presupone un análisis previo de la convención de arbitraje “para saber cuál es la posibilidad legal de que la determinación pueda someterse a tribunal arbitral”. Si se confirmase este presupuesto, dicha decisión entiende que “el incidente de determinación tiene

carácter declarativo y se encuentra dentro de la convención de arbitraje y, por lo tanto, de la competencia del tribunal arbitral”.

Confirmando esta tendencia jurisprudencial se pronuncia también el *Tribunal da Relação* de Lisboa<sup>29</sup>, en el sentido de que no configura que la renovación de la instancia arbitral sea inviable.

También toma relevancia la consideración de que “la determinación, como litigio diferenciador que fué resuelto por la decisión, está sujeto necesariamente a un plazo diferente del que pueda haber sido agotado con su pronunciación, siempre que el incidente referido se encuentre dentro de la convención de arbitraje, en la debida interpretación de la voluntad de las partes en ella manifestada o teniendo en cuenta la manifestación que éstas puedan realizar en este sentido”.

En resumen, lo importante es tener en cuenta dos ideas esenciales: la primera, que la determinación de la obligación constituye un litigio independiente respecto al que se dirime con el pronunciamiento de la decisión de carácter genérico; la segunda, que es necesario conocer la voluntad manifestada por las partes para concluir si la convención arbitral incluye en su objeto la resolución de este desacuerdo.

Sin embargo, la posición tomada al respecto por la jurisprudencia ha

<sup>28</sup> Respecto a este punto recordamos que, conforme a la ley vigente, dichas condiciones de ejecutabilidad se consideran probadas siempre que la sentencia haya transitado en juzgado o esté pendiente de recurso meramente devolutivo.

<sup>29</sup> Resolución del *Tribunal da Relação* de Lisboa del 18.11.2008 (ISABEL SALGADO), dictaminada en el proceso 8461/08-7, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

sido rechazada por algunos autores con fundamento en el principio de agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros, considerando que esto sucede: (i) con la notificación a las partes del depósito de la decisión; o (ii) con la notificación a las partes de la decisión, siempre que no exista posibilidad de depósito, sin que pueda renacer posteriormente, ya que no existe cláusula arbitral o base legal que lo legitime.

En este sentido, PAULA COSTA E SILVA<sup>30</sup> afirma que “el art. 25º de la Ley 31/86 dispone con total claridad que el poder de los árbitros se extingue con el depósito de la decisión que puso fin al litigio. Ahora bien, la condena, a pesar de ser genérica, pone fin al litigio”.

La autora también sostiene la existencia de argumentos de orden pragmático, concretamente en cuanto al tiempo y costes de decisión desproporcionados, que se oponen a la procedencia de la solución propugnada por la jurisprudencia.

En conclusión, y ya que “el tribunal arbitral (...) es de composición tópica y de existencia efímera”, considera que “atribuir competencia para la determinación al tribunal arbitral que juzgó la causa, además de estar en contra del principio de agotamiento de la jurisdicción arbitral,

implica costes y tiempos de decisión (el tribunal arbitral tendrá que reconstruirse) absolutamente injustificados” y, como tal, no se admitirá hacer renovar la instancia arbitral ya extinta para la determinación de una obligación genérica derivada de una condena previa de ese tribunal.

LEBRE DE FREITAS<sup>31</sup> utiliza otro argumento para descartar la interpretación efectuada por los tribunales portugueses. El autor considera que la fundamentación apoyada por la doctrina respecto al agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros no es *per se* suficiente para determinar la remisión del procedimiento de determinación a la esfera de atribuciones de los tribunales de ejecución, ya que no constituye un factor impeditivo de la atribución de la competencia para la determinación al tribunal arbitral que decidió la causa.

A pesar de lo dispuesto en el art. 25º de la LAV<sup>32</sup>, el autor cree que esto debería considerarse derogado al abrigo de lo dispuesto en el CPC, en la versión vigente tras la reforma de 2003. Así, por fuerza del principio de la equiparación, y atendiendo a la ausencia de distinción legal entre los casos de determinación de obligación pendiente de ejecución resultante de sentencia judicial o de decisión arbitral, el autor considera que, en

<sup>30</sup> COSTA E SILVA, Paula. “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”. En: Lisboa: ROA. Año 67, Vol. II. párrafo 33, 2007.

<sup>31</sup> LEBRE DE FREITAS, José. “Competência do Tribunal de Execução para a Liquidação de Obrigação no caso de Sentença Genérica Arbitral”. En: ROA, Año 66, Vol. I, capítulo 3, 2006.

<sup>32</sup> En términos conjugados de los artículos 4º, 19º y 25º, todos de la LAV, una vez transcurrido el plazo para la resolución de la decisión arbitral (tanto si ha sido fijado por las partes como cuando se aplique el plazo supletorio de seis meses, incluyendo su prorrogación) sin que ésta haya sido depositada o notificada a las partes, se extingue el poder de los árbitros, en la medida en que la convención arbitral caduca.

virtud de la redacción en vigor después de la reforma de 2003, “la extinción del poder jurisdiccional de los árbitros encuentra el límite derivado del mantenimiento de su competencia para la determinación de la obligación cuando hayan dictaminado condena genérica”.

A pesar de la discordancia con los argumentos anteriormente expuestos, el autor admite la imposibilidad de contornar la existencia de un plazo perentorio para la decisión arbitral y que “si dentro de él la decisión no fuera proferida, el compromiso arbitral caduca y la cláusula de compromiso queda sin efecto (art. 4-1-c LAV), por lo que el tribunal arbitral se vuelve incompetente para decidir, lo que genera la nulidad de la eventual decisión que posteriormente dictamine”. Por eso no admite, bajo pena de fraude a la ley, la renovación del plazo del fallo de la decisión para una instancia arbitral de determinación de la obligación, y “salvo cuando no haya transcurrido el plazo para la decisión o las partes acuerden atribuir a los árbitros (a los mismos o a otros) el poder de juzgar determinada la obligación, cabe dicho poder al tribunal, que retoma la competencia que normalmente tendría si no fuese por la convención de arbitraje”.

En definitiva, de la posición sostenida por estos autores se deduce que, con más o menos limitaciones (si PAULA COSTA E SILVA atribuye competencia exclusiva para determinación a los tribunales de ejecución, LEBRE DE FREITAS, por contra,

parece circunscribir esta competencia a los casos en los que la convención arbitral haya caducado), el procedimiento de determinación de una condena genérica resultante de condena arbitral, debe tramitarse en los tribunales de ejecución.

### 2.2.2.3. La reforma de 2008

Actualmente, el régimen procesal ejecutivo portugués prevé que el incidente de determinación opere de forma distinta, dependiendo de que el título ejecutivo sea una sentencia judicial o un título extrajudicial. En la anterior redacción del artículo 805º, n. 44 del CPC<sup>33</sup>, el legislador introdujo, el 20 de noviembre de 2008, una pequeña modificación (que consideramos no ser de menor importancia), con la que este artículo pasó a dictar “cuando el título ejecutivo no sea una sentencia judicial (...)”. De lo que resulta, en una lectura *sensu contrario*, la aplicación a las decisiones arbitrales del régimen procesal de la determinación previsto para los restantes títulos ejecutivos.

Esta modificación no parece despreciable ni casual (tal vez incluso introducida con la intención de solucionar la discusión generada en torno a la determinación del tribunal competente para la determinación), aunque ésta no haya resuelto de forma cabal la cuestión.

Así, siempre que el título ejecutivo sea una sentencia judicial, el incidente de determinación deberá procesarse en sede

<sup>33</sup> Donde antes se leía: “Cuando el título ejecutivo no sea una sentencia, la determinación no dependa de simple cálculo aritmético, o ejecutado y después citado para recurrirla, en oposición a la ejecución, advirtiendo que si no se presenta recurso la obligación queda fijada en los términos del requerimiento ejecutivo, salvo lo dispuesto en el artículo 485º; si existe recurso o si la recusación es inoperante, se aplican los n.s 3 y 4 del artículo 380º”.

declarativa (prosiguiendo la tramitación prescrita por los artículos 378° a 380°-A del CPC), por una de estas dos vías: (i) si hasta la discusión de la causa fuera posible liquidar el pedido, el autor debe deducir el respectivo incidente; (ii) si en el transcurso de la causa no fuera posible la cuantificación del pedido y se dictaminase una sentencia declarativa que condene en lo que se vaya a liquidar, el autor tendrá que promover posteriormente un incidente declarativo de determinación en el momento previo a la instauración de la acción ejecutiva. Así, si el demandante posee una sentencia judicial que quiere ejecutar sin que previamente haya deducido el respectivo incidente de determinación, el tribunal rechazará el requerimiento ejecutivo, basándose en su inejecutabilidad (en términos de lo dispuesto en el artículo 811°, n. 1, apartado b) del CPC).

Si, por el contrario, el demandante poseyese un título ejecutivo extrajudicial, el incidente de determinación tendrá que deducirse en el propio requerimiento ejecutivo, en los mismos términos previstos para la determinación por simple cálculo aritmético (es decir, especificando los valores que considera que forman parte de la obligación exequendo), sopena de su rechazo por el agente de ejecución (en los términos conjugados de lo dispuesto en el apartado h) del número 1 del artículo 810° con el apartado a) del número 1 del artículo 811°, ambos del CPC). En este caso, el ejecutado es citado inmediatamente para recurrir la determinación efectuada por el demandante, sopena de que la obligación pendiente de ejecución se considere fijada en esos términos.

Resulta claro, sin ninguna sombra de dudas, que, como el título ejecutivo

es una sentencia judicial, el incidente de determinación siempre tendrá lugar en sede declarativa. Sin embargo, en el caso de obligaciones genéricas, evaluar la competencia de los tribunales de ejecución para el procedimiento de determinación exigirá un esfuerzo de interpretación congruente con el régimen del arbitraje voluntario, y se tendrán que respetar la autonomía y la voluntad de las partes expresadas en la convención arbitral.

Por eso es importante, en virtud de la nueva redacción de la ley, determinar cuál es el régimen de determinación aplicable cuando se pretenda ejecutar un laudo arbitral ideterminado. Si, por un lado, la modificación legislativa introducida es aclaratoria y determinante en cuanto al acometido de este incidente en los tribunales de ejecución, cuando esté en causa una condena genérica dictaminada por un tribunal arbitral, la verdad es que no podemos dejar a un lado completamente las restantes disposiciones legales vigentes que regulan esta materia. Veamos, pues, en resumen, lo que determinan estos preceptos.

En términos del artículo 46° del CPC se consideran títulos ejecutivos: a) las sentencias condenatorias; b) los documentos elaborados o autenticados, por notario o por otras entidades o profesionales con competencias al respecto, que conlleven constitución o reconocimiento de cualquier obligación; c) los documentos particulares, firmados por el deudor, que conlleven constitución o reconocimiento de obligaciones pecuniarias, cuyo importe sea determinado o determinable mediante simple cálculo aritmético, conforme a las cláusulas que constan en él, o de obligación de entrega de cosa o prestación



de hecho, y; d) los documentos a los que, por disposición especial, se atribuya fuerza ejecutiva (incluyendo las letras, cheques, órdenes de pago, imposiciones o actas de comunidad, entre otros).

Junto a este precepto se debe leer lo dispuesto en el artículo 48º, n. 2 del CPC, que dispone que “las decisiones dictaminadas por el tribunal arbitral son ejecutables en los mismos términos que las decisiones de los tribunales comunes”, lo que remite al intérprete a la consideración de lo dispuesto en el artículo 47º del CPC, bajo el enunciado “Requisitos de la ejecutabilidad de la sentencia”.

Esta normativa dispone, en su n. 5, que “si ha habido condena genérica, en términos del n. 2 del artículo 661º, y cuando la determinación de la obligación no depende de simple cálculo aritmético, la sentencia sólo constituye título ejecutivo tras la determinación en el proceso declarativo, sin perjuicio de la inmediata ejecutabilidad de la parte que sea determinada, y de lo dispuesto en el n. 6 del artículo 805º”.

A diferencia de lo que se deriva de la lectura conjunta de los preceptos citados, el legislador portugués establece, en el artículo 805º, n. 1 del CPC, que “siempre que la cantidad en deuda sea indeterminada, el demandante debe especificar los valores que considera comprendidos en la prestación debida, y concluir el requerimiento ejecutivo con un pedido determinado”, y añade en el n.

4 que “cuando el título ejecutivo no sea una sentencia judicial, y la determinación no dependa de simple cálculo aritmético, el agente de ejecución cita de inmediato al ejecutado para recurrirla, en oposición a la ejecución, advirtiéndole que, en caso de que no haya contestación, la obligación se considera fijada en términos del requerimiento ejecutivo”.

Así, si por un lado el intérprete se podría sentir tentado a considerar admisible la renovación de la instancia arbitral para determinación de la obligación genérica a la que la parte fue condenada por el tribunal arbitral, la verdad es que el actual artículo 805º, n. 4, excluye esa posibilidad. Pese a que de la lectura conjunta de los preceptos transcritos puedan surgir algunas dudas en cuanto a la determinación del régimen aplicable a las decisiones arbitrales, a efectos de determinación de obligaciones con contenido genérico en sede ejecutiva, lo cierto es que el legislador adoptó claramente una posición sobre esa materia a pesar de las eventuales incongruencias suscitadas.

Respecto a la vigencia de la nueva redacción, cabe recordar la opinión de la jurisprudencia, según la cual el tribunal arbitral que dictó la sentencia de condena genérica se encuentra más preparado para su determinación, conforme a lo cual se pronunció ISABEL SALGADO<sup>34</sup>, al considerar que “el tribunal que decida sobre el mérito de la causa de los daños estará coherentemente mejor habilitado para proceder a la respectiva cuantificación.

<sup>34</sup> ISABEL SALGADO, que votó vencida en la Resolución proferida por el *Tribunal da Relação de Lisboa*, el 7.7.2009 (ANA RESENDE), en el proceso 8461/08-7 y en la Resolución proferida por el mismo tribunal el 18.11.2008.

Por otro lado, hay que observar que en el actual marco normativo del proceso civil, la determinación constituye un incidente dentro de la acción declarativa misma, lo que señala claramente la intención de no separar el juzgado de ambas cuestiones”. “[S]i acaso el tribunal arbitral ha decidido condenar a una de las partes a la cantidad que vaya a calcular en incidente de determinación, no se devolverá la competencia al tribunal común, so pena de incurrir en incoherencia con la voluntad de las partes en remover la jurisdicción pública para dirimir los eventuales conflictos, así como situar al tribunal común donde sea procedente la determinación en una posición próxima a la contradicción e incoherencia de juzgados”.

Sin embargo, según la doctrina, la actual redacción legislativa del artículo 805º, n. 4, aclaró las dudas existentes en cuanto a la atribución de competencia para la determinación de obligaciones genéricas, siempre que esté en causa una sentencia arbitral, tal y como afirma LEBRE DE FREITAS<sup>35</sup>.

### **3. DEL INTENTO DE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE VOLUNTARIO**

Llegados a este punto, y una vez descrito el actual régimen relativo a la

determinación de sentencias arbitrales, así como las cuestiones que aparecieron al comienzo de la introducción de éste, cabe averiguar si la única alternativa a la solución, sobradamente criticada por la doctrina –la renovación de la instancia arbitral– es la determinación de la sentencia arbitral por los tribunales de ejecución.

En este sentido, consideramos que en el recurso al arbitraje voluntario subyace la voluntad de las partes de retirar de la competencia de los tribunales judiciales la resolución de sus litigios, y de atribuirle a árbitros, por lo que la intervención de los tribunales judiciales se debe limitar a los casos en los que ésta se justifique.

En realidad, el arbitraje voluntario está basado en la autonomía privada, que se expresa mediante la celebración de un compromiso arbitral, o a través de la inclusión de una cláusula de compromiso, mediante el cual las partes confieren poderes a árbitros para que éstos procedan a la composición de sus conflictos –actuales, en caso del compromiso arbitral, o eventuales, en caso de cláusula de compromiso–.

De este modo, las partes operan una atribución de competencias, antes pertenecientes a los tribunales judiciales<sup>36</sup>, a un tribunal compuesto por árbitros que las partes podrán escoger.

El hecho de recurrir al arbitraje voluntario puede fundamentarse en

<sup>35</sup> LEBRE DE FREITAS, José. *A acção executiva - Depois da reforma da reforma*. Quinta Edición. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 85.

<sup>36</sup> Dicha atribución de competencias a los árbitros encuentra en la reglamentación jurídica importantes medios de salvaguardia, entre ellos la previsión de una excepción de arbitraje.

diversos factores, que podrán variar de un caso a otro. No obstante, las principales virtudes<sup>37</sup> asociadas a la elección del arbitraje son el hecho de que los árbitros tengan una competencia técnica más especializada que el “juez natural”, de que el proceso suponga menos costes, que sea más rápido y que transcurra en un contexto de mayor informalidad y recato<sup>38</sup>, según reglas más versátiles.

Obviamente, estas virtudes no podrán comprobarse de forma concreta en todos los procesos arbitrales. Habrá procesos que, debido a la complejidad de las materias en litigio, culminen siendo más lentos de lo que preveían inicialmente las partes. Puede decirse lo mismo respecto a los costes.

Aún así, y dado que en gran medida la elección de los árbitros, las reglas y el proceso, e incluso el plazo del arbitraje, dependen de las partes, el arbitraje se presenta como un medio de composición de litigios con innegables virtudes.

Todo lo cual nos lleva a considerar si lo que está verificado en el régimen vigente es el respeto por estas virtudes, las cuales, con geometría variable, presidirán

la voluntad de las partes expresada en la convención de arbitraje.

O, dicho de otro modo, importa, por un lado, determinar si la solución tomada por el legislador, en el sentido de que la determinación de sentencias arbitrales de contenido genérico debe darse en sede ejecutiva, respeta la voluntad de las partes, manifestada y plasmada en la convención de arbitraje.

Y, por otro lado, en caso de que se concluya que no se respeta la voluntad de las partes, es importante averiguar si podrá, dentro del espíritu de las normas en causa, hallarse una interpretación más acorde a la autonomía de las partes y, en esa medida, más conciliadora con el arbitraje.

En este sentido, consideramos oportuno traer a colación los argumentos propuestos por la doctrina para defender la modificación legislativa vigente, así como considerar que la determinación no podría, tanto por razones legales como por razones prácticas, tramitarse en sede arbitral.

Como vimos anteriormente, la introducción de la modificación a la

---

Esta excepción, aunque no sea de conocimiento oficioso por parte del tribunal judicial, permite que, una vez que las partes han celebrado una convención de arbitraje, la parte contra quien haya sido propuesta la acción sobre el litigio incluido en la convención de arbitraje pueda impedir que la composición del litigio se lleve a cabo en sede judicial, promoviendo de este modo el respeto por el acuerdo de voluntades alcanzado por las partes.

<sup>37</sup> Sobre las ventajas asociadas al hecho de recurrir al arbitraje voluntario, *cfr.* BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements - Planning, Drafting and Enforcing*. Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 1-15 y PEREIRA BARROCAS, Manuel. *Manual de Arbitragem*. Lisboa: Almedina, 2010, pp. 141-142.

<sup>38</sup> Acerca de la discusión en torno a la confidencialidad como característica típica de arbitraje voluntario, *cfr.* entre otros, COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça.*, *cit.*, pp. 168 y ss., y MERINO MERCHÁN, José F. “Confidencialidad y arbitraje”. En: *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español de Arbitraje*, Madrid: CEA., N° 2/2008, pp. 75 y ss.

redacción del artículo 805º, n. 4, del CPC, tuvo como fundamento la creencia de que la aplicación a la determinación de sentencias arbitrales de régimen previsto para la determinación de sentencias judiciales –lo cual sucede, en términos del artículo 378º, n. 2, del CPC, por la renovación de la instancia, extinta tras la resolución de la sentencia de condena genérica– choca contra ciertas tendencias previstas en la LAV, y además es contraria a determinadas características del propio instituto del arbitraje voluntario.

Los argumentos avanzados por la doctrina se resumen, en esencia, en los tres siguientes:

- (i) Extinción del poder jurisdiccional de los árbitros con la resolución de la decisión de condena genérica;
- (ii) Caducidad de la convención de arbitraje; y
- (iii) Argumentos de orden pragmático.

Analicemos, pues, cada uno de los argumentos citados a fin de averiguar si la intervención de los tribunales judiciales en la determinación de sentencias arbitrales está justificada, es decir, si ésta respeta la voluntad de las partes, lo que constituye el fundamento esencial del instituto del arbitraje voluntario.

### 3.1. Del supuesto agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros

#### 3.1.1. Marco

La doctrina defiende, utilizando para tal efecto el artículo 25º de la LAV<sup>39</sup>, que con el fallo de la sentencia de condena genérica el tribunal arbitral se extingue, en la medida en que el poder jurisdiccional del los árbitros acaba con la notificación a las partes de la decisión que ha puesto fin al litigio, y que la sentencia de condena genérica pone fin a dicho litigio<sup>40</sup>.

No obstante, nos preguntamos si se podrá afirmar, sin más, que la sentencia de condena genérica es la que le pone fin.

Consideramos que, en el ámbito del arbitraje voluntario y, por consiguiente, fuera de los límites de las formas establecidas en las reglas procesales previstas para la composición de los litigios bajo jurisdicción judicial, no se puede afirmar de forma abstracta que con el fallo de la sentencia de condena genérica se pone fin al litigio.

Muy al contrario, sólo se podrá saber si una sentencia determinada pone fin o no al litigio al analizar concretamente cuál es el objeto del litigio que las partes encomendaron a la decisión por vía arbitral.

<sup>39</sup> El cual dispone que “[el] poder jurisdiccional de los árbitros termina con la notificación del depósito de la decisión que puso fin al litigio o, cuando dicho depósito sea dispensado, con la notificación de la decisión a las partes”.

<sup>40</sup> Por ejemplo, COSTA E SILVA, Paula. “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”. En: Lisboa: ROA. Año 67, Vol. II, párrafo 33, 2007 y LEBRE DE FREITAS, José. “Competência (...)”, *cit.*, p. 123.

### 3.1.2. Del objeto del litigio

LEBRE DE FREITAS entiende que el litigio está constituido por dos elementos: el conflicto de intereses (elemento material) y la pretensión (elemento formal)<sup>41</sup>.

A fin de determinar, en concreto, cuáles son los intereses en conflicto y cuáles son las pretensiones de las partes, habrá que tener muy en consideración el ámbito de la convención de arbitraje, ya que es ésta la que determina cuáles son los poderes jurisdiccionales que se transfirieron por voluntad de las partes al tribunal arbitral. En otras palabras, es la convención de arbitraje la que registra la obligación, acordada por las partes, de someter sus litigios a arbitraje y quien define la extensión de los poderes transferidos a los árbitros<sup>42</sup>.

No obstante, es importante tener en cuenta, respecto a esta materia, la diferencia específica existente entre el compromiso arbitral y la cláusula compromisoria. En la medida en que el compromiso arbitral se celebra en un momento en que el litigio es actual, éste enuncia el objeto del litigio, en regla, de forma más rigurosa. Esto ya no sucederá en el caso de la cláusula compromisoria, ya que ésta se limita a circunscribir el tipo o los tipos de litigio que comprende en el ámbito de una determinada relación jurídica.

Por otro lado, es importante también tomar en consideración el contenido de las solicitudes formuladas por las partes en sede de proceso arbitral, ya que sólo de ese modo se podrá determinar cuál es, de forma más concreta y rigurosa, el objeto definitivo del litigio.

En definitiva, se podrá decir que el objeto del litigio es el conjunto de las pretensiones que las partes presentaron en el proceso arbitral dentro de los límites de la convención de arbitraje. De este modo, sólo mediante la determinación del objeto del litigio y, comparando los poderes transferidos a los árbitros con los poderes que los árbitros ejercieron en la sentencia, se puede concluir si la sentencia puso fin o no al litigio que las partes sometieron a la composición por el tribunal arbitral.

Es decir, únicamente en los casos en los que se pueda determinar que las pretensiones de las partes sólo estaban sujetas a la determinación del principio de responsabilidad –y no también a la determinación– se podrá defender que la sentencia de condena genérica pone fin al litigio.

Por consiguiente, sólo de este modo se podrá concluir si el poder jurisdiccional de los árbitros termina o no en la sentencia de condena genérica.

Todo ello se debe a que es el objeto del litigio en concreto el que delimita

<sup>41</sup> LEBRE DE FREITAS, José. "Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem". En: *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 856.

<sup>42</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN sintetizan perfectamente esta idea al afirmar que "[...] the extent of the arbitrator's power to resolve disputes, and hence their jurisdiction, coincides exactly with the limits of the arbitration agreement". Cfr. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 395.

la competencia del tribunal arbitral, mientras que el ámbito de la convención de arbitraje delimita la competencia que las partes acordaron sustraer a los tribunales judiciales, y que puede ser atribuida en cada momento a un tribunal arbitral determinado.

Siendo así, siempre resulta importante interpretar la convención de arbitraje para descubrir cuál es el contenido del acuerdo celebrado por las partes. Una vez determinado dicho contenido, es esencial deducir cuáles son concretamente las pretensiones formuladas por las partes en el ámbito de un proceso determinado. Sólo así se puede impedir la imposición injustificada de una jurisdicción no escogida por las partes.

### 3.1.2.1. *De la interpretación de la convención de arbitraje*

La interpretación de la convención de arbitraje del derecho portugués debe seguir el régimen previsto en los artículos 236º a 238º del CC<sup>43</sup>, en la medida en que

la doctrina la considera y califica como un negocio jurídico procesal<sup>44</sup>.

Teniendo en cuenta que el artículo 2º, n. 1, de la LAV, impone la forma escrita a la celebración de la convención de arbitraje<sup>45</sup>, se deberá seguir el régimen establecido para la interpretación de negocios formales, extraído del artículo 238º del CC<sup>46</sup>. Por consiguiente, en términos del n. 1 del artículo 238º, “[...] la declaración no es válida si su sentido no tiene un mínimo de correspondencia con el texto del respectivo documento, aunque esté expresado de forma imperfecta”.

El mismo artículo prevé, en su n. 2, una excepción, en virtud de la cual “[e]se sentido puede, sin embargo, ser válido si se corresponde con la voluntad real de las partes, siempre y cuando las razones de la forma del negocio no se opongan a dicha validez”. No obstante, creemos que dicha excepción no se puede aplicar al caso de las convenciones de arbitraje, ya que la razón determinante de la forma escrita de la convención de arbitraje es exactamente la determinación precisa del contenido de

<sup>43</sup> Y en los artículos 10º y 11º del Decreto-Ley N.º 446/85, del 25 de octubre, si forma parte del contrato que contiene las cláusulas contractuales generales.

<sup>44</sup> LEBRE DE FREITAS, José. “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, *cit.*, p. 853.

<sup>45</sup> Como lo hace, al respecto, la Ley-Modelo, en su artículo 7º.

<sup>46</sup> En este sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. “Cláusula de Arbitragem: Conteúdos e Efeitos”. En: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*. Lisboa: Almedina, p. 91. El autor defiende en este texto que el régimen de interpretación portugués no contempla ningún principio de interpretación restrictiva ni ninguna presunción favorable al arbitraje. Hay que destacar también que, de acuerdo con FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, la interpretación de convenciones de arbitraje en sede de Arbitraje Comercial Internacional se rige por los principios de la interpretación de buena fe, de la interpretación efectiva —cuando una cláusula tenga dos interpretaciones posibles, deberá prevalecer la que garantiza su eficacia— y de la interpretación *contra proferentem* —en el sentido en que la parte responsable de la redacción de un texto ambiguo u oscuro no debe aprovecharse de dicha ambigüedad u oscuridad—. *Op. cit.*; pp. 254-262.

la misma, identificando claramente los poderes otorgados a los árbitros y siendo también ese contenido el que determinará la decisión sobre la arbitralidad o no de un litigio determinado.

Teniendo en cuenta que, en términos del artículo 15º, n. 2, de la LAV, las partes pueden escoger las reglas de proceso a tener en cuenta en el arbitraje mediante la remisión a reglamentos de arbitraje emanados de centros de arbitraje institucionalizados, creemos que es útil ensayar una interpretación de las convenciones de arbitraje que normalmente dichos centros recomiendan a las partes para intentar determinar si puede deducirse de su contenido típico si las partes otorgan o no a los árbitros la decisión sobre la determinación.

### 3.1.2.2. *Del contenido típico de la convención de arbitraje*

El contenido de la convención de arbitraje depende, dentro de los límites establecidos por la ley<sup>47</sup>, de la voluntad de las partes.

Un ejemplo de ello deriva del propio artículo 1º, n. 3, de la LAV, el cual prevé que “[la]s partes pueden estar de acuerdo en considerar dentro del concepto de litigio, además de las cuestiones de naturaleza contenciosa en sentido estricto, cualesquiera otras, especialmente las relacionadas con la necesidad de precisar, completar, actualizar o incluso prever los contratos o las relaciones jurídicas que conforman el origen de la convención de arbitraje”.

No obstante, lo que nos interesa particularmente a efectos del presente texto es analizar cuál es el contenido típico que está incluido en la convención de arbitraje en el caso de que falte una indicación especial por las partes<sup>48</sup>, de modo a concluir si la determinación se debe o no considerar incluida en el ámbito normal de una convención de arbitraje.

En este sentido, creemos que es útil traer a colación las cláusulas<sup>49</sup> recomendadas por algunas de las instituciones que proporcionan servicios de arbitraje<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. nota a pie de página anterior.

<sup>48</sup> El ámbito de la convención de arbitraje tiene también una gran importancia a efectos de reconocimiento y ejecución en los términos de la Convención de Nueva York. De acuerdo con el artículo V.1(c) de esta Convención, “[el] reconocimiento y la ejecución de la sentencia sólo son rechazados, a petición de la Parte contra la que fue invocada, si esta Parte proporciona a la autoridad competente del país en el que el reconocimiento o la ejecución fueron solicitados a prueba: [de] que la sentencia se refiere a un litigio que no ha sido objeto ni *de la convención escrita ni de la cláusula compromisoria*” (realzado nuestro).

<sup>49</sup> Hacemos solo referencia a las cláusulas compromisorias en la medida en que éstas, por oposición a los compromisos arbitrales, están normalmente menos desarrolladas, y por eso son más interesantes para nuestro propósito de obtener el contenido esencial consustanciado en la convención de arbitraje.

<sup>50</sup> Dichas instituciones practican el llamado “arbitraje institucionalizado”, el cual se opone al “arbitraje *ad hoc*”. Para una distinción entre estas dos modalidades de arbitraje, cfr. REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Op. cit.*; pp. 44 y ss.

Ese es el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Portuguesa (Centro de Arbitraje Comercial), que recomienda el uso de la siguiente cláusula compromisoria:

“Todos los litigios emergentes de este contrato, o lo que estén relacionados con él, estarán definitivamente resueltos conforme al Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Portuguesa (Centro de Arbitraje Comercial), por uno o más árbitros designados en términos del Reglamento”<sup>51</sup>.

Por su lado, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), recomienda el uso de la siguiente cláusula:

“All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules”<sup>52</sup>.

La Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”) recomienda el uso de la siguiente cláusula:

“Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association under its Commercial Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be

*entered in any court having jurisdiction thereof*”<sup>53</sup>.

Por su lado, el *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) recomienda la siguiente cláusula:

“Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be [one/three]. The seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [ ]. The governing law of the contract shall be the substantive law of [ ]”<sup>54</sup>.

Podríamos traer a colación más cláusulas. Sin embargo, se puede extraer de las citadas que las partes pretenden que los litigios sometidos a los árbitros deberán ser definitivamente resueltos por ellos.

Por tanto, sin gran dificultad interpretativa, resulta claro que por regla general<sup>55</sup> sólo la determinación resuelve definitivamente un litigio, en la medida en que es la determinación la que permite que la sentencia se pueda ejecutar.

Ese sentido tiene además una correspondencia patente con las declaraciones analizadas anteriormente.

<sup>51</sup> Consultada en [www.port-chambers.com](http://www.port-chambers.com).

<sup>52</sup> Consultada en <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html>.

<sup>53</sup> Consultada en [www.adr.org](http://www.adr.org).

<sup>54</sup> Consultada en [www.lcia.org](http://www.lcia.org).

<sup>55</sup> Decimos “por regla general” ya que nos ceñimos a las ejecuciones para pago de cantidad cierta y a las ejecuciones para entrega de cosa cierta cuando esta se refiera a una universalidad, en los casos en que se trate de ejecuciones para la prestación de un hecho, tanto positivo como negativo, no tendrá sentido hablar de determinación.



Sólo será de otro modo si el litigio encomendado por las partes a la decisión de los árbitros no incluye, por la naturaleza de los hechos, ninguna determinación, o si una determinación determinada ha sido expresamente excluida por las partes en el momento de la redacción de la convención de arbitraje.

### 3.1.2.3. De las pretensiones

Siendo así, es patente que es la convención de arbitraje la que delimita el ámbito de la competencia transferida a los tribunales arbitrales.

Sin embargo, esto no significa necesariamente que las partes sometan a la decisión de un tribunal arbitral concreto la decisión de todas las variantes del litigio incluidas en la convención de arbitraje, lo que debilitaría su contenido.

De ahí que sea importante prestar atención a la posterior declaración del litigio promulgada por las partes.

Dicha declaración puede realizarse tanto en sede de la notificación para la constitución del tribunal arbitral<sup>56</sup> como en sede de la formulación de las solicitudes, es decir, de las cuestiones que, en concreto, las partes pretenden que el tribunal arbitral dirima.

A título de ejemplo, al abrigo de una convención de arbitraje como aquellas que tuvimos ocasión de analizar anteriormente, y en cuyo contenido concluimos que está

comprendida la determinación, las partes podrán pretender que, respecto a un litigio concreto, no se dictamine decisión acerca de dicha determinación.

Esto no puede criticarse de ningún modo ya que, y es necesario recordarlo, nos encontramos en el dominio de la voluntad de las partes, la cuales, antes que nadie, sabrán qué es lo que mejor defiende sus intereses. Además, si las partes han celebrado una convención de arbitraje, en su vertiente de cláusula compromisoria, podrá ser incluso conveniente, en algunos casos, someter la cuestión sobre el principio de responsabilidad a un tribunal compuesto por árbitros con formación jurídica, y posteriormente la cuestión de la determinación a un tribunal constituido por árbitros con competencias de tipo más técnico.

De este modo, es crucial, después de determinar mediante la interpretación el contenido de la convención de arbitraje, tener en cuenta las pretensiones concretas que formulen las partes, siempre dentro de los límites de la convención de arbitraje. Sólo así se logrará identificar el objeto concreto del litigio sometido por las partes a la decisión del tribunal arbitral.

### 3.1.3. De las sentencias de condena genérica como sentencias parciales

Una vez definido el objeto del litigio en los términos anteriormente propugnados, y se haya determinado

<sup>56</sup> Nos referimos a la notificación prevista en el artículo 11º, n. 3, de la LAV, en la que la parte que pretenda instaurar el litigio en el tribunal arbitral debe informar de este hecho a la parte contraria, y se prevé en ese precepto legal que se indique la convención de arbitraje y se precise el objeto de litigio, en caso de que no esté ya determinado en la convención.

que éste comprende la determinación, sostenemos que la sentencia de condena genérica que vaya a emitirse deberá calificarse como una sentencia parcial.

El concepto de sentencia parcial ha sido ampliamente discutido por la doctrina internacional, y algunos autores han defendido una acepción más restrictiva mientras que otros han abogado por una acepción más amplia.

Según la primera corriente<sup>57</sup>, sólo se pueden considerar sentencias parciales las que deciden definitivamente sobre una parte del objeto del litigio. Las decisiones accidentales o perjudiciales, bien sean de carácter adjetivo o sustantivo, considerando que en este último caso están incluidas las situaciones en las que el principio de responsabilidad se tome en cuenta de forma separada de la determinación del *quantum* de la condena, no estarían incluidas aquí. Esta corriente defiende que dichas decisiones no pueden considerarse sentencias parciales, en la medida en que no dirimen definitivamente todo o parte del litigio.

La segunda corriente<sup>58</sup> considera que, entre otras, las decisiones que aprecien el principio de responsabilidad separadamente de la determinación del *quantum* de la condena deben ser

consideradas como sentencias parciales, en la medida en que éstas son decisiones definitivas respecto a parte del litigio sobre la que inciden. Por otro lado, señalan también argumentos de naturaleza práctica, según los cuales sólo así se impedirá que las partes incurran en dilaciones injustificadas y costes innecesarios<sup>59</sup>.

Aún así, tanto los autores que adoptan la posición más restrictiva como los que perfilan la posición más amplia, consideran que las sentencias parciales son definitivas, pueden ser autónomamente impugnables y son susceptibles de constituir un caso juzgado material.

En el ámbito del derecho portugués, las sentencias parciales no están previstas expresamente. No obstante, la LAV no las prohíbe y se enmarcan perfectamente en la libertad de conformación del proceso arbitral que, en términos del artículo 15° de la LAV, asiste a las partes y, ante el silencio de éstas, a los árbitros.

En lo que concierne a la admisibilidad de la calificación de las sentencias de condena genérica como sentencias parciales, la doctrina se ha pronunciado, y algunos autores defienden que éstas son finales en cuanto a la cuestión que deciden, y que por eso son impugnables<sup>60</sup>. Por

<sup>57</sup> LALIVE/POUDRET/REYMOND *apud* SAMPAIO CAMELO, António. "Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral. Seu objecto e regime". En: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa - Intervenções*. Lisboa: Almedina, p. 202.

<sup>58</sup> FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN. *Op. cit.*; p. 739.

<sup>59</sup> FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN. *Op. cit.*; p. 739, afirman que "If, for instance, the award on the principle of liability is to be set aside, the parties have clear interest in knowing the outcome as soon as possible, as that may save them all or part of the cost of an expert proceeding or lengthy hearings on the quantum of damages".

<sup>60</sup> Así, LIMA PINHEIRO, Luís. "Notas sobre a impugnação da decisão arbitral". En: *ROA*, Año 67. Lisboa: 2007, pp. 1038-1039 y LOPES DOS REIS. "Questões de Arbitragem *ad hoc* II". En: Lisboa: *ROA*, Año 59, I. p. 271.

otro lado, hay autores que defienden que dichas sentencias no pueden considerarse sentencias parciales en la medida en que no constituyen decisión sobre parte de la solicitud o solicitudes formuladas por el demandante<sup>61</sup>.

Damos la razón a la doctrina que entiende el concepto de sentencia parcial en su sentido más amplio, en la medida en que no encontramos fundamento alguno para no considerar que sentencias tales como las que deciden sobre el principio de la responsabilidad, dejando de lado la determinación del *quantum* de la decisión<sup>62</sup>, sean definitivas.

En realidad, dichas sentencias ponen fin a parte del objeto del litigio sometido por las partes a la decisión de los árbitros y, por consiguiente, deben ser tratadas como sentencias definitivas, por lo que pueden ser inmediatamente impugnables.

Basándonos en la calificación de las sentencias de condenación genérica como sentencias parciales, puede sostenerse por más de una vía que éstas no ponen fin al litigio –en la medida en que aún se exige al tribunal arbitral la decisión sobre la

parte restante del objeto del litigio– y, por consiguiente, que el poder jurisdiccional de los árbitros no se agota con el fallo de la sentencia de condena genérica (parcial).

### 3.2. De la caducidad de la convención de arbitraje

Otro tema diferente que no hay que confundir con el tema de la extinción del poder jurisdiccional de los árbitros tiene que ver con la caducidad de la convención de arbitraje.

En realidad, la caducidad de la convención de arbitraje implica necesariamente la extinción del poder jurisdiccional de los árbitros, aunque dicha extinción no conlleva la caducidad de la primera<sup>63</sup>.

Cabe recordar que esto sucede porque la extinción del poder jurisdiccional acarrea la extinción de la competencia del tribunal arbitral considerado de forma particular, mientras que la caducidad de la convención de arbitraje lleva a la extinción de la obligación de las partes de someter sus litigios a la composición por medio del arbitraje.

<sup>61</sup> SAMPAIO CAMELO, António. *Op. cit.*; p. 203.

<sup>62</sup> NEWMAN, Lawrence W. e RICHARD D. HILL. "Organizing an International Arbitration". En: *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Nueva York: Juris Publishing, 2004, p. 183.

<sup>63</sup> Se podría decir que en los casos previstos en el artículo 25º de la LAV, de notificación del depósito o notificación de las partes, conforme aplicación de la sentencia que pone fin al litigio, la convención de arbitraje caduca en su variante de compromiso arbitral, en la medida en que el poder jurisdiccional de los árbitros se extingue con el fallo de la decisión con dicho contenido. No obstante, creemos que en esos casos, aunque la convención de arbitraje caduca en su variante de compromiso arbitral y el poder jurisdiccional de los árbitros se extingue, dichos efectos derivan del hecho de que las funciones del tribunal se han agotado y, por consiguiente, se ha cumplido el objetivo que conformaba el origen de una determinada convención de arbitraje. Esto podrá no suceder en el caso de las convenciones de arbitraje en su variante de la cláusula de compromiso, ya que éstas se mantienen en vigor para la resolución de futuros litigios, aunque uno en concreto haya sido definitivamente dirimido.

A pesar de que el artículo n. 4º de la LAV tiene como epígrafe “Caducidad de la convención”, éste abarca dos tipos de realidades diferentes, en la medida en que afirma que, en los casos previstos en esa misma disposición legal, el compromiso arbitral caduca y la cláusula compromisoria queda sin efecto en cuanto al litigio considerado.

La especialidad de la cláusula compromisoria, en lo que se refiere a la caducidad, consiste en el hecho de que ésta se vuelve ineficaz en cuanto al objeto del litigio sometido en concreto a la decisión del tribunal arbitral, pero se mantiene eficaz respecto a todos los restantes litigios que puedan derivar de la relación jurídica en la que las partes del litigio acordaron someter al mismo a la decisión de los árbitros<sup>64</sup>.

Una vez hecha esta precisión, pasaremos a analizar el régimen de la caducidad del arbitraje previsto en la LAV.

### 3.2.1. Régimen de la caducidad de la convención de arbitraje

El artículo 4º de la LAV establece que la convención de arbitraje caduca: (i) si alguno de los árbitros designados fallece, renuncia o queda imposibilitado permanentemente para el ejercicio de la función, o si la designación queda sin

efecto, siempre que no se sustituya en los términos previstos en la LAV; (ii) cuando se trata del tribunal colectivo, si no puede formarse mayoría en la deliberación de los árbitros; o (iii) si la decisión no se emite en el plazo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 19º de la LAV.

Para el objeto del presente texto sólo es importante tener en cuenta el caso de caducidad derivado de la no resolución de decisión dentro del plazo.

Para ello es importante prestar atención al régimen previsto en el artículo 19º de la LAV.

Este precepto establece que las partes pueden fijar el plazo para la decisión del tribunal arbitral o el modo de fijación de dicho plazo, bien en la convención de arbitraje, bien en un escrito a posteriori, hasta la aceptación del primer árbitro.

En caso de que las partes no lo fijan, la LAV prevé una prórroga de seis meses que comienza en la fecha de designación del último árbitro para la resolución de la decisión.

El artículo en cuestión también determina que el plazo del veredicto puede ser aplazado mediante acuerdo escrito entre las partes, en una o más ocasiones<sup>65</sup>, hasta doblar su duración inicial<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Salvo que haya una indicación al respecto, siempre que nos refiramos, a partir de ahora, a la caducidad de la convención de arbitraje deberá tenerse en cuenta dicha distinción así como los diferentes efectos asociados a cada uno de los tipos de convención de arbitraje.

<sup>65</sup> En este sentido, *cfr.* la Exposición de Motivos de la LAV (Diario de la Asamblea de la República, II Serie - Número 83, Propuesta de Ley N.º 34/IV, el 2 de Junio de 1986, párrafo 12).

<sup>66</sup> A pesar de que es ésta la solución que se desprende de la interpretación del artículo 19º, n. 4, de la LAV, así como la misma Exposición de Motivos de la LAV, párrafo 12, CALVÃO DA SILVA defiende que esta norma no es imperativa en la medida en que no existirán razones de

Conjugando la interpretación de lo dispuesto en los artículos 4º y 19º de la LAV, se puede concluir que la decisión del tribunal arbitral debe emitirse dentro del plazo establecido por las partes o, en caso de no establecerse dicho plazo, en un plazo de seis meses desde la designación del último árbitro bajo pena de que la convención de arbitraje caduque<sup>67</sup>. También caducará si, una vez acordada la prórroga del plazo inicial hasta el doble de la duración de este último, la decisión no fuera emitida dentro del nuevo plazo.

Esto significa, por tanto, que en el caso de la variante del compromiso arbitral las partes no podrán someter sus litigios a composición por árbitros basándose en una determinada convención de arbitraje.

En el caso de la convención de arbitraje, y a partir de la variante de la cláusula compromisoria, las partes no podrán volver a someter otro litigio con el mismo objeto a la composición por árbitros, y se mantiene como válida la cláusula compromisoria para otros eventuales litigios.

Esto significa que, a menos que las partes celebren una nueva convención de arbitraje, el litigio deberá componerse

recurriendo a los tribunales judiciales sin que pueda aprovecharse lo que haya sido procesado en sede arbitral.

### 3.2.2. De las consecuencias de la caducidad de la convención de arbitraje en el momento posterior a la resolución de sentencia de condena genérica

El objeto del presente apartado sólo tendrá sentido si, tal y como consideramos más correcto, se sostiene que la competencia del tribunal arbitral puede no extinguirse con la resolución de sentencia de condena genérica<sup>68</sup>.

De otro modo no se entendería por qué se cita el tema de la caducidad respecto a una convención de arbitraje cuya función ya ha sido cumplida.

Por lo tanto, partiendo de este supuesto es importante conocer cuáles son las consecuencias resultantes de la caducidad de la convención de arbitraje en el caso de que ésta suceda tras la resolución de sentencia de condena genérica.

Teniendo en cuenta el régimen de la caducidad de la convención de arbitraje

---

orden público que impidan a las partes prorrogar el arbitraje de la forma establecida por un espacio de tiempo superior al doble de la duración inicial del proceso. *Cfr.* CALVÃO DA SILVA, João. "Convenção de Arbitragem. Algumas notas". En: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Lisboa: Almedina, 2007, p. 537-538. No coincidimos con la posición sustentada por este autor en la medida en que consideramos que la norma prevista en el artículo 19º, n. 4, de la LAV es una norma imperativa.

<sup>67</sup> Según defiende FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA, la caducidad no opera automáticamente, y carece de invocación en los términos de los artículos 21º o 27º de la LAV. Según este autor, solo si procede una invocación determinada, se debe considerar caducada la convención de arbitraje y, por consiguiente, incompetente el tribunal arbitral. *Cfr.* BETTENCOURT FERREIRA, Frederico. "O prazo para a decisão arbitral". En: *Revista Themis*, año IX, Nº 16. Lisboa: Almedina, 2009, p. 174. Estamos de acuerdo, en lo esencial, con esta posición.

<sup>68</sup> *Cfr.* 3.1.3 *supra*.

anteriormente descrito se podría considerar que, aunque sucediera posteriormente a la resolución de sentencia de condena genérica, dicha caducidad originaría la inutilización de todo lo procesado, lo que significa que las partes tendrían que recurrir a los tribunales judiciales para dirimir el litigio respecto al principio de responsabilidad.

No obstante, creemos que, en los casos en los que la convención de arbitraje caduque después de haberse emitido sentencia de condena genérica, los efectos de una determinada condena deberán salvaguardarse ya que, tal y como defendimos anteriormente, ésta implica una verdadera sentencia parcial en la medida en que decide definitivamente, y de forma vinculante para las partes, sobre una parte del objeto del litigio.

Nos referimos así a la doctrina según la cual las sentencias parciales son inmediatamente impugnables<sup>69</sup> en la medida en que, de otro modo, se estarían introduciendo dilaciones injustificadas en la posibilidad de reacción de la parte que no esté conforme con la sentencia, lo que también tendría como consecuencia la multiplicación de costes innecesarios con una determinación que podría ponerse en causa con la eventual anulación de la sentencia sobre el principio de responsabilidad.

Sin embargo, a la luz del derecho portugués vigente no creemos que sea posible afirmar que la impugnabilidad inmediata de las sentencias parciales se pueda asociar necesariamente a la posterior preclusión de la invocación de fundamentos de anulación contra éstas.

En realidad, en el artículo 31° de la LAV se prevé que el transcurso del plazo de recurso para la anulación no impide que se invoquen sus fundamentos en sede de oposición a la ejecución.

De aquí parece derivarse que los fundamentos previstos en el artículo 27° de la LAV se pueden invocar no sólo en sede de acción de anulación, sino también en sede de oposición a la ejecución, por lo que sólo se constituirá el caso juzgado material en los supuestos en los que, en sede de ejecución, los fundamentos que constan en el artículo 27° de la LAV no sean invocados por el ejecutado, o en los que éstos sean considerados improcedentes en caso de haber sido suscitados.

Alguna doctrina<sup>70</sup> alerta sobre el hecho de que las sentencias de condena genérica emitidas al abrigo de la convención de arbitraje que haya caducado antes de la resolución respecto al *quantum* de la condena son susceptibles de ser anuladas con fundamento en el apartado e) del número 1 del artículo 27° de la LAV<sup>71</sup>, y

<sup>69</sup> En este sentido, *cf.* LIMA PINHEIRO, Luís. “Anotações sobre a impugnação da decisão arbitral”, *cit.*, pp. 1037-1038.

<sup>70</sup> BETTENCOURT FERREIRA, Frederico. *Op. cit.*; p. 174.

<sup>71</sup> Habrá que tener también en cuenta que, a pesar de que en el presente texto no podemos profundizar en el tema, los fundamentos previstos para la anulación de sentencias arbitrales se pueden invocar en sede de oposición a la ejecución, en los términos de lo dispuesto en el artículo 31° de la LAV, y del artículo 815° del CPC. Entendemos que dicho régimen no es el adecuado en los casos en los que estos fundamentos ya hayan sido invocados sin éxito

se argumenta que, para dicho efecto, una decisión así deja de pronunciarse sobre cuestiones que debía considerar.

No obstante, consideramos que este fundamento sólo deberá prevalecer en el caso en que las partes no hayan admitido la condena genérica<sup>72</sup> en el momento del establecimiento de las reglas del proceso a observar en el arbitraje, según establecen los términos del artículo 15° de la LAV.

En el caso de que las partes hayan admitido la condena genérica, o si éstas no han llegado a un acuerdo en cuanto a las reglas del proceso –situación en la que los árbitros, en virtud del artículo 15°, n. 3, de la LAV, están legitimados a proceder a la determinación de las reglas de proceso– no podemos defender el hecho de que la sentencia de condena genérica pueda ponerse en causa basándose en una pronunciación *infra petitum*, en la medida

en que dicha invocación implicaría un claro abuso del derecho en su dimensión de *venire contra factum proprium*. Además, en el momento en que ésta se emitió, al abrigo de las reglas procesales definidas en los términos del artículo 15° de la LAV, la sentencia incidió sobre toda la materia posible ya que, por definición, la sentencia de condena genérica no debe –e incluso no puede– incluir la determinación del *quantum* de la condena.

A los argumentos aducidos hay que añadir la tesis presentada por LIMA PINHEIRO, según la cual los fundamentos de anulación deben interpretarse de forma restrictiva, pues sólo de ese modo se garantiza, en gran medida, el éxito del arbitraje como medio alternativo de resolución de litigios<sup>73</sup>.

Por lo tanto, creemos que puede considerarse que, excepto en los casos

---

en sede de anulación (o de recurso, en caso de que se pueda aplicar), y tampoco en los casos en los que el plazo para la anulación de sentencia ya haya transcurrido, bajo pena de llevar a las partes a una situación de inseguridad e indeterminación. La Propuesta de la LAV contempla estas situaciones y propone una posición que nos parece adecuada, ya que establece que los fundamentos de anulación solo se pueden invocar en sede de oposición si: (i) en la fecha de la oposición se deduce un pedido de anulación de la sentencia arbitral presentado con ese mismo fundamento que no haya sido rechazado por sentencia transitada en juzgado; (ii) no haya transcurrido el plazo para la presentación del pedido de anulación de la sentencia sin que ninguna parte haya solicitado dicha anulación.

<sup>72</sup> Hay que destacar que la admisión de que en el proceso puedan emitirse sentencias de condena genérica podrá suceder tanto de manera expresa –bien en la convención de arbitraje o en escrito posterior, hasta la aceptación del primer árbitro– como de forma tácita en los casos en que, por falta de acuerdo previo de las partes sobre las reglas del proceso que deben observarse en el arbitraje, los árbitros hayan establecido esa posibilidad en las reglas procesales observables en el arbitraje, siempre y cuando las partes no se hayan opuesto a ello. De igual modo, la no admisión del fallo de la sentencia de condena genérica podrá resultar de expresa consagración en ese sentido o de la no oposición a la regla procesal propuesta por el tribunal arbitral en ese mismo sentido.

<sup>73</sup> Cfr. DE LIMA PINHEIRO, LUÍS. “Anotações sobre a impugnação da decisão arbitral”, cit., p. 1039. El autor afirma de forma concluyente que “los fundamentos de anulación deben interpretarse de forma restrictiva, la especificidad y la autonomía del arbitraje deben respetarse y las enseñanzas de la doctrina (nacional, extranjera y internacional) deben ser tenidas en cuenta. En suma, más que una exclusión arbitraria de determinados fundamentos de anulación, resulta necesaria una jurisprudencia conciliadora con el arbitraje”.

en los que las partes no hayan admitido la condena genérica en el momento del establecimiento de las reglas de proceso relacionadas con el arbitraje, los efectos derivados de las sentencias de condena genérica se salvaguardan tras la caducidad de la convención de arbitraje.

Finalmente, y cuando la caducidad de la convención de arbitraje suceda antes de que se haya determinado el *quantum* de la condena, la competencia para la determinación correspondera, en estos casos y en los términos del artículo 805°, n. 4, del CPC, a los tribunales de ejecución.

### 3.3. De los argumentos de orden pragmático

Oponiéndose a la tesis según la cual, en virtud del principio de la equiparación entre sentencias judiciales y arbitrales, la determinación de decisión arbitral con condena genérica sigue el régimen previsto en los artículos 378° y siguientes del CPC, PAULA COSTA E SILVA afirma que “[...] los argumentos que demuestran la irracionalidad de esta solución son esencialmente de naturaleza pragmática”.

Para dicho efecto, la autora afirma que “[...] cualquier solución que se proponga para la determinación de sentencias arbitrales tendrá que tener en cuenta los intereses del demandante sin perjuicio desproporcionado e injustificado para los derechos materiales y procesales fundamentales del ejecutado. Si es así, y si se presta atención a la relativa ausencia de laudos arbitrales que contengan condenas genéricas, el acometido de la competencia para la determinación al

tribunal de la ejecución no bloqueará seguramente el funcionamiento de estos órganos con una pugna desmesurada. La solución inversa, que consiste en atribuir competencia para la determinación al tribunal arbitral que juzgó la causa, además de tener en su contra el principio de agotamiento del tribunal arbitral, implica costes y tiempos de decisión (el tribunal tendrá que constituirse) absolutamente injustificados”.

No podemos estar de acuerdo con los argumentos de naturaleza pragmática ofrecidos por la autora en la medida en que, a nuestro entender, éstos no se ajustan al principio de la autonomía de la voluntad que subyace al régimen del arbitraje voluntario.

En efecto, consideramos que el primer argumento, basado en el *favor creditoris*, no puede prevalecer sobre la voluntad concreta manifestada por las partes en el momento de la celebración de la convención de arbitraje. En realidad, si un principio tiene toda su aplicación en sede de acción ejecutiva, fase procesal que, en los términos del artículo 30° de la LAV, es competencia de los tribunales judiciales, en la fase de determinación de la sentencia, salvo caducidad de la convención de arbitraje o no invocación por el demandado de la excepción de dilación de convención de arbitraje en acción judicial de determinación propuesta, la competencia cabe al tribunal arbitral al que las partes encomendaron la composición del litigio.

En lo que concierne al segundo argumento aducido por la autora, no vemos la forma en que éste proceda. En realidad no creemos que se pueda defender la oposición de argumentos de naturaleza estadística



a argumentos de naturaleza jurídica. Y mucho menos aún que existan casos en los que puedan prevalecer los primeros.

La cuestión no está en saber cuál es la solución más simple, sino en hallar la solución que respeta más la autonomía del arbitraje, que mejor acautela los principios por los que ésta se rige y que mejor salvaguarda las virtudes que están asociadas a este medio extrajudicial de composición de litigios.

Y, en este punto, nos vemos obligados de nuevo a estar en desacuerdo con PAULA COSTA E SILVA, en la medida en que consideramos que el tribunal arbitral está incomparablemente más dispuesto y preparado para la determinación de la sentencia que él mismo ha emitido, que el tribunal de ejecución.

Y esto es así porque, en primer lugar, el tribunal posee el pre-entendimiento derivado de la decisión en cuanto al mérito de la causa. En segundo lugar, porque, excepto que haya un acuerdo entre las partes, dicho tribunal continúa reuniendo características que justifican la designación por las partes para la composición del litigio, especialmente en lo referente a su cualidad técnica y *expertise*. Por último, y una vez más, porque deberán ser las partes y no el legislador, ni tampoco el ejecutor, quien deberá determinar si el recurso al tribunal arbitral comporta o no costes injustificados.

### **3.4. Metodología propuesta para la determinación del tribunal competente para la determinación**

Teniendo en cuenta los argumentos que aporta la doctrina para defender que

el tribunal arbitral que haya emitido un laudo de condena genérica no mantiene su competencia para la decisión relativa a la determinación, consideramos que, efectivamente, podrá haber casos en los que la competencia del tribunal arbitral se extinga.

No obstante, consideramos que existen situaciones en las que no se observa ningún tipo de obstáculo a que el tribunal, que haya decidido sobre el principio de la responsabilidad, pueda también decidir posteriormente acerca de la concreta determinación del *quantum* de la condena.

Siendo así, ya que creemos que el actual régimen de la determinación suscita también dudas interpretativas en lo que se refiere a saber si tiene que aplicarse el artículo 805°, n. 4, del CPC siempre que se haya emitido sentencia de condena genérica o sólo cuando la jurisdicción arbitral se haya extinguido, tanto en virtud de la extinción del poder jurisdiccional de los árbitros como de la caducidad de la convención de arbitraje, consideramos importante distinguir los casos en los que, a la luz del derecho vigente, defendemos que la determinación debe suceder en sede arbitral de aquellos en que dicha determinación debe suceder necesariamente en los tribunales de ejecución.

Para conocer estos casos, es importante tener en cuenta lo que referimos anteriormente en cuanto al objeto del litigio y al ámbito de la convención de arbitraje ya que, como vimos, es el objeto del litigio el que concretamente delimita la competencia del tribunal arbitral, mientras que el ámbito de la convención de arbitraje

delimita la competencia que las partes han acordado sustraer a los tribunales judiciales y pueden atribuirle, en cada momento, a un tribunal arbitral concreto.

Por ello, a fin de determinar en qué casos es necesario que la determinación transcurra en los tribunales de ejecución, cabe distinguir las siguientes situaciones<sup>74</sup>:

- (i) Tanto el ámbito de la convención de arbitraje como el objeto de litigio incluyen tanto el principio de la responsabilidad como el de la determinación;
- (ii) El ámbito de la convención de arbitraje incluye tanto el principio de la responsabilidad con el de la determinación, pero el objeto del litigio sólo se refiere al principio de responsabilidad;
- (iii) El ámbito de la convención de arbitraje incluye tanto el principio de la responsabilidad como el de la determinación,

pero el objeto del litigio sólo se refiere a la determinación;

- (iv) Tanto el ámbito de la convención de arbitraje como el objeto del litigio incluyen sólo el principio de la responsabilidad;
- (v) Tanto el ámbito de la convención de arbitraje como el objeto del litigio incluyen sólo la determinación<sup>75</sup>;
- (vi) El ámbito de la convención de arbitraje incluye únicamente el principio de la responsabilidad, pero el objeto del litigio incluye tanto el principio de la responsabilidad como la determinación<sup>76</sup>;
- (vii) El ámbito de la convención de arbitraje sólo incluye la determinación, pero el objeto del litigio incluye tanto el principio de la responsabilidad como la determinación<sup>77</sup>;
- (viii) El ámbito de la convención de arbitraje incluye sólo el principio de la responsabilidad y el objeto

<sup>74</sup> Las siguientes hipótesis pretenden poner en evidencia (de forma abstracta y sin atender a la verosimilitud de algunas de las situaciones expuestas) que es necesario analizar concretamente el contenido de la convención de arbitraje y del objeto del litigio a fin de determinar cuál es el tribunal competente para juzgar la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica.

<sup>75</sup> Esta situación, a pesar de ser poco frecuente, podrá darse en los casos en los que, tras la resolución de una sentencia de condena genérica por un tribunal judicial, las partes decidan atribuir a árbitros la competencia para la determinación, los cuales, cabe recordar, pueden ser técnicos especializados.

<sup>76</sup> Puede ser así en las situaciones en las que, ya en el transcurso del proceso arbitral instaurado, las partes acuerdan la ampliación del ámbito de la convención de arbitraje. Dicho acuerdo podrá ser expreso o derivar de la no oposición por parte de ninguna de las partes a una posible ampliación. Naturalmente, la presente hipótesis presupone que los árbitros hayan consentido una posible ampliación. Puede también plantearse la hipótesis de que se haya celebrado convención de arbitraje con la especificidad de haber sido celebrada tras la constitución del tribunal.

<sup>77</sup> *Vide* nota de rodapié anterior.

del litigio incluye únicamente la determinación<sup>78</sup>;

- (ix) El ámbito de la convención de arbitraje sólo incluye la determinación, mientras que el objeto del litigio únicamente incluye el principio de la responsabilidad<sup>79</sup>.

De este modo, creemos que la competencia para la determinación es responsabilidad exclusiva y necesaria de los tribunales de ejecución únicamente en la hipótesis del apartado (iv), es decir, en los casos en los que tanto el ámbito de la convención como el objeto del litigio se circunscriban al principio de la responsabilidad y en los que fue la voluntad de las partes la que determinó recurrir a los tribunales judiciales para la determinación del montante de la eventual condena.

Lo que no quiere decir que los tribunales de ejecución sólo tengan competencia para la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica en esta última situación. Esto es porque,

aunque las partes estén de acuerdo en la sustracción de las competencias a los tribunales judiciales para atribuírselas a los tribunales arbitrales, dicha atribución se puede poner en causa, como vimos anteriormente, en el caso de que la convención de arbitraje caduque.

Además, la LAV también prevé en su artículo 2º, n. 4, que la convención puede revocarse mediante escrito firmado por las partes hasta la pronunciación de la decisión arbitral.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que, en términos del artículo 495º del CPC, la excepción de preterición de tribunal arbitral voluntario no es de conocimiento oficioso, por lo que los tribunales de ejecución pasarán a tener competencia para la determinación siempre que una de las partes proponga la determinación en esos tribunales y la otra no invoque esta excepción en sede de oposición a la ejecución.

Por otro lado, teniendo en cuenta el principio de la autonomía del arbitraje<sup>80</sup>,

<sup>78</sup> Dicha situación es equiparable a la hipótesis de que se hayan celebrado dos convenciones de arbitraje –la primera relativa al principio de la responsabilidad, y la siguiente celebrada tras la constitución del tribunal arbitral, bien sea en documento autónomo o mediante el intercambio de los articulados, sobre la determinación, siempre con el necesario consentimiento de los árbitros, de forma que termina por circunscribirse el objeto del litigio al ámbito de esta última. Otra hipótesis será la de que la convención de arbitraje haya visto prolongado su ámbito durante el proceso y también durante dicho proceso, debido a lo cual, el objeto del litigio se haya reducido solo a la cuestión de la determinación.

<sup>79</sup> *Vide* nota de rodapié anterior.

<sup>80</sup> Entendemos el principio de la autonomía del arbitraje como la consecuencia de la primacía de la voluntad de las partes, la cual se materializa en las facultades de determinación de las reglas procesales aplicables en: la delimitación de la competencia de los árbitros, la elección de éstos, el establecimiento del plazo del arbitraje o incluso en el recurso a la equidad, lo que permite la operatividad de un medio de resolución de litigios según la cual está garantizada la mínima ingerencia de los tribunales judiciales. Esta misma perspectiva parece resultar de la Exposición de Motivos de la LAV, en la que se afirma que “[...] la constitución y el funcionamiento de los tribunales arbitrales deben desvincularse de toda la innecesaria o irracional intervención de los tribunales judiciales, por lo que se reconoce a las partes, dentro

consideramos que el análisis de las pretensiones formuladas por las partes dentro de los límites de la convención de arbitraje deberá anteceder la ponderación de cualquier tipo de reglas que formen parte de la legislación procesal civil<sup>81</sup>.

Sólo se puede defender el recurso a una determinada legislación en el caso de que, si existieran dudas en la interpretación de la convención, la LAV fuera omisa al respecto. En dicha situación, y sólo en ella, se debe recurrir en términos del artículo 10º, n. 3, del CC, a las reglas previstas en el CPC, y sólo si en el caso de una omisión en la LAV procedieran las razones justificativas de la reglamentación del caso previsto en el CPC. A nuestro entender, este será el recorrido metodológico más correcto y que más se adecúa a la consideración que debe darse a la voluntad de las partes en sede arbitral.

Sin embargo, incluso si no se entiende así, también encontramos en el CPC datos que nos permiten defender la bondad de la interpretación según la cual, *prima facie*, la determinación debe transitar en los tribunales arbitrales.

Si no, veamos:

La reforma de 2003 al CPC<sup>82</sup> pretendió impedir que la decisión sobre

la determinación se separase de la decisión sobre el llamado principio de la responsabilidad<sup>83</sup>, razón por la cual se pasó a prever, en el artículo 378º, n. 2 del CPC, que la instancia donde se hubiera emitido la sentencia de condena genérica se renovarí y allí se juzgaría el incidente de determinación.

Teniendo en cuenta el principio de la equiparación entre sentencias judiciales y sentencias arbitrales, previstos en el artículo 48º, n. 2, del CPC, y en el artículo 26º, n. 2, de la LAV, no se observan razones para defender un trato a las sentencias arbitrales diferente al que se da a las sentencias judiciales después de la reforma de 2003.

Por lo tanto, consideramos que el propio principio de la equiparación aboga por que las sentencias, bien sean judiciales o arbitrales, deben seguir el mismo régimen. De este modo, y puesto que la reforma de 2003 cree más conveniente que la determinación se procese por el mismo tribunal que ha emitido la sentencia de condena genérica, no encontramos obstáculo a que, en caso de sentencia arbitral genérica, ésta sea liquidada por el mismo tribunal arbitral, salvo en el caso anteriormente citado.

---

de los límites establecidos por la ley, el poder de tomar las soluciones requeridas para la correcta actuación de la institución arbitral”.

<sup>81</sup> MANUEL PEREIRA BARROCAS, afirma que “[...] la aplicación del Código de Proceso Civil al proceso arbitral se revela tan extraña como incomprensible. El Arbitraje y el proceso arbitral no tienen nada que ver con el régimen jurídico-positivo del Código del Proceso Civil, que no es aplicable salvo cuando las partes remitan a él de forma voluntaria o consientan que los árbitros procedan así o, incluso, muy limitadamente, cuando las leyes de arbitraje así lo determinen expresamente. Este es el caso de los artículos 10º y 16º de la Ley de Arbitraje Voluntario”. *Cfr.* PEREIRA BARROCAS, Manuel. *Op. cit.*; p. 15.

<sup>82</sup> Hecha por el Decreto-Ley N.º 38/2003, el 8 de marzo.

<sup>83</sup> Como puede confirmarse a través de la lectura del voto vencido de ISABEL SALGADO, en la Resolución emitida por el *Tribunal da Relação* de Lisboa en fecha 7.7.2009 (ANA RESENDE).

Conforme a la presente metodología, podemos concluir que sólo se aplicará el régimen previsto en el CPC para la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica si, una vez realizado el itinerario propuesto, se verificase una de las siguientes hipótesis:

- (i) Que la determinación no esté incluida en el ámbito de una convención de arbitraje;
- (ii) Que las partes hayan pretendido someter a determinación la decisión de los árbitros y ésta no esté incluida en el ámbito de la convención de arbitraje, sino que haya caducado por el vencimiento del plazo para la resolución de la sentencia;
- (iii) Que las partes hayan revocado la convención de arbitraje;
- (iv) Que una de las partes haya recurrido a los tribunales de ejecución para la regulación de la cuestión de la determinación, sin que la otra parte haya invocado la excepción de arbitraje.

De este modo, sostenemos que el artículo 805°, n. 4 del CPC debe interpretarse para que se consubstancie en una válvula de escape en las situaciones anteriormente citadas, esto es, aquellas en las que los tribunales arbitrales no tienen competencia ni originaria ni sobrevenida para decidir acerca del *quantum* de la condena y no se debe proceder, por lo tanto, a la interpretación según la cual las sentencias de condena genérica emitidas por tribunales arbitrales deben liquidarse, obligatoria y necesariamente, en los tribunales de ejecución.

#### 4. POR UN RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES CONCILIADOR CON EL ARBITRAJE

En el capítulo anterior intentamos encontrar afinidades entre el régimen de la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica y el régimen de arbitraje voluntario. Esta tentativa pasó por el análisis de dichos regímenes y la búsqueda de una interpretación que permitiese salvaguardar al máximo la autonomía del arbitraje, basándose tanto en el respeto por la voluntad de las partes, definido en la convención de arbitraje y en las pretensiones concretamente formuladas, como en el principio de no injerencia de los tribunales judiciales en la actuación de la institución arbitral.

Logramos así trazar una interpretación alternativa a la tesis según la cual una vez dictaminada la sentencia de condena genérica la competencia para la determinación cabe, automática y exclusivamente, a los tribunales de ejecución, para lo que cabe diferenciar los casos en los que el régimen vigente impone una solución determinada de aquellos en los que esto no sucede.

De este modo, creemos haber hallado una solución que, dentro de los límites de la ley, tiene más respeto por la autonomía privada, por lo que es más adecuada a los principios y con los fines que el arbitraje voluntario mantiene.

Aún así, consideramos que algunos de los problemas encontrados no pueden superarse por la vía exclusivamente interpretativa, razón por la que consi-

deramos crucial que se introduzcan modificaciones legislativas al régimen vigente previsto en la LAV para una afirmación más cabal del arbitraje como medio extrajudicial de composición de litigios. Mientras que no se materialicen dichas modificaciones legislativas, algunas de las dificultades halladas en el régimen –*i.e.*, aquellas que no se basen en reglas imperativas– pueden descartarse o minimizarse mediante su ponderación, así como a través de la previsión de reglas específicas en el momento de la redacción de la convención de arbitraje.

#### 4.1. De la importancia de la redacción de la convención de arbitraje

La doctrina alerta sobre el hecho de que la redacción de la convención de arbitraje es un elemento crucial para la cabal prosecución de los fines asociados al recurso al arbitraje voluntario.

Aún así, y en la práctica, en muchas ocasiones se comprueba que la previsión de cláusulas compromisorias en contratos o incluso la celebración de compromisos arbitrables no tienen, en su mayoría, una preparación estudiada, lo que puede contribuir en la frustración de las expectativas de las partes en el momento de la elección del arbitraje como medio de constituir sus litigios.

La importancia de una correcta redacción de la convención de arbitraje está íntimamente ligada tanto con la relevancia de la adecuación de las reglas en el proceso al tipo concreto de litigio a

dirimir, como con el hecho de que, sólo así, las partes puedan tomar posición respecto a reglas supletorias que, si no se dispone lo contrario, tendrán aplicación y podrán derivar en efectos no pretendidos por dichas partes.

La toma de conciencia acerca de los problemas asociados a la disparidad entre legislaciones nacionales (disparidad ésta que, naturalmente, provoca dificultades añadidas a las partes cuando se redacta la convención de arbitraje y se escogen las reglas del proceso que se deben observar en el arbitraje) ha presidido los trabajos de la CNUDMI, la cual ha propugnado su armonización.

Se puede leer en las Notas Explicativas a la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>84</sup>, en el momento de la modificación introducida en 2006, que “[f]rustration may also ensue from non-mandatory provisions that may impose undesired requirements on unwary parties who may not think about the need to provide otherwise when drafting the arbitration agreement. Even the absence of any legislative provision may cause difficulties simply by leaving unanswered some of the many procedural issues relevant in arbitration and not always settled in the arbitration agreement. The Model Law is intended to reduce the risk of such possible frustration, difficulties or surprise”.

Es en este contexto, y teniendo en cuenta que en Portugal aún no se han logrado incorporar las reglas aconsejadas por la Ley Modelo de la CNUDMI, se considera especialmente relevante que las

<sup>84</sup> Dichas notas se encuentran en la parte II de la versión de la Ley Modelo, en [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

partes tengan la máxima observancia de dichas reglas en la preparación y redacción de la convención de arbitraje.

En lo que se refiere a la resolución de algunas de las cuestiones suscitadas por el actual régimen de determinación de sentencias de condena genérica dictaminadas por el tribunal arbitral, consideramos que, en caso de que pretendan que la determinación sea emitida por el tribunal arbitral que decida sobre el principio de la responsabilidad, las partes deberán adoptar su postura en sede de la redacción de la convención de arbitraje sobre algunas materias, bajo pena de que, como expusimos anteriormente, puedan correr el riesgo de que la decisión sobre la determinación sea decidida por los tribunales de ejecución.

De este modo, y a fin de garantizar el respeto por la autonomía privada, las partes que busquen la resolución del tema de la determinación por parte del tribunal arbitral que decida sobre el principio de la responsabilidad deben dejar claro, en primer lugar, las reglas procesales que van a ser observadas por el arbitraje –establecidas en los términos y efectos del artículo 15º de la LAV–, que admiten que, si no hubiera elementos para fijar el *quantum*, el tribunal puede condenar en lo que vaya ser liquidado, sin perjuicio de condena inmediata en la parte que ya sea determinada. Sólo así se garantizará que, emitida la sentencia de condena genérica, la parte vencida no pueda oponerse a una decisión determinada basándose en la omisión de pronunciación y, con dicho expediente, prorrogar el fin del litigio.

Por otro lado, también es importante que las partes se posicionen en lo

concerniente al plazo para la decisión en la medida en que, como hemos mencionado anteriormente, la LAV prevé que, transcurrido un determinado plazo sin que se haya dictaminado el laudo que pone fin a litigio, la convención de arbitraje caduca. En lo referente a esta materia, opinamos que las partes, especialmente si nos encontramos ante un litigio de naturaleza compleja –principalmente en sede de arbitrajes multi-partes, o arbitrajes cuyo objeto del litigio contemple una tendencia considerablemente técnica–, no deberán ceder a la tentación de prever plazos demasiado cortos o poco razonables, y es importante recordar que dicha previsión podrá probarse contraproducente en la medida en que el transcurso del plazo, sin que se haya emitido laudo que ponga fin al litigio, conlleva la caducidad de la convención de arbitraje, y con ello la extinción de la competencia de los tribunales arbitrales para la composición del litigio, lo que será con frecuencia fuente de mayores costes y dilaciones para las partes.

Siendo así, creemos que siempre hay que tener en consideración el objeto del litigio en el momento de la determinación del plazo para la sentencia.

En el ámbito del derecho portugués vigente, este análisis es aún más pertinente puestoque, por un lado, el artículo 19º, n. 2 de la LAV prevé que, si las partes no han realizado su elección, el plazo para la decisión es de seis meses y, por otro, que el plazo inicial puede prorrogarse por acuerdo de las partes sólo hasta el doble de su duración.

En el presente caso, opinamos que las partes deberán prever un plazo

considerablemente superior al de los seis meses previsto en la LAV, y puede también preverse que, en el caso de que el tribunal arbitral profiera sentencia de condena genérica, el plazo inicial se prorroga automáticamente.

Esto último tiene por objeto impedir que la parte vencida pueda oponerse a la prorrogación del plazo como forma de atrasar la determinación de la condena y así aplazar el momento de la ejecución de la sentencia<sup>85</sup>.

Creemos que en el ámbito de la materia referente al plazo puede también ser útil que las partes reflexionen sobre la determinación del momento a partir del cual el plazo para la decisión comienza a transcurrir. En los términos del artículo 19º, n. 3 de la LAV, el plazo inicial comienza, salvo convención contraria, con la designación del último árbitro. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el momento del inicio del recuento del plazo previsto en la LAV se presta a críticas en la medida en que la designación no debe confundirse con la aceptación del encargo por parte del último árbitro<sup>86</sup>.

Consideramos que, aún así, es aconsejable que las partes determinen que el plazo para la decisión comience, por ejemplo, a partir del final de la fase de los articulados o del final de la audiencia de juicio<sup>87</sup>.

A partir de la ponderación de los puntos anteriormente enumerados, consideramos que se podrán delimitar algunas de las dificultades presentes en el régimen portugués vigente para las partes que pretendan que la competencia del tribunal arbitral que emitió la sentencia de condena genérica se mantenga para la determinación del *quantum* de la decisión.

Sin embargo, creemos que sólo mediante una modificación a nivel legislativo será posible, por un lado, solucionar de forma más consistente los problemas derivados de algunas normas supletorias que constan en la LAV y, por otro, eliminar los problemas derivados de algunas normas imperativas previstas en la LAV, evitando así que las partes vean frustradas sus expectativas.

Así, intentaremos exponer soluciones *de jure condendo* que permitan hacer el

<sup>85</sup> FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA afirma al respecto que "tiene sentido que las partes no quieran ajustar injustificadamente la acción de los árbitros y correr el riesgo de inutilizar el proceso si, más tarde [en momento posterior a la celebración de la convención de arbitraje], una de ellas se niega legítimamente a prorrogar el plazo", y defiende que la mejor solución sería la de no prever ningún plazo, por lo que advierte que, en la práctica, dicha solución solo podrá ser viable si se acompaña de modificaciones legislativas en lo concerniente al régimen de la sustitución de los árbitros. *Cfr. Op. cit.*; p. 150.

<sup>86</sup> En este sentido, RAPOSO, Mário. *Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem*, p. 59, disponible en <http://arbitragem.pt/projectos/lav/Raposo.pdf>.

<sup>87</sup> En este último sentido, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Op. cit.*; p. 393. Los autores afirman que "In general it is preferable that no time-limit should be prescribed for the making of the award in an arbitration clause or submission agreement. However, if the parties consider it desirable to set a limit, or if it is necessary to do so under the applicable law [como parece ser el caso, de acuerdo con la actual LAV], the time limit should if possible be related to the closure of the hearings and not to the appointment of the arbitral tribunal or to some other stage in the arbitration at which the respondent will have opportunities to create delay".



régimen portugués más conciliador con el arbitraje.

#### 4.2. De la necesidad de modificación legislativa

Como ya hemos tenido oportunidad de enunciar a lo largo del presente texto a través del análisis del régimen de la determinación de sentencias de condena genérica emitidas por un tribunal arbitral, consideramos que la LAV se presta a algunas críticas que se centran, esencialmente, en el régimen de la caducidad de la convención de arbitraje.

Realizaremos ahora una síntesis de los puntos que consideramos criticables para avanzar una propuesta de solución.

Para este último efecto, consideramos que nuestra tarea se ve manifiestamente facilitada por el hecho de haberse presentado una nueva propuesta de ley del arbitraje voluntario<sup>88</sup>, la cual ofrece, en gran medida, soluciones que nos parece que defienden de modo adecuado la institución del arbitraje voluntario<sup>89</sup>.

Como hemos expuesto anteriormente, la previsión de un plazo para la decisión puede ser contraproducente en la medida

en que el transcurso del mismo, sin que se haya emitido una decisión que ponga fin al litigio, conlleva la caducidad de la convención de arbitraje y, con ello, la extinción de la competencia de los tribunales arbitrales para la resolución del litigio, lo que inutiliza todo lo procesado.

En este sentido, la doctrina<sup>90</sup> ha propuesto como solución que la ley no prevea ningún plazo para la decisión. Sin embargo, esa misma doctrina apunta que la simple erradicación de la exigencia de un plazo para la decisión no es suficiente si no está acompañada de la modificación de otras normas previstas en la LAV.

FREDERICO BETTENCOURT FERREIRA defiende que “la mejor solución sería permitir la inexistencia de plazo, acompañada de la posibilidad de recurrir a los tribunales judiciales para sustituir a los árbitros en caso de inacción prolongada y injustificada”.

Dicha solución nos parece adecuada a la Ley Modelo de la CNUDMI, en términos de la cual no está previsto ningún plazo para la decisión, y cualquiera de las partes puede solicitar a los tribunales judiciales la sustitución del árbitro que “fails to act without undue delay”<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> La propuesta de nueva LAV fue preparada por la APA y presentada al Ministro de Justicia portugués el día 16 de marzo de 2009, según la información disponible en [www.arbitragem.pt](http://www.arbitragem.pt).

<sup>89</sup> No obstante, hacemos constar que, a nuestro entender, la propuesta de LAV no previó una solución que fuera satisfactoria en lo que concierne a la determinación de sentencias de condena genérica emitidas por tribunales arbitrales. En realidad, el artículo 47º, n. 2 de la propuesta de LAV prevé que “en el caso de que el tribunal arbitral haya dictaminado sentencia de condena genérica, su determinación se hará en términos del n. 4 del artículo 805º del Código del Proceso Civil”. Como resultará patente en el presente texto, no podemos estar de acuerdo con esta propuesta, por lo que ésta debe ser reformulada basándose en la argumentación ahora expuesta.

<sup>90</sup> BETTENCOURT FERREIRA, Frederico, *Op. cit.*; pp. 149-150.

<sup>91</sup> *Cfr.* artículo 14º de la Ley-Modelo.

Por su lado, la Propuesta de LAV propugna un régimen algo diferente, que se sitúa a medio camino entre el régimen actual de la LAV y el previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI.

En el artículo 43º, n. 1 de la Propuesta de LAV, también se prevé un plazo—actualmente de un año, que comienza con la aceptación del último árbitro—, y se admite en el n. 2 de ese artículo, contrariamente a lo que determina el actual—por cierto, muy criticado<sup>92</sup>— artículo 19º, n. 4, da LAV, que dicho plazo pueda ser “libremente prorrogado por acuerdo de las partes o, como alternativa, por decisión del tribunal arbitral tomada tanto a petición de cualquiera de las partes como por iniciativa del propio tribunal, una o más veces, por sucesivos periodos de doce meses, para lo que dichas prorrogaciones deben estar adecuadamente justificadas, excepto si las partes, de común acuerdo, se opusieran a la prorrogación”.

Además, el artículo 15º de la Propuesta de LAV prevé que el árbitro pueda ser restituido judicialmente a petición de una de las partes en el supuesto de que no desempeñe sus funciones con la diligencia exigible.

No obstante, la solución presentada por la Propuesta de LAV ya ha sido objeto de crítica por parte de MÁRIO RAPOSO, el cual considera que de la conjugación de los artículos 43º y 15º de la Propuesta de LAV se llega a la conclusión de que si los árbitros pueden prorrogar el plazo por periodos de doce meses, salvo si las partes se oponen a ello por acuerdo, los árbitros serán inmunes a cualquier acción judicial de destitución si actúan “dentro de sus plazos anuales de libre prorrogación”<sup>93</sup>.

Además de esto último, consideramos que el régimen propuesto en el artículo 43º, n. 2 de la LAV, al prever que la prorrogación puede suceder por acuerdo de las partes, podrá no respetar la posición de los árbitros, ya que dicha prorrogación conlleva que los árbitros se encuentren adscritos a sus funciones por periodos suplementarios al inicialmente previsto, bien sea por acuerdo de las partes en la convención de arbitraje o por aplicación del plazo supletorio, sin que éstos sean consultados. De este modo, y porque la salvaguardia de la posición de los árbitros es esencial—sin (buenos) árbitros no habrá arbitraje—, si se mantiene la posibilidad de que la prorrogación sea determinada por acuerdo de las partes, consideramos que es

<sup>92</sup> En un pasaje frecuentemente citado de su texto dedicado al tema de la Convención de Arbitraje, RAÚL VENTURA criticó este aspecto del régimen afirmando, de forma expresa, que “si las partes están de acuerdo en la duración de la prorrogación, no se ve motivo para que la ley la delimite; los litigios deben tener un fin, pero no deben verse forzados a un fin prematuro”. Cfr. VENTURA, Raúl. “Convenção de Arbitragem”. En: Lisboa: ROA, año 46. 1986, p. 407. Sin embargo, creemos que puede existir motivo para dicha limitación ya que, en gran medida, el plazo es una garantía de los propios árbitros y delimita temporalmente el periodo durante el cual éstos se encuentran adscritos a sus funciones. No creemos que este argumento implique necesariamente la limitación constante del artículo 19º, n. 4 de la LAV, pero consideramos que una posible prorrogación debería estar sujeta al consentimiento de los árbitros.

<sup>93</sup> RAPOSO, Mário. *Sobre o projecto de uma nova lei de arbitragem*, p. 60, disponible en <http://arbitragem.pt/projectos/lav/Raposo.pdf>.

necesario que los árbitros ratifiquen dicho acuerdo, a semejanza de lo que se propone en el artículo 4º de la Propuesta de LAV para la modificación de la convención de arbitraje.

De acuerdo con lo expuesto, creemos que la Propuesta de LAV prevé un régimen relativo al plazo para la decisión que enmienda, en gran medida, los defectos que se le atribuyen al régimen que figura actualmente en la LAV. Aún así, y a la estela de las críticas presentadas por MÁRIO RAPOSO, consideramos que la solución adecuada debería pasar por la hipótesis de que los árbitros deban definir concretamente la prorrogación vista la complejidad del caso *sub judice* sin ninguna intervención de las partes<sup>94</sup>, pudiendo estar éstas, en caso de que los árbitros no desempeñen sus funciones con la debida diligencia, de acuerdo en su destitución o, en caso de no haber acuerdo, recurrir a los tribunales judiciales para que éstos tomen una decisión no recurrible en cuanto a la destitución.

Otro problema del régimen vigente está relacionado con el hecho de que el artículo 4º de la LAV prevé un régimen de *caducidad-sanción*. Esto sucede porque determina que, si la decisión no se emite en el plazo establecido para ello, el

compromiso arbitral caduca y la cláusula compromisoria queda sin efecto en cuanto al litigio considerado<sup>95</sup>.

Dicha solución, tal y como afirman la doctrina<sup>96</sup> y la propia APA en el momento de la preparación de la Propuesta de LAV<sup>97</sup>, es indefendible porque resulta extremadamente perjudicial para los intereses de las partes, ya que, si se ha excedido el plazo para la decisión, además de la extinción de la competencia del tribunal arbitral –lo que es una consecuencia acertada–, la convención de arbitraje caduca, lo que impide que las partes puedan recurrir al nuevo tribunal arbitral para la resolución del litigio que, en realidad, no fue dirimido, privando así a las partes del recurso a los tribunales judiciales o, solución que exigirá un nuevo acuerdo entre las partes -lo que será imposible la mayoría de las veces-, la celebración de una nueva convención de arbitraje.

La propuesta de LAV, en su artículo 43º, n. 3, presenta la siguiente solución: “La falta de notificación de la sentencia final dentro del plazo máximo determinado conforme a los apartados anteriores del presente artículo, pone fin automáticamente al proceso arbitral y extingue también la competencia de los árbitros para juzgar el

<sup>94</sup> Esta sería una solución que, en cierta medida, se aproxima al régimen previsto en el artículo 24º, n. 2, del Reglamento de la CCI, a partir del cual la prorrogación del plazo para la decisión solo es admisible mediante la decisión oficiosa de la *Cour* de la CCI o a través de la decisión de esa misma *Cour* en la secuencia de solicitud motivada por parte del tribunal arbitral.

<sup>95</sup> El artículo 1464º del CPC francés prevé un régimen parecido al régimen del artículo 4º, n. 1, apartado a), de la LAV, pero con la importante diferencia de prever que tal caducidad sólo ocurre si las partes no hubieren previsto de modo diferente en la convención de arbitraje.

<sup>96</sup> BETTENCOURT FERREIRA, Frederico. *Op. cit.*; p. 184.

<sup>97</sup> *Cfr.* Propuesta de LAV con anotaciones, disponible en <http://arbitragem.pt/proyectos/lav/lav-annotada210509.pdf>.

litigio que les fue adjudicado, sin perjuicio de que la convención de arbitraje mantenga su eficacia, principalmente a efectos de que el nuevo tribunal arbitral se constituya con base en ella y se inicie un nuevo arbitraje”.

De este modo, consideramos que la (inadmisible) situación actual se solucionaría con la redacción propuesta.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Existe consenso en que la institución de arbitraje voluntario radica en la autonomía privada, en la que se fundan la constitución y el funcionamiento de los órganos a quienes competen algunas de las funciones que la Constitución de la República Portuguesa atribuye a los tribunales.

En ese sentido, también se admite que la constitución y el funcionamiento de tales órganos se deben desvincular de toda intervención innecesaria y poco razonable de los tribunales judiciales.

Partiendo de tales presupuestos, una vez que verificamos que no resultan claras las normas aplicables en las que debería basarse el tribunal competente para proceder al *quantum* de la condena, hemos analizado el actual régimen de determinación de sentencias condenatorias genéricas dictaminadas por los tribunales arbitrales.

El régimen de CPC parece conducir a una interpretación según la cual la determinación de las sentencias arbitrales de condena genérica deben siempre y necesariamente tramitarse en los tribu-

nales de ejecución, y dicha interpretación se fundamenta en argumentos emanados de la doctrina que ya se ha pronunciado a tal respecto.

Tales argumentos se resumen en (i): el agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros con el dictamen de la sentencia de condena genérica, en la medida en que pone fin al litigio; (ii) la caducidad de la convención de arbitraje por el transcurso del plazo para el dictamen de la sentencia sin que éste haya sido emitido, y; (iii) existen argumentos de orden pragmático relativos, esencialmente, a los costes del retraso del dictamen de la sentencia.

Una vez analizados tales argumentos, hemos llegado a la conclusión de que resulta admisible una vía interpretativa alternativa, que consideramos que es la que más respeta la autonomía privada dentro de los límites del derecho vigente.

En lo que concierne al argumento del agotamiento del poder jurisdiccional de los árbitros, entendemos que sólo podrá ser confirmada o infirmada mediante la comparación del contenido de la sentencia y el objeto del litigio, entendido este último como el conjunto de las pretensiones formuladas por las partes litigantes en el ámbito de un proceso arbitral dado dentro de los límites de la convención de arbitraje.

En lo que respecta al argumento de caducidad, entendemos que puede, en ciertos casos, confirmar la interpretación según la cual los tribunales de ejecución son competentes para la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica una vez que la caducidad determina, a la luz del derecho vigente, no sólo el

agotamiento de la competencia del tribunal arbitral, sino además la transferencia de tal competencia a los tribunales de ejecución.

Por último, respecto a los argumentos de orden pragmático, concluimos que estos no deberían prevalecer cuando se hallan confrontados a la voluntad de las partes en litigio.

Según la interpretación por la que aquí abogamos, un apoyo incondicional a la competencia de los tribunales de ejecución para la determinación de sentencias de condena genérica conllevaría una intervención innecesaria y poco razonable de los tribunales de ejecución en los casos en los que no haya fundamentos de peso para denegar la competencia a los tribunales arbitrales.

A nuestro entender, tales fundamentos quedarán verificados única y exclusivamente en los siguientes casos:

- (i) Cuando la determinación no esté incluida en el ámbito de la convención de arbitraje;
- (ii) Cuando la convención de arbitraje haya caducado por el transcurso del plazo del fallo de la sentencia, aún cuando las partes litigantes pretendan someter la determinación de la condena a la decisión de los árbitros, y esta última se circunscriba al ámbito de la convención de arbitraje;
- (iii) Cuando las partes hayan revocado la convención de arbitraje;
- (iv) Cuando ninguna de las partes haya recurrido a una excep-

ción de arbitraje y cuando la contraparte haya recurrido a los tribunales de ejecución para la regulación de la cuestión de la determinación de condena.

Llegamos también a la conclusión de que para alcanzar el resultado pretendido –i.e., garantizar que la voluntad de las partes no es innecesaria y poco razonablemente puesta en causa– la vía interpretativa no resulta suficiente, razón por la cual consideramos que es importante reseñar que la redacción de la convención de arbitraje asume este contexto, en particular como mecanismo para posponer la aplicación de reglas supletorias que, en no pocas ocasiones, podrían tener efectos negativos para los intereses que las partes pretendan defender por medio del recurso al arbitraje.

Por último, proponemos soluciones de *jure condendo* que, a nuestro entender, podrían conciliar el régimen portugués de la determinación de sentencias arbitrales de condena genérica, en particular, y, en general, el propio régimen de arbitraje voluntario, con el arbitraje.

El Programa del XVIII Governo Constitucional Português, cuya discusión terminó el día 6 de noviembre de 2009, manifiesta que “[e]n materia de arbitraje es importante cumplir los patrones internacionales de referencia para hacer más competitivo al sector y crear más transparencia y seguridad en los agentes económicos, lo que implicaría una nueva ley de arbitraje”.

Esperamos, por tanto, que las modificaciones necesarias que se lleven a cabo en la LAV hagan que ésta pueda

cumplir de forma más adecuada su función al arbitraje y que pasen en breve a tener  
de salvaguarda de las virtudes asociadas fuerza de ley.

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

PEDRO METELLO DE NÁPOLES (\*)  
JOSÉ MIGUEL JÚDICE (\*\*)

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El problema. 3. Contexto. 4. Ventajas y desventajas. 5. El límite práctico: Cómo –y en que medida– se puede ejecutar una cláusula que remite a negociación. 5.1. En general. 5.2. La Ley Portuguesa. 5.3. Ejecución de cláusulas que apenas imponían deberes generales. 5.4. Ejecución de cláusulas que imponían deberes específicos. 5.5. Ejecución de cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación. 6. Conclusión.

*“ARBITRATION IS based on the arbitral agreement, which flows from the parties’ common intention. The freedom of the parties may lead to good as well as to bad results”<sup>1</sup>.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Ya todos hemos oído la denominación de cláusula de arbitraje como “cláusula de media-noche”. Esta es la última cláusula con la que los abogados que redactan el contrato se preocupan. Por eso se redacta de forma rápida y sin grandes preocupaciones. Las consecuencias ya se conocen.

Por otro lado, y a pesar de la tendencia de las instituciones arbitrales

para producir cláusulas-tipo, diariamente nos confrontamos con las cláusulas “originales”, muy desarrolladas y que contemplan una multiplicidad de procedimientos, por lo general poco claros y poco experimentados.

Más allá de las verdaderas cláusulas patológicas<sup>2</sup>, o sea, aquellas que realmente pueden comprometer la posibilidad de constituirse un Tribunal Arbitral (o de que este funcione), existen otras que,

(<sup>1</sup>) Sócio, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal.

(<sup>2</sup>) Socio y Coordinador del Grupo de Arbitraje, PLMJ – Sociedade de Advogados RL, Portugal.

<sup>1</sup> DEBATTISTA, Charles. *Drafting Enforceable Arbitration Clauses*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International Vol. 24 nº 4, 2008, p. 562.

<sup>2</sup> CRAIG, W.L.; PARK, W. and PAULSSON, J. *International Chamber of Commercial Arbitration*. 3ª New York: Ed. Oceana, 2000, p. 127.

aunque no susciten problemas tan graves en un principio, pueden generar obstáculos importantes.

Uno de esos casos es precisamente el de las cláusulas que estipulan que las partes participen en cualquier procedimiento previo de conciliación, formal o no, antes de desencadenar el procedimiento arbitral. Eso ha sido internacionalmente designado como *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*.

La cuestión que se plantea cada vez más sobre tales cláusulas –cuya complejidad ha evolucionado– es la de saber en que medida son vinculantes, que es lo mismo que preguntarse si pueden impedir la inmediata implementación de un proceso arbitral y si su incumplimiento puede causar la anulación de una decisión arbitral. Eso es lo que trataremos de analizar más adelante.

## 2. EL PROBLEMA

Es frecuente depararnos con cláusulas que exigen el cumplimiento de determinadas condiciones previas para tener la posibilidad de recurrir al arbitraje, relacionadas con la posibilidad de solución del litigio por vía consensual.

Una vez que es imposible abarcar la variedad de soluciones que la creatividad de las partes propone a diario, creemos que es posible aislar las siguientes modalidades:

- (i) Cláusulas que solamente hacen referencia a un litigio, en lo cual las partes no sean capaces de solucionar por vía consensual<sup>3</sup> o cláusulas que se refieren generalmente al deber de las partes de recurrir a una conciliación<sup>4</sup>;
- (ii) Cláusulas que determinan deberes específicos o procedimientos concretos tendientes a la conciliación<sup>5</sup>;
- (iii) Cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación<sup>6</sup>.

Aunque el detalle y la claridad con el que se establecen las obligaciones pueden influenciar decisivamente la eficacia de estas, nos parece que los tres tipos indicados se deberán tratar de forma diferente, dado que conducen a diversos resultados.

## 3. CONTEXTO

Aunque este tipo de cláusulas se encuentre en contratos celebrados desde

<sup>3</sup> Por ejemplo: “En caso de un litigio que las parte no sean capaces de solucionar por vía consensual, el mismo se decidirá mediante arbitraje (...)”.

<sup>4</sup> Por ejemplo: “1. En caso de litigio, las partes tratarán de encontrar una solución que de común acuerdo permita la finalización del litigio. 2. En caso de no encontrarse una solución consensual para el litigio según los términos del número 1, el mismo se decidirá mediante arbitraje (...)”.

<sup>5</sup> Por ejemplo, cláusulas que impongan la obligatoriedad de reuniones de alto nivel o que establezcan un periodo mínimo para la duración de tales negociaciones.

<sup>6</sup> Hablaremos en forma general de mediación/conciliación sin tomar partido sobre si se tratan de mecanismos diversos o apenas de subespecies del mismo tipo de procedimiento.



ya varios años, la concepción tradicional indicaba que la mediación/conciliación debía considerarse como una facultad de las partes, que debía ejercerse o no ante un litigio. Con efecto, dependiendo la posibilidad de que las partes lleguen a una conciliación de su propia voluntad, la intención manifestada *a priori* por una de las partes de recurrir directamente al arbitraje sería la evidencia de que cualquier otro tipo de solución no sería posible. No habría sentido tratar de imponer a esa parte la obligación de pasar previamente por cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos.

Este abordaje no siempre se consideró tan lineal<sup>7/8</sup>, pero esa interpretación –tendencialmente pacífica– sufrió una alteración radical con la decisión propuesta el 11 de octubre de 2002 en el proceso *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*<sup>9</sup>.

De manera muy simplificada, el contrato establece una cláusula de resolución de litigios con diversas etapas, comenzando por conversaciones entre los representantes de las partes, luego recurriendo a la mediación (u otro ADR) y, sólo después, a los tribunales. El tenor de la cláusula contractual era el siguiente:

*“If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt*

*in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) Procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings”.*

Con respecto al caso en análisis, el Tribunal concluyó que las partes estaban obligadas a seguir el recorrido trazado en la cláusula arbitral, con base en 3 órdenes de argumentos:

- (i) Era clara la intención de las partes de vincularse a aquél tipo de solución;
- (ii) El contrato era suficientemente preciso para que no hubiera dudas sobre el método (o bien, la forma de selección del método) de resolución alternativo de litigios a seguir;
- (iii) Los tribunales ingleses tienen el deber de participar activamente en la gestión efectiva de los procesos, debiendo remitir las partes a mediación/conciliación cuando sepan que dicha medida es viable.

La decisión en causa generó enorme controversia en la comunidad

<sup>7</sup> El problema se suscitó en el ámbito de la decisión propuesta en 1974 en el ámbito del Proceso de CCI N°2138 (SIGVARD JARVIN, YVES DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer/ICC Publishing USA, 1990, p. 424), pero el Tribunal entendió que en aquél caso específico la cláusula de conciliación no era aplicable, por lo que no existirían problemas de preterición.

<sup>8</sup> No obstante, en Inglaterra desde hace 70 años se encuentran decisiones respectivas a ese sentido - English Court of Appeals, *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 297. En sentido contrario se puede mencionar el proceso *Channel Tunnel v. Balfour Beatty* (1993) HL.

<sup>9</sup> [2002] E.W.H.C. 2059 (comm);

internacional, aunque se deba resaltar que las circunstancias subyacentes a aquel proceso eran bastante precisas, lo que permitió al Tribunal Inglés acabar por la ejecución de la cláusula que imponía la ADR, contrariando la premisa más o menos asentada en el derecho inglés de que el simple compromiso de establecer negociaciones no es ejecutable.

Como se indica anteriormente, esta decisión constituyó un paso importante en la consagración de las ADR, pero no resolvió los casos en los cuales los contratos imponen un deber de negociación, previo a la aplicación del litigio arbitral<sup>10</sup>.

De cualquier forma, es importante recordar que la decisión mencionada no se tomó en el ámbito de acciones de anulación, pero sí, en una etapa de proceso arbitral, donde el Tribunal Arbitral determinó el *Stay of Proceedings*:

*“I therefore conclude that the appropriate course in the present case is for the hearing of the claim for declaratory relief to be adjourned until after the parties have referred all their outstanding disputes to ADR. In the event that this reference is unfruitful, the parties can re-instate this claim, provided that the issue of the validity of the Benchmarking Report is by that time the subject of further proceedings which this court can consider in the course of its overall responsibility*

*to manage the existing proceedings. Hopefully this will prove unnecessary in view of a successful mediation”*<sup>11</sup>.

Una decisión más osada fue la propuesta el 3 de junio de 2009 por Court of Appeal de New South Wales, en Australia, en el ámbito del proceso *United Group Rail Services Ltd. v. Rail Corp. New South Wales*<sup>12</sup>. En ese proceso, el Tribunal concluyó que un acuerdo en el que las partes negocian de buena fe era ejecutable y que obligaba a las partes, en caso de litigio, a reunirse y negociar en buena fe.

Aunque, en este caso, la cláusula contractual también fuera bastante detallada y permitiéndole al Tribunal llegar a una resolución por la existencia de la voluntad de las partes de solicitar una oportunidad previa de conciliación, no deja de ser verdad que la decisión puede tener un alcance extraordinario, principalmente si tenemos en cuenta que muchos contratos determinan obligaciones de negociación, antes de recurrir a la vía arbitral (o judicial).

Por otro lado, es importante debatir en qué medida un contencioso en el que se discute cual de las partes negoció de buena fe, podrá contribuir para una mejor y más rápida solución del desacuerdo en su totalidad<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> KARL MACKIE, *The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 19, nº 3, 2003, pp. 347-350.

<sup>11</sup> *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd.* (Ver nota 9).

<sup>12</sup> [2009] N.S.W.C.A. 177.

<sup>13</sup> CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 27 Nº 1, 2010, p. 98.

En Portugal, no conocemos decisiones que hayan tratado el asunto<sup>14</sup>, lo que se explicará por el incipiente papel de la mediación/conciliación y por la tendencia de desvalorizar obligaciones de carácter general, como las de establecer negociaciones reales y de buena fe. Volveremos a este asunto más adelante.

#### 4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Existe un conjunto de ventajas e inconvenientes que tradicionalmente se adjudican a las cláusulas que determinan los mecanismos previos de conciliación.

Comenzando por las ventajas, se indican normalmente los costos del arbitraje. Obviamente, estos podrán ser sustancialmente reducidos en el caso de que haya una negociación o conciliación exitosa (aunque no se pueda llegar a un consenso respecto a todas las cuestiones litigiosas).

Existe también quien mencione los beneficios de imponer un periodo de calma (“cooling-down”) antes de someterse a la etapa litigiosa propiamente dicha<sup>15</sup>. De hecho, en la mayoría de las situaciones, previamente al desencadenar de un proceso arbitral, los ánimos normalmente están muy exaltados, por lo que un intervalo de tiempo puede serenar las partes.

En caso de mediación/conciliación, la intervención de un tercero que sea ajeno al caso puede resultar positiva, en la medida en que las partes son confrontadas con la que podrá ser la visión de un árbitro o juez sobre el motivo de la causa.

Todos los beneficios indicados son reversibles: El ahorro adquiere un costo elevado si el mecanismo alternativo no resulta eficaz; en cuanto a la calma, es probablemente necesario más de un mes para que los ánimos de las partes pueda serenarse, por lo tanto, no es razonable imponer periodos de espera superiores; con respecto al papel del tercero, su propósito es conciliar a las partes, por lo tanto el juicio que este haga sobre la razonabilidad de las posiciones confrontadas siempre será relativo.

Aún así, se puede afirmar que en los últimos 15 años la mediación/conciliación ha ganado popularidad, por lo menos en la comunidad internacional, demostrando además la práctica diaria, que la mayoría de los contratos establecen determinados pasos en esa dirección antes que una parte pueda desencadenar el proceso arbitral.

Por otro lado, tratándose de una cláusula deseada por las partes<sup>16</sup>, su voluntad no puede simplemente descartarse (salvo que las partes estén de acuerdo en hacerlo).

<sup>14</sup> La cuestión se estableció en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, el 27 de mayo de 2008 (www.dgsi.pt, N° doc. SJ20080527008472) pero no fue discutida, dado que simultáneamente se trataba de una preterición del Tribunal Arbitral.

<sup>15</sup> CRAIG, W.L.; PARK, W. and PAULSSON, J. *International Chamber of Commercial Arbitration*. 3ª New York: Ed. Oceana, 2000), p. 105.

<sup>16</sup> Aunque no sea necesariamente así en todos los casos, principalmente en aquellos en que la aplicación de la cláusula no es más que un gesto de cortesía en una etapa sensible de la relación entre las partes, como es el de la negociación de un contrato – cfr. *infra*.

La cuestión reside en saber en qué medida la previsión de este tipo de cláusulas es efectivamente ventajosa o si, por el contrario, genera inconvenientes prácticos de tal orden que anulen toda y cualquier ventaja.

Nos referimos al problema de ejecución. Cuando se incumple una cláusula que impone determinados pasos conciliatorios, ¿cuál es la consecuencia? Es lo que trataremos de analizar más adelante.

## 5. EL LIMITE PRÁCTICO: CÓMO – Y EN QUE MEDIDA – SE PUEDE EJECUTAR UNA CLÁUSULA QUE REMITE A NEGOCIACIÓN

### 5.1. En general

Si en un contrato se estipula la necesidad de cumplir determinadas condiciones previas antes de someter el litigio a un Tribunal Arbitral, nada impide, desde el punto de vista de los principios, que una parte pueda obligar a la otra a respetar dicha cláusula. ¿Será todavía razonable?

Y cuando la cláusula contractual solamente impone que la parte aplique sus mejores esfuerzos en una solución

consensual, ¿será necesario imponer a una de las partes que se involucre en un proceso de discusión?

En contraposición, ¿será posible sancionar la parte que incumpla una cláusula de este tipo?

Y la decisión que se tome en este proceso, ¿podrá anularse en caso de incumplimiento de esta cláusula?

### 5.2. La Ley Portuguesa

La Ley Portuguesa no ha atendido, hasta el día de hoy, la mediación/conciliación, por lo tanto, no existe un documento que regule expresamente este mecanismo de resolución de litigios<sup>17</sup>.

La Ley Portuguesa<sup>18</sup>, al igual que la generalidad de las leyes que conocemos<sup>19</sup>, determina que si una causa se aplica en un Tribunal Judicial existiendo cláusula arbitral, el Tribunal deberá remitir las partes a arbitraje. No se realiza referencia alguna a la mediación/conciliación, lo que se considera ser la opción correcta.

No obstante, recientemente, se ha empezado a reglamentar la posibilidad de recurrir a la mediación, existiendo ya regímenes específicos en el ámbito del derecho de familia<sup>20</sup> y del derecho penal<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> El arbitraje es regulado por la Ley 31/86 del 29 de Agosto. En este momento se discute su sustitución por una nueva ley, pero dicho proyecto no trata la mediación/conciliación.

<sup>18</sup> En el caso, el Artículo 494º j) del Código de Proceso Civil.

<sup>19</sup> Y según lo previsto en el Artículo II (3) de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958.

<sup>20</sup> En caso de divorcio y desde 2008 (Ley nro. 61/2008, del 31 de octubre), las instituciones intervinientes deben informarle a las partes la posibilidad de acceder a mecanismos de mediación familiar (Artigo 1774º do Código Civil).

<sup>21</sup> En el caso de delitos considerados de menor gravedad, cometidos contra personas o bienes, el Ministerio Público puede remitir las partes a mediación penal (Ley 21/2007 de 12 de junio).

Se trata de mediación de carácter público, realizada por mediadores designados por el Estado, pero en todo caso, representa una apuesta en las ADR.

Además, tras la adopción por parte de la Unión Europea de la Directiva 2008/52/CE del 21 de mayo de 2008 relativa a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y comercial, Portugal adaptó su legislación a las imposiciones de dicha directiva.

Así, el 29 de junio de 2009, se aprobó la Ley Nro. 29/2009<sup>22</sup>, a través de la cual, entre otros aspectos, se procedió a la introducción de algunos preceptos nuevos en el Código de Proceso Civil<sup>23</sup>.

Es importante destacar los números 1 y 3 del Artículo 249º-A y el número 1 del Artículo 279º-A:

*“Artigo 249º-A.*

*1 — As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios.*

*(...)*

*3 — Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação.*

*(...)”*

*“Artigo 249º-A.*

*1 — Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente,*

*o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.*

*(...)”*

Parece evidente que el legislador parta de la interpretación de que la mediación es un proceso que, implicando la participación activa de ambas partes, sólo deberá imponerse siempre que las partes no se opongan a eso.

No obstante, si es así para los casos presentados ante el Tribunal (Judicial y, *mutatis mutandis*, Arbitral), ¿que debemos decir de los casos en los que la voluntad de someterse a esos mecanismos de ADR ha sido manifestada en el contrato celebrado entre las partes?

Como se mencionó anteriormente, desde el punto de vista de los principios generales nada impide que un compromiso de este tipo sea plenamente válido y, como tal, ejecutable. Otro asunto es saber si, en la práctica, tiene sentido imponer tal obligación.

Analizaremos el asunto de manera separada para cada uno de los tipos de cláusulas que se enumeran anteriormente.

### 5.3. Ejecución de cláusulas que apenas imponían deberes generales

Es común que las cláusulas de resolución de litigios presupongan que las partes hayan hecho un esfuerzo para

<sup>22</sup> Que apenas entró en vigencia el 18 de enero de 2010, y cuya aplicación, en la parte respectiva a mediación, aún depende de publicación de legislación adicional sobre los sistemas de mediación a los que la ley remite.

<sup>23</sup> Se introdujeron los artículos 249º-A, 249º-B, 249º-C y 279º-A.

conciliarse o que impongan deberes generales de empleo del máximo esfuerzo o actuación de acuerdo con la buena fe.

De hecho, cuando los contratos se redactan, el último aspecto del que las partes se quieren preocupar es que sucederá en caso de incumplimiento del contrato. Por tal razón, nos deparamos constantemente con cláusulas que parten del supuesto de buena fe y de razonabilidad de las partes, presupuesto que, luego, ante la mínima señal de litigio se menoscaba. Además, parece que ese tipo de cláusulas no deberán considerarse más que manifestaciones de cortesía<sup>24</sup>, debiendo ser interpretadas en ese contexto.

También será difícil atribuirle diversas consecuencias a una cláusula que imponga que las partes intenten de buena fe encontrar una solución consensual. Citando otra decisión de los Tribunales Ingleses, emitida por LORD ACKNER:

*“[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ... In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There*

*can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content”<sup>25</sup>.*

Aunque esta posición de la justicia inglesa tiene por base una concepción del principio de buena fe diferente a la concepción vigente en casi todos los sistemas civilistas (en los que se entiende que en la negociación de los contratos y en su ejecución las partes están obligadas a actuar de buena fe)<sup>26</sup>, las observaciones no dejan de ser pertinentes. ¿Cuándo se considera cumplido el deber de las partes de intentar, de buena fe, encontrar una solución para el litigio?

Todas estas cláusulas pueden suscitar problemas en caso una de las partes resuelva proceder al arbitraje, sin cumplir los deberes generales estipulados en el contrato: ¿La parte contraria podrá objetar a la constitución del Tribunal Arbitral con base en el incumplimiento de ese deber? ¿Tiene sentido impedir la continuación del proceso arbitral?

Creemos que no. Si la obligación impuesta sobre las partes es de carácter genérico y no limitada, no vemos como su incumplimiento pueda afectar el funcionamiento de un arbitraje (o de un proceso judicial). No hay que olvidarse que el propósito de las cláusulas de resolución de litigios es de contribuir con la resolución

<sup>24</sup> Ver TIBOR VARADY. *The Courtesy Trap: Arbitration ‘If No Amicable Settlement Can Be Reached, in International Bar Association, Arbitration and ADR (Newsletter of Committee D), Vol. 6, N° 2, octubre de 2001, pp. 27 y ss.*

<sup>25</sup> *Walford v. Miles (Inglaterra), [1992] 2 A.C. 128.*

<sup>26</sup> Ver CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith, in Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, Vol. 27 n° 1, 2010, p. 96.*

del litigio y no de generar, ellas mismas, un litigio sobre la forma de resolver el litigio principal<sup>27</sup>.

#### 5.4. Ejecución de cláusulas que imponían deberes específicos

El segundo tipo indicado respecta a las cláusulas que, sin remitir a procesos institucionales de mediación/conciliación, imponen deberes concretos, como la obligación de que los representantes de las partes se reúnan y de que el período de las negociaciones tenga una duración predeterminada.

Aunque es imperioso recordar que si la cláusula fue incluida en un contrato, es porque fue aceptada por las partes, no tiene sentido, en la mayoría de los casos, tratar de comprender cual fue la voluntad real de las partes en la fecha, ya que se trata del tipo de cláusulas que por lo general, se incluye sin ser objeto de un profundo análisis o consideración: Durante la negociación del contrato es descortés que una parte recuse la inclusión de cualquier procedimiento previo tendiente a la conciliación<sup>28</sup>.

Por lo tanto, es necesario considerar la propia cláusula y verificar en qué medida impone una conducta determinable y concreta. Es en el rigor y en la claridad de la cláusula que deberá buscarse una solución para su ejecución.

Aún así, a partir de la existencia de procedimientos específicos que deberían adoptarse, ¿qué hacer si la cláusula se incumple?

¿Y cómo saber si hubo incumplimiento? ¿Qué significa negociar en buena fe? ¿Hasta dónde es necesario llegar para que la negociación sea considerada de buena fe?<sup>29</sup>.

La simple consideración de estas cuestiones nos lleva a evaluar si este tipo de cláusulas puede, en la práctica, generar más problemas de los que pretende resolver.

Aún si consideramos que este tipo de cláusulas posee un verdadero contenido obligatorio, no creemos que una decisión emitida en un proceso arbitral (o judicial), iniciado ante incumplimiento de una cláusula que imponga procedimientos previos tendientes a la conciliación, pueda ser anulada por incumplimiento del compromiso incluido en esa cláusula.

Los mecanismos de conciliación poseen de forma subyacente la voluntad de conciliación de las partes, por lo tanto, es demasiado cuestionar un proceso arbitral en el que una de las parte no respetó una obligación de negociar, cuando ella misma entendía que la negociación no tendría éxito.

De cualquier forma, deberá tenerse en cuenta la clara tendencia de que los tribunales arbitrales valorizan cada vez más, principalmente en procesos

<sup>27</sup> DEBATTISTA, Charles. *Drafting Enforceable Arbitration Clauses*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Vol. 21, Nº 2, 2005, p. 240.

<sup>28</sup> Cfr. FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, 2ª ed., p. 122.

<sup>29</sup> Cfr. BLACKBAY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed. Oxford, 2009, pp. 44-45.

internacionales, la buena fe de las partes. Además, una parte que en incumplimiento de aquello con lo que inicialmente se comprometió y sin ninguna razón válida, fuerce un proceso arbitral, corre el riesgo de que el Tribunal considere negativamente dicha conducta.

Podrá analizarse la cuestión de si ante cláusulas de este tipo, un Tribunal tiene el deber de encaminar las partes a mecanismos de ADR. Podrá sin duda hacerlo y deberá quizás hacerlo, pero no será necesaria una cláusula de estas para que un Tribunal Arbitral juicioso tome la iniciativa de sugerir ADR, si verifica posibilidades reales de conciliación.

Los nuevos preceptos de la ley procesal portuguesa, anteriormente mencionada, indican en el mismo sentido que: El Tribunal (en este caso, judicial) podrá encaminar las partes a una mediación, y éstas tendrán la posibilidad de oponerse (Artículo 279º-A Nº 1). Nada impide que un Tribunal Arbitral haga lo mismo.

¿La parte que no cumpla con la obligación de intentar previamente una negociación podrá ser responsabilizada?

No cabe duda, desde el punto de vista de los principios, que sí, pero la dificultad siempre será la prueba del perjuicio. La generalidad de los ordenamientos civiles

excluye la posibilidad de atribución de daños punitivos. Por lo tanto, es necesario comprobar la existencia de perjuicios. Además, será virtualmente imposible determinar el perjuicio resultante de la falta de una negociación cuyo resultado era absolutamente incierto<sup>30</sup>.

### 5.5. Ejecución de cláusulas que remiten a procesos de mediación/conciliación

En este tercer grupo de casos, nos encontramos con cláusulas que remiten a mecanismos de mediación/conciliación perfectamente determinados y limitados

Aunque en estas situaciones no existen dudas sobre el contenido de la obligación, muchas de las observaciones mencionadas en la sección anterior también se aplican aquí. Aun así, en este caso nos encontramos ante obligaciones claramente definidas que deben ser ejecutadas.

No hay como obligar una parte a contribuir de forma activa y con empeño para el éxito de un proceso de conciliación<sup>31</sup>, pero sí tendrá sentido obligarla a participar. La simple intervención de un tercero en el proceso y los costos incurridos por la parte podrán, eventualmente, ser el estímulo que dicha parte necesita para participar en la mediación/conciliación<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Aún en los casos en que los Tribunales Ingleses concluyeron por la ejecución de cláusulas que imponían deberes de negociación, no dejaron de afirmar que las mismas siempre serían objeto de interpretación restrictiva – cfr. *Petromec Inc. v. Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras*, [2005] EWCA (Civ) 891, pt. 114.

<sup>31</sup> Juzgamos que cualquier intento de definir contractualmente lo que es la participación activa y con empeño conducirá a obtener más problemas que resultados.

<sup>32</sup> Aún en Inglaterra, donde esta discusión ha abarcado un ámbito más amplio, la solución encontrada por los tribunales, en la práctica, es el «*Stay of Proceedings*», dado que en un



Salvándonos una vez más del texto de la Ley Portuguesa, la cláusula contractual funcionará como manifestación de la voluntad de las partes de recurrir a la mediación/conciliación, por lo que ante una de estas cláusulas, el Tribunal deberá encaminar las partes por esa vía.

El proceso de mediación/conciliación deberá, por lo tanto, iniciarse. Saber si dicho proceso tiene éxito es una cuestión que no se puede regular: No se puede forzar a las partes a llegar a un acuerdo. De este modo, será posible ejecutar la cláusula de mediación/conciliación, pero será una ejecución *sui generis*, ya que si una de las partes boicotea el proceso, la otra parte no podrá hacer nada<sup>33</sup>.

Tal no evita que, en función de vehemencia del compromiso asumido en el contrato de recurrir a la mediación/conciliación, el Tribunal pueda imponerle a las partes que además de iniciar el proceso de mediación/conciliación, participen activamente en el mismo. Aún no existirán formas de que el Tribunal castigue a la parte que se rehúse a hacerlo, pero probablemente pocas serán las partes que confrontadas con una instrucción directa de un Tribunal Arbitral decidan incumplirla de manera evidente.

Otra cuestión es la de saber qué sucede si el Tribunal no remite las partes

a la mediación/conciliación. No es difícil admitir que la parte insatisfecha puede disputar incluso la jurisdicción del Tribunal, siempre que no se lleve a cabo una condición de la que dependiera la propia posibilidad de constituir el Tribunal.

No obstante, siempre parecerá excesivo defender la anulación de una sentencia arbitral por no haberse recurrido previamente al proceso de mediación/conciliación que, posiblemente, no habría generado ningún resultado útil.

El arbitraje es un mecanismo que implica una solución final: Independientemente de la voluntad o colaboración de una de las partes, el Tribunal Arbitral puede emitir una decisión que finalice el litigio; ese no es el caso de la mediación/conciliación, siempre que, aparte de la participación de las partes, exista la posibilidad de no llegar a un consenso. No hay, por lo tanto, una finalidad.

Sin embargo, si no es posible encontrar esa finalidad, también entendemos que no tiene sentido cuestionar la validez de una decisión arbitral final<sup>34</sup>, por no haberse utilizado un mecanismo de mediación/conciliación que, por definición, no fuera final.

---

principio los tribunales se opusieron a considerar la posibilidad de ejecución específica del deber de acceder a la mediación, como se mencionó anteriormente a propósito del Proceso Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd. - Cfr. MERKIN, Robert. *Arbitration Law*, LLP, London/Singapore, 2004, pp. 182 y ss.

<sup>33</sup> Esta parece ser también la interpretación concedida en Brasil. Cfr. DE PAIVA MUNIZ, Joaquim T. E PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza. *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Juris Publishing, p. 14.

<sup>34</sup> Aunque sujeta a alguna forma de recurso, una decisión Arbitral no deja de contar con ese carácter final, en la medida en que proporciona una solución para el litigio.

Nótese por último que en los casos decididos por Tribunales Ingleses y aquí referidos, se cuestiona, por un lado, el momento del arranque del proceso arbitral o judicial y, por otro, que el sistema Inglés, a pesar de la figura del *Stay of Legal Proceedings*<sup>35</sup>, contempla formas eficaces de interacción entre el Tribunal Judicial y el Tribunal Arbitral<sup>36</sup>.

Aunque de esta forma la eficacia de las cláusulas de mediación/conciliación dependa de la iniciativa del Tribunal en remitir las partes a tal proceso, pensamos que esta es la solución que mejor equilibra el interés de la parte que está empeñada en la mediación/conciliación con el interés más amplio de obtener de inmediato una decisión que ponga fin al litigio.

## 6. CONCLUSIÓN

A partir del breve análisis realizado nos parece posible concluir que las cláusulas que imponen condiciones previas a la instauración de un litigio, arbitral o judicial, deben ser tratadas de manera diferente según el grado de intensidad de los deberes en ellas previstos.

La posibilidad de obligar a alguien a participar en un proceso de mediación/conciliación no existe; sin embargo, estando tal obligación inequívocamente

prevista, creemos que un Tribunal puede obligar las partes a iniciar ese proceso.

Ya no será el caso de las cláusulas que apenas imponían deberes genéricos de conciliación, en la medida en que no será en posible esos casos definir ningún procedimiento específico acordado por las partes.

Aún en situaciones en las que se impongan deberes específicos de negociación, aceptamos con reserva que una parte pueda ser obligada a cumplir con determinados pasos que serán meramente formales, suponiendo que no se traducirán en cualquier solución de fondo. En todo caso, será perfectamente aceptable que un Tribunal, confrontado con una obligación de este tipo, trate de encaminar las partes a una mediación/conciliación.

Iniciado cualquier proceso de mediación/conciliación, su eficacia siempre dependerá de la voluntad de las partes, por lo que si después de desencadenado el proceso una de las partes impide su continuación, no podrá por eso ser específicamente sancionada<sup>37</sup>. En esa medida, creemos que aún en el caso de cláusulas que impongan mecanismos de mediación/conciliación no se podrá hablar de ejecución específica, dado que esta presupone que el Tribunal se sustituya a la voluntad de las partes. En este tipo

<sup>35</sup> Arbitration Act 1996, artículo 9.

<sup>36</sup> Como es la posibilidad de, dependiendo de disputa en el Tribunal Arbitral, exigir que un determinado punto legal sea decidido por el Tribunal Judicial - cfr. Arbitration Act 1996, artículo 46.

<sup>37</sup> La cuestión podrá valorarse, más tarde, en el momento de la decisión de repartición de cargos de la acción que se pretende aplicar, pero juzgamos que ese será el límite. La Ley Portuguesa ya lo prevé en ciertos casos, aunque de forma no totalmente satisfactoria - cfr. Artículo 447º-D Nro 4 del Código de Proceso Civil: "*O autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio*".

de situaciones, eso es imposible: El Tribunal puede desencadenar el proceso de mediación/conciliación (sustituyéndose a las partes), pero no puede asegurar que el mismo produzca resultados.

Sin perjuicio de esa limitación, si el Tribunal adopta una postura proactiva frente a ese proceso de mediación/conciliación, probablemente las partes le darán mayor atención, para no caer en el disfavor del Tribunal.

Independientemente de la confianza que se le tenga a los mecanismos de ADR (y los autores defienden su eficacia), el análisis supra nos lleva a concluir que la inclusión en contratos de cláusulas que impongan precondiciones al desencadenar de acciones deberá ser objeto de mucha ponderación, suponiendo que las cláusulas de resolución de litigios escritas sin gran preocupación son al final susceptibles de, en vez de facilitar la resolución del litigio, generar un foco adicional de discusión<sup>38</sup>.

Por otro lado, se deberá tener en cuenta que la existencia de este tipo de cláusulas podrá ser aprovechada por una de las partes para fines meramente dilatorios, logrando de este modo retrasar el inicio del proceso arbitral. Por esta razón, creemos que deberá ser el Tribunal, en cada caso, quien decida en qué medida tiene sentido obligar a las partes a utilizar cualquier mecanismo de ADR.

Una última conclusión consiste en que las partes, al redactar contratos, deben darle (por lo menos) la misma atención a las cláusulas de resolución de litigios que a las demás cláusulas contractuales. Aparte del ánimo y de las manifestaciones de buena fe que las partes demuestren durante la negociación de un contrato, es importante recordar que no todo podrá salir bien y que la más perfecta relación entre dos operadores en absoluta buena fe puede siempre ocasionar divergencias.

Cuando eso suceda es preferible contar con cláusulas de resolución de litigio que hayan sido ponderadas y sean adecuadas para su aplicación.

De lo contrario, la parte que vea frustradas sus expectativas en el resultado de previos procedimientos de conciliación previstos en una cláusula contractual, deberá ponderar seriamente en qué medida desea esgrimir ese argumento, en cuanto se arriesga a transferir el centro de la discusión a algo que sólo debería ser una cuestión accesoria.

Para finalizar, y si es loable el propósito de contribuir para las soluciones basadas en la mediación/conciliación, las partes (y los abogados que las asistan) deberán ser conscientes de la decisión que tomen para que, luego, puedan aceptar también sus respectivas consecuencias.

<sup>38</sup> Cfr. CHAPMAN, Simon. *Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith*, in *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2010 Vol. 27, N° 1, p. 90.



---

# URUGUAY

---



# EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

SANDRA GONZÁLEZ (\*)

FERNANDO GÓMEZ (\*\*)

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normas aplicables. 3. Requisitos formales. 4. Interpretación y alcance del acuerdo arbitral. 5. El acuerdo arbitral como factor de atribución de jurisdicción. 6. Cuestiones arbitrables. 7. Autonomía del arbitraje. 8. Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En Uruguay, el arbitraje es reconocido y aceptado como un medio de solución de conflictos tanto domésticos como internacionales.

El arbitraje enfrenta sus mayores desafíos en dos oportunidades:

- a) antes de empezar, si alguna de las partes acude a los tribunales para eludir el proceso arbitral; y
- b) luego de terminar, cuando la parte vencida concurre a los tribunales para bloquear la ejecución del laudo.

En ambos casos, juega un papel clave el análisis de la validez y eficacia del acuerdo arbitral.

La jurisprudencia uruguaya ha reconocido los acuerdos para someter una disputa a arbitraje internacional conforme a la Convención de Nueva York y a la Convención de Panamá. En sus fallos, los tribunales han respetado y aplicado las convenciones internacionales con un espíritu amplio que ha favorecido el desarrollo del arbitraje.

## 2. NORMAS APLICABLES

De la normativa vinculada con el acuerdo arbitral, el país ratificó la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 («Convención de Nueva York») y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de

---

(\*) Socia de Ferrere Abogados, Motevideo, Uruguay. Catedrática Asociada de Derecho de Empresa en la Universidad ORT.

(\*\*) Miembro del Grupo de Litigios de Ferrere Abogados, Montevideo, Uruguay.

1975 («Convención de Panamá»). En el ámbito del MERCOSUR, que comprende Uruguay, Argentina, Brasil y Paraguay, se aprobó el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR («Acuerdo MERCOSUR»)<sup>1</sup>. No hay aún fallos publicados en los que se haya aplicado este Acuerdo.

Las normas internas sobre el proceso arbitral, que se encuentran en el Código General del Proceso («CGP»), se aplican al arbitraje doméstico, y eventualmente al internacional, pero únicamente si así lo previeron las partes en forma subsidiaria y limitada en ausencia de tratado o convención u otras reglas acordadas por éstas<sup>2</sup>.

Uruguay no tiene una ley nacional de arbitraje,<sup>3</sup> pero por el elenco de Estados vinculados por las convenciones ratificadas por Uruguay, los casos referidos a arbitraje comercial internacional invariablemente caen bajo el ámbito de aplicación de estas convenciones. Adicionalmente, aún en caso de que éstas no fueran aplicables directamente, igualmente lo serían en Uruguay como doctrina más recibida.

### 3. REQUISITOS FORMALES

En relación a los tipos de acuerdo arbitral, el derecho interno uruguayo regula para el arbitraje doméstico la cláusula compromisoria y el compromiso

arbitral. La primera es aquella por la cual, las partes deciden someter a arbitraje una controversia futura. La segunda se refiere al acuerdo para someter a arbitraje una controversia ya existente, sea que exista o no una cláusula compromisoria previa. Ambas están incluidas en el concepto de acuerdo arbitral.

El Acuerdo MERCOSUR, por su parte, reconoce que el acuerdo o convención arbitral puede revestir la forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o puede resultar de un acuerdo independiente<sup>4</sup>.

Estas distinciones, sin embargo, no son relevantes bajo el ámbito de la Convención de Nueva York ni la de Panamá. Ambas engloban bajo el concepto de acuerdo arbitral a la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral y regulan el reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en virtud de una u otra sin diferencia. Este mismo criterio es seguido por los tribunales uruguayos.

En materia de arbitraje internacional la jurisprudencia uruguaya ha juzgado la validez formal del acuerdo arbitral bajo los requisitos de la Convención de Nueva York y la de Panamá. Es decir, admiten la validez del acuerdo arbitral por escrito, entendiéndose por este, una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las

<sup>1</sup> Se suscribió otro idéntico entre el MERCOSUR, Chile y Bolivia, pero no entró aún en vigencia porque ni Chile ni Bolivia lo ratificaron.

<sup>2</sup> Artículo 524º del Código General del Proceso, art. 1º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y art. 27º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>3</sup> Hay un proyecto de ley de arbitraje comercial internacional a estudio del Parlamento desde hace ya años pero su aprobación es aún incierta.

<sup>4</sup> Artículo 2.e) del Acuerdo MERCOSUR.



partes o incluidos en un canje de cartas o telegramas.

En cuanto a los medios escritos donde debe constar el acuerdo arbitral, además de los referidos anteriormente, en la Convención de Panamá está previsto también el telex como medio de intercambio entre las partes<sup>5</sup>.

El Acuerdo MERCOSUR también exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, admitiendo el intercambio de cartas o telegramas y también de telefax, correo electrónico o medio equivalente cuando estén confirmados por un documento original<sup>6</sup>.

La jurisprudencia uruguaya exige el cumplimiento de este requisito, desconociendo los laudos fundados en arbitrajes en el que el acuerdo arbitral no conste por escrito con anuencia de ambas partes. Los tribunales sostienen que bajo la Convención de Nueva York se requiere un claro acuerdo entre las partes, expreso y explícito. En una sentencia reciente, la Suprema Corte de Justicia rechazó la ejecución de un laudo internacional porque la parte contra la cual se pretendía ejecutar no había firmado el documento que contenía la cláusula arbitral<sup>7</sup>. La parte demandada objetó la ejecución del laudo argumentando que habían existido

únicamente negociaciones y que no se había celebrado un contrato.

Asimismo, los tribunales de Apelaciones han entendido que debe haber una manifestación expresa de voluntad a favor del arbitraje. En los casos de conocimiento de embarque no basta por ejemplo la intervención en la negociación o trámite del conocimiento<sup>8</sup>.

Un Tribunal de Apelaciones rechazó el recurso de nulidad de un laudo dictado en un arbitraje internacional con sede en Uruguay, aplicando los requisitos formales del acuerdo arbitral de las convenciones internacionales y dejando de lado el derecho nacional. La parte impugnante argumentó que el laudo no era válido porque no se había celebrado compromiso arbitral en acta o escritura judicial o en escritura pública como requiere la ley procesal interna<sup>9</sup>. El tribunal concluyó que plantear la nulidad en base a un argumento de derecho procesal uruguayo implicaba desconocer la ratificación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá. Según la sentencia, la definición de forma escrita del acuerdo arbitral de la Convención de Nueva York es una norma material que prevalece sobre el ordenamiento nacional<sup>10</sup>.

Otro tema relevante es la validez del acuerdo arbitral cuando está incluido en un

<sup>5</sup> Artículos II.2 de la Convención de Nueva York y 1º de la Convención de Panamá.

<sup>6</sup> Artículo 6º del Acuerdo MERCOSUR.

<sup>7</sup> Sentencia 85/2008, Suprema Corte de Justicia.

<sup>8</sup> Sentencia 59/1989, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno. En: Anuario de Derecho Comercial 5. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 264.

<sup>9</sup> Artículo 477º del CGP.

<sup>10</sup> Sentencia 161/2003, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 128, caso 14.744. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 2003.

contrato de adhesión. Las Convenciones de Nueva York y Panamá nada dicen al respecto. El Acuerdo MERCOSUR prevé expresamente la posibilidad de que la convención arbitral esté incluida en un contrato de adhesión. Agrega que deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado<sup>11</sup>.

La jurisprudencia local admite la validez de los acuerdos arbitrales incluidos en contratos de adhesión y en formularios preimpresos, en la medida que la parte haya conocido o podido conocer con un mínimo de diligencia la existencia de la cláusula arbitral.

Un Tribunal de Apelaciones sostuvo, en un caso en el cual la cláusula arbitral estaba contenida en un contrato de adhesión que venía ejecutándose desde hacía ocho años, que no era admisible alegar desconocimiento del idioma del contrato y de su contenido, especialmente del acuerdo arbitral, porque aún si la parte no los hubiera conocido, podía haberlo hecho usando la diligencia ordinaria<sup>12</sup>.

La Suprema Corte de Justicia, sobre la base de la Convención de Nueva York, admitió la validez de un acuerdo arbitral pactado en un contrato firmado en idioma inglés. Sentenció que aún cuando la parte que pretendía desconocer el acuerdo arbitral no supiera efectivamente que lo había pactado, sería producto de su propia irresponsabilidad o negligencia porque

la cláusula no estaba oculta, disimulada ni había sido la parte inducida a error<sup>13</sup>. El fallo reitera el criterio que sigue la jurisprudencia de que en el arbitraje comercial internacional hay que analizar la validez del acuerdo arbitral bajo las convenciones internacionales suscritas por Uruguay y con prescindencia del derecho aplicable al arbitraje doméstico.

#### **4. INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ACUERDO ARBITRAL**

La ley aplicable a la interpretación del acuerdo será aquella elegida por las partes o, en su defecto, la de la sede del arbitraje. Esto implica, por ejemplo, que un tribunal nacional no podría legítimamente interpretar el alcance de una cláusula arbitral bajo la ley uruguaya si las partes sometieron dicho acuerdo a una ley diferente. La jurisprudencia ha pasado de utilizar un criterio restrictivo para dicha interpretación a uno más flexible en los últimos años. Esta evolución se ha dado específicamente en el contexto del arbitraje comercial internacional.

La tendencia de la jurisprudencia se dirige inclusive a admitir el arbitraje en contratos conexos. En esta línea se encuentra la sentencia de un Tribunal Laboral que remitió a arbitraje el caso iniciado por un gerente local de una empresa española contra su empleadora,

<sup>11</sup> Artículos 4.1º y 4.2º del Acuerdo MERCOSUR.

<sup>12</sup> Sentencia 90/1996, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/97, caso 230. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, pp. 343 y 344.

<sup>13</sup> Sentencia 43/2006, Suprema Corte de Justicia.

una subsidiaria uruguaya. El contrato laboral que originó la controversia no incluía una cláusula de arbitraje. Dicha cláusula había sido incluida en un contrato de compraventa de acciones entre el gerente reclamante y la compañía matriz española, y en el cual el vendedor había aceptado el cargo gerencial en cuestión como parte de un acuerdo paquete. El Tribunal Laboral entendió que, a pesar de la falta de una cláusula de arbitraje entre las partes específicas de la disputa, existía una conexión suficiente ya que un modelo de contrato laboral había sido adjuntado al acuerdo de compraventa de acciones. Ordenó a las partes que resolvieran el reclamo laboral a través de arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»)<sup>14</sup>.

Más adelante, en el contexto de una controversia por una distribución, otro Tribunal admitió la validez de la cláusula arbitral y remitió a las partes a arbitraje en Osaka, Japón bajo las Reglas de Arbitraje de la Bolsa de Valores de Osaka. En este caso, una compañía uruguaya de distribución inició un reclamo judicial contra una filial estadounidense de una compañía multinacional japonesa. La casa matriz de Japón había firmado, años atrás, un contrato de distribución con la parte reclamante que incluía un acuerdo arbitral. A pesar de que la compañía estadounidense demandada no había sido parte del contrato de distribución y no había firmado la cláusula arbitral, el

Tribunal determinó que las alegaciones de las partes se referían al contrato de distribución original por lo que había una conexión suficiente para aplicar el acuerdo arbitral<sup>15</sup>.

Estos dos casos abrieron el camino para el abandono del principio de interpretación restrictiva de la cláusula arbitral que primaba en Uruguay, sustituyéndolo por uno más flexible que tiende a favorecer al arbitraje respetando la voluntad de las partes y evitando maniobras para eludir su cumplimiento.

## 5. EL ACUERDO ARBITRAL COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN

El acuerdo arbitral excluye la jurisdicción de los tribunales ordinarios para entender en las contiendas alcanzadas por el mismo. En la esfera práctica, este efecto se traduce en el derecho de la parte demandada ante un tribunal ordinario de interponer la excepción de falta de jurisdicción y en que los tribunales ordinarios se inhiban de entender en los casos sujetos a un acuerdo arbitral<sup>16</sup>.

La Convención de Nueva York establece que los tribunales remitirán a las partes a arbitraje a instancias de una de ellas, excepto que el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable<sup>17</sup>. Dicha convención fue cautelosa, pero sin embargo, no le dejó libertad de acción

<sup>14</sup> Sentencia del 3 de diciembre de 2003, Juzgado Letrado de Trabajo 10° Turno.

<sup>15</sup> Sentencia 3652/2004, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° Turno.

<sup>16</sup> Sentencia 87/2001, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.

<sup>17</sup> Art. II.3 de la Convención de Nueva York.

a aquellas jurisdicciones reticentes a aceptar el arbitraje, ni a la revisión de los laudos alegando cualquier objeción formal de la cláusula arbitral. Actualmente, la jurisprudencia uruguaya le ha dado el correcto alcance a dicha norma.

La Suprema Corte de Justicia determinó que si bien la Convención no aclara qué debe entenderse por nulo, ineficaz o inaplicable, debe tratarse de causales de peso, de vicios groseros, en general, falta o vicio del consentimiento. La Corte citó como ejemplos la falta de capacidad de las partes o el consentimiento obtenido por falsedad, engaño o fraude<sup>18</sup>.

Interpuesta la excepción y verificada la existencia de una cláusula arbitral válida, los tribunales ordinarios deben remitir a las partes a arbitraje. En un caso en el cual el Tribunal de primera instancia había reconocido la existencia de la cláusula pero la había desestimado por entender que se había vencido el plazo estipulado para plantear el reclamo, el Tribunal de Apelaciones revocó el fallo, argumentando que como existía un acuerdo arbitral válido la decisión sobre el alcance del incumplimiento del plazo

correspondía a la justicia arbitral. Se había pactado arbitraje en Londres bajo ley inglesa y el Tribunal invocó en su fallo las disposiciones de la Convención de Nueva York<sup>19</sup>.

La jurisprudencia es conteste en que, teniendo en cuenta la naturaleza convencional del acuerdo arbitral, éste es renunciabile. Los fallos en Uruguay entienden que si una de las partes, de una relación jurídica sujeta a arbitraje, entabla reclamo ante un tribunal nacional, y la otra parte se somete al mismo sin interponer excepción de falta de jurisdicción, entonces debe entenderse que renunció al arbitraje. Sostienen que dicha renuncia es tácita, pero inequívoca, y que no podrá luego objetarse la ejecución de la sentencia argumentando que la disputa debió haber sido sometida a arbitraje<sup>20</sup>.

En cuanto a la oportunidad procesal para oponer la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios por la existencia de un acuerdo arbitral, la jurisprudencia entiende que es al contestar la demanda principal. En un caso en el cual las partes habían comparecido a la audiencia de conciliación previa al juicio

<sup>18</sup> Sentencia 43/2006, Suprema Corte de Justicia. En: Derecho Digital Uruguayo, caso 10298. Montevideo: Derecho Digital Uruguayo.

<sup>19</sup> Sentencia 67/1992, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 106, c. 12202. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 1993.

<sup>20</sup> Sentencia 297/2007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno. En: Derecho Digital Uruguayo, caso 10175. Montevideo: Derecho Digital Uruguayo; Sentencia 363/2007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno; Sentencia 262/2001, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno; Sentencia del 12 de diciembre de 1990, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8º Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 104, caso 11923. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 1992; Sentencia 55/1990, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8º Turno. En Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/90, caso 189. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 96; y Sentencia 240/1986, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal 4/87, caso 399. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 44.

sin que el excepcionante opusiera la falta de jurisdicción, haciéndolo luego al contestar la demanda, el Tribunal de Apelaciones acogió la excepción. Indicó que no puede entenderse tácitamente renunciado el acuerdo arbitral porque el demandado haya asistido a la audiencia de conciliación previa sin haber opuesto la excepción, porque la oportunidad para hacerlo es frente a la demanda principal<sup>21</sup>.

## 6. CUESTIONES ARBITRA- BLES

Otro de los temas clave en relación al análisis del acuerdo arbitral, y por tanto a la procedencia del arbitraje y eventualmente del laudo, es determinar si un asunto puede ser sometido a la jurisdicción arbitral conforme a la ley uruguaya.

La Convención de Nueva York autoriza a denegar la ejecución de un laudo internacional si el objeto de la disputa no es arbitrable bajo la ley del país en el que se pretende la ejecución<sup>22</sup>. La ley procesal interna, asimismo, dispone que los tribunales uruguayos deben asegurarse que el laudo internacional no viola el orden público internacional uruguayo para admitir su ejecución en el país<sup>23</sup>. Varias

sentencias incluyen la arbitrabilidad de la disputa en este análisis.

La Suprema Corte ha examinado la arbitrabilidad en forma independiente y, en otros casos, junto con la cuestión de orden público. Conforme a la ley uruguaya<sup>24</sup>, la Corte ha establecido que las cuestiones que pueden ser transadas también pueden ser sometidas a arbitraje. Acorde con ello, la Suprema Corte y otros tribunales han aceptado el arbitraje de disputas societarias y laborales.

Un Tribunal de Apelaciones admitió, indirectamente al decidir sobre si el arbitraje era de derecho o equidad, someter a arbitraje temas societarios tales como la exclusión de un socio, remoción del administrador, declaración de disolución de la sociedad comercial y continuación personal de la actividad societaria<sup>25</sup>. Más recientemente, un Tribunal remitió a arbitraje las relaciones entre los socios de una sociedad comercial así como temas societarios anexos<sup>26</sup>. En una sentencia anterior, el mismo Tribunal había excluido de la jurisdicción arbitral la cuestión del derecho de receso en una sociedad comercial por tratarse de un derecho irrenunciable cuyo ejercicio no puede ser restringido<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Sentencia 230/2001, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 126, caso 14459. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 2002.

<sup>22</sup> Artículo V.2.a) de la Convención de Nueva York.

<sup>23</sup> Artículo 539.1.8) del CGP.

<sup>24</sup> Artículo 476 del CGP y 2154 del Código Civil.

<sup>25</sup> Sentencia 158/1998, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 120, suma 120018. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 1999.

<sup>26</sup> Sentencia 262/2005, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno.

<sup>27</sup> Sentencia 35/1999, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, La Justicia Uruguaya, tomo 120, suma 120037. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 1999.

En el 2003, un Tribunal Laboral remitió a las partes a arbitraje, bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI, en el caso de derecho laboral comentado más arriba en el cual, el gerente local de una empresa española demandó localmente a la subsidiaria uruguaya. Este fallo es importante por cuanto proviene de un tribunal laboral, tradicionalmente reuentes a aceptar mecanismos alternativos de solución de disputas<sup>28</sup>.

Finalmente, en 2006, la Suprema Corte de Justicia también acogió la ejecución de un laudo internacional sobre un tema laboral. La parte contra quién se pretendía ejecutar el laudo en Uruguay argumentó que someter a arbitraje dicha disputa laboral violentaba el orden público internacional del país. La Corte sostuvo que el laudo recaía sobre una materia que era arbitrable<sup>29</sup>.

## 7. AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE

En Uruguay, la normativa aplicable, de forma implícita o explícita consagra la autonomía del acuerdo arbitral. La Convención de Nueva York excluyó de los criterios de validez del acuerdo arbitral, los requisitos de la ley local incluyendo normas materiales, en su artículo II y librando a las partes la determinación de la ley aplicable a la cláusula arbitral en su artículo V.1.a). El Acuerdo MERCOSUR, por su parte, establece expresamente la autonomía del acuerdo arbitral del contrato

base y estipula que la inexistencia o invalidez de éste no afecta al acuerdo<sup>30</sup>.

La jurisprudencia uruguaya se ha pronunciado a favor de la autonomía del acuerdo arbitral, como independiente de la relación jurídica a la que es aplicable.

Un Tribunal de Apelaciones sostuvo, al entender en una acción de nulidad de un laudo dictado en un arbitraje con sede en Uruguay, que los requisitos de la Convención de Nueva York constituyen una regla material que prevalece sobre normas nacionales. También afirmó que debe reconocerse el principio de la autonomía de la voluntad para determinar qué normativa rige la validez del acuerdo de arbitraje<sup>31</sup>. El fallo dice que si el acuerdo arbitral emana de la voluntad de las partes, a ellas les corresponde establecer su régimen. Y agrega que dicho régimen suele independizarse del contrato principal. En base a estos fundamentos, el Tribunal rechazó el recurso que pretendía la nulidad del laudo porque el compromiso arbitral no cumplía con requisitos formales de la ley uruguaya aplicable a los arbitrajes domésticos.

La autonomía del acuerdo arbitral implica que la eventual nulidad del contrato base sujeto al acuerdo no afecta a éste. En un caso en que se planteó una excepción de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios, un Tribunal de Apelaciones sostuvo que, como entiende en forma unánime la doctrina, el acuerdo arbitral incluido en

<sup>28</sup> Sentencia 3619/2003, Juzgado Letrado en lo Laboral de 10° Turno.

<sup>29</sup> Sentencia 106/2006, Suprema Corte de Justicia.

<sup>30</sup> Artículo 5° del Acuerdo MERCOSUR.

<sup>31</sup> Sentencia 161/2003, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno. En: La Justicia Uruguaya, tomo 128, caso 14744. Montevideo: La Justicia Uruguaya, 2003.

un contrato es considerado independiente de las demás estipulaciones del mismo. Indicó que hasta puede declararse nulo ese contrato y ello no supone la invalidez de la cláusula arbitral<sup>32</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

La suerte del arbitraje depende en definitiva de la respuesta que la jurisprudencia le da a las siguientes cuestiones legales:

- ¿En qué casos los tribunales intervendrán en un vínculo sujeto a arbitraje?
- ¿Cuáles son los requisitos del acuerdo arbitral que los tribunales van a tener en cuenta para conducir a las partes a arbitraje y para ejecutar los laudos?

La más reciente jurisprudencia uruguaya sobre las cuestiones anteriores muestra una tendencia a favor y en apoyo del arbitraje comercial internacional. La voluntad de las partes, traducida en un acuerdo arbitral, es respetada por los tribunales uruguayos, acompañando los lineamientos más modernos a nivel internacional.

---

<sup>32</sup> Sentencia 87/2001, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.





---

# VENEZUELA

---



# EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO VENEZOLANO

## ESTUDIO CRÍTICO SOBRE SU EFICACIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

RAMÓN J. ALVINS SANTI (\*)

PEDRO SAGHY CADENAS (\*\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *El Acuerdo de Arbitraje.* 2.1 *Consideraciones teóricas.* 2.2 *Consecuencias de la existencia de un acuerdo arbitral, de conformidad con la legislación vigente en Venezuela.* 3. *Estudio de la Jurisprudencia reciente de los Tribunales de Instancia Venezolanos.* 3.1. *Sentencia de fecha 12 de mayo de 2009, del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.* 3.2. *Sentencia de fecha 5 de agosto de 2009, del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario del Tránsito y de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.* 3.3. *Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.* 4. *Reflexiones finales.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje, es una forma cada vez más común de resolver los conflictos. En

Venezuela, desde la publicación de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)<sup>1</sup> la actividad de los Centros de Arbitraje ha aumentado notablemente y la jurisprudencia rela-

(\*) Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (1986). Master en Derecho Procesal Civil en la Universidad de Illinois Urbana-Champaign (1993). Socio internacional responsable del Departamento de Litigios y Arbitraje en la oficina de Caracas de Macleod Dixon, S.C.

(\*\*) Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2000), DSU en Derecho Civil en la Universidad de Paris II (2004); DEA en Derecho Privado General en la Universidad de Paris II (2005). Candidato al título de Doctor en Derecho en la Universidad de Paris II. Asociado del Departamento de Litigios y Arbitraje de Macleod Dixon, S.C.

<sup>1</sup> Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998.

tiva a esta materia, locamente, se ha multiplicado.

Así lo demuestran las recientes estadísticas publicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)<sup>2</sup>.

hecho a nivel internacional sobre este modo de resolución de conflictos. Todas estas razones han estimulado el uso del arbitraje de forma cada vez más corriente para resolver los conflictos.



**Número de Casos (1998 - 2009)**

Las razones del creciente uso de esta forma de resolución de conflictos son conocidas. Podría incluso afirmarse que se trata de un fenómeno global. En términos generales, nos referimos al alto grado de congestión de los tribunales estatales, la complejidad de los asuntos, la creciente necesidad de respuesta expedita, las ventajas de la confidencialidad y, por que no, al éxito de la campaña de la difusión que se ha

En el caso venezolano, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha pronunciado sobre las causas que motivan el uso del arbitraje. Ello lo hizo en los siguientes términos:

- La excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a

<sup>2</sup> [http://www.arbitrajeccc.org/index.asp?spg\\_id=17](http://www.arbitrajeccc.org/index.asp?spg_id=17) Invitamos a conocer el resultado completo de las interesantes estadísticas publicadas por este centro de arbitraje. Es oportuno mencionar que en Venezuela, junto al CAAA, existe el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje accesible vía Internet a través de la siguiente dirección: <http://www.cedca.org.ve/>. Ambas son las instituciones más importantes en lo que respecta a la gestión de arbitrajes institucionales.

su consideración, entre otros motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo que en definitiva ha causado la pasividad de los particulares respecto de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas y ha originado desinterés en poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener el restablecimiento del orden jurídico infringido.

- Ante esa realidad, surgió la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico, medios alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentra el arbitraje, el cual permite a los particulares resolver sus diferencias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, denominados árbitros, a los que el Estado les atribuye la facultad de juzgar. De esta manera, se permite la colaboración de los particulares en la solución de conflictos y se evita mayor congestión en los juzgados<sup>3</sup>.

Todas las razones expuestas por el TSJ como causas del creciente uso del arbitraje son interesantes. Sin embargo quisiéramos destacar particularmente para este trabajo la calificación del arbitraje

como un “procedimiento más sencillo y expedito”. Esta calificación contrasta radicalmente con las formalidades y el ritualismo exigido por los tribunales de instancia para que los particulares puedan hacer valer la convención de arbitraje que fue celebrada entre ellas.

En efecto, en Venezuela aun se percibe un cierto recelo por parte del Poder Judicial en aceptar que las partes decidieron celebrar un acuerdo arbitral. Es decir, que las partes decidieron resolver sus controversias prescindiendo del Poder Judicial. Desde nuestro punto de vista, algunas decisiones recientes de los tribunales venezolanos parecieran expresar una visión del acuerdo arbitral como una suerte de agravio en contra del Poder Judicial al haber sido excluidos del conocimiento del asunto y obligan a las partes a cumplir con ciertos formalismos, a pesar de que ya no son necesarios de conformidad con la legislación vigente.

Por todo lo anterior, dedicaremos el presente trabajo a criticar constructivamente esta situación, basados en las decisiones de los tribunales venezolanos dictadas durante el año 2009, relativas a las exigencias que se han establecido para reconocerle eficacia a los acuerdos arbitrales. Si bien estas decisiones no son en número abundantes, su contenido es categórico y permite establecer claramente la tendencia actual de los tribunales ordinarios cuando están en presencia de un acuerdo arbitral.

<sup>3</sup> La Sala de Casación Civil (SCC) del Tribunal Supremos de Justicia (TSJ), Decisión RC0082 de fecha 8 de febrero de 2002, EXP. No. 2000-000532.

La intención que nos hemos fijado con este trabajo es doble. Por un lado, demostrar el avance técnico de la legislación venezolana respecto al acuerdo de arbitraje y, por el otro, contribuir con la reflexión acerca de las paradójicas e innecesarias exigencias formales requerida por los tribunales venezolanos para reconocer la eficacia de los acuerdos arbitrales. Por tal motivo dividiremos nuestra exposición en dos grandes partes: la primera dedicada al acuerdo arbitral y su evolución en el derecho venezolano y la segunda dedicada a analizar las decisiones más recientes de los tribunales venezolanos respecto a la efectividad de los compromisos arbitrales.

## 2. EL ACUERDO DE ARBITRAJE

El concepto del acuerdo de arbitraje cambió significativamente en Venezuela con la LAC. A partir de esta ley, hemos pasado de una concepción doble a una concepción única. Más amplia. Las consecuencias de este cambio no son sólo teóricas. Desde el punto de vista práctico el cambio es, o debería ser, total.

Por esta razón, dedicaremos la primera parte a un análisis del cambio teórico del concepto del acuerdo de arbitraje para luego detenernos en las consecuencias prácticas de este cambio.

### 2.1. Consideraciones teóricas

La doctrina<sup>4</sup> ha identificado tradicionalmente dos tipos de acuerdos arbitrales. Es decir, dos modos a través de los cuales las partes pueden acordar resolver sus diferencias a través del arbitraje. Por un lado, la cláusula arbitral o compromisoria, y por el otro el compromiso arbitral o de arbitraje.

La cláusula arbitral o compromisoria consiste en una convención a través de la cual las partes de un contrato se comprometen a someter al arbitraje los litigios que pudiera nacer relacionados con ese contrato. Por otro lado, el compromiso de arbitraje consiste en una convención a través de la cual las partes en litigio, deciden pasar al arbitraje.

Esta diferencia fue establecida por el legislador venezolano en el Código de Procedimiento Civil venezolano (CPC)<sup>5</sup>. En efecto, de los artículos 608°, 609°, 610° y 611° de dicho Código se estableció que las partes tienen dos formas posibles para establecer un acuerdo arbitral: someter a arbitraje las controversias que puedan nacer de un contrato o someter a arbitraje el litigio ya existente.

Dichos artículos, en sus partes relevantes a los fines de este trabajo, establecen lo siguiente:

<sup>4</sup> La doctrina francesa denomina esta cláusulas "*la clause compromissoire*" y "*le compromis d'arbitrage*". En inglés estas cláusulas se conocen bajo el nombre de "*arbitration clause*" y "*submission agreement*". Véase: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris: Litec, 1996, p. 209 y ss. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*, reeditado y revisado por GAILLARD, Emmanuel and SAVAGE, John, Kluwer Law International, Paris, 1999.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

“Artículo 608°.- Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción.

Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento.

Si no estuvieren en juicio, las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este artículo. En todo caso de compromiso, la aceptación de los árbitros y la constitución del Tribunal arbitral se hará ante el Juez que se menciona en el artículo 628<sup>o6</sup>.

Artículo 609°.- Si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso siguiendo en un todo las exigencias establecidas en el artículo anterior; pero si alguna de las partes se negare a formalizarlo, la otra podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o esté conociendo de la controversia, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento. Presentado dicho instrumento, el Tribunal ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente, en cualquier hora de las fijadas en la tablilla a que

se refiere el artículo 192. La citación se practicará mediante boleta, a la cual se anexará copia de la respectiva solicitud y del documento que contenga la cláusula compromisoria.

Artículo 610°.- Si el citado conviniere en la obligación hará constar en el acto de su comparecencia las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento y se procederá el día siguiente, a la hora que señale el Tribunal, a la elección de los árbitros.

(...)

Artículo 611°.- Si el citado contradice la obligación, se abrirá una articulación probatoria por quince días, transcurridos los cuales el Tribunal procederá a dictar su decisión dentro de los cinco días siguientes. De la sentencia se oírá apelación libremente, pero el fallo del Superior causará cosa juzgada”.

Como puede apreciarse, las características fundamentales del acuerdo de arbitraje contemplado en el CPC son las siguientes:

- Existen dos tipos de acuerdo: Uno relativo a controversias futuras y otro relativo a las controversias presentes.
- El acuerdo relativo a controversias futuras se refiere exclusivamente a relaciones contractuales. Este tipo de compromiso se denomina cláusula compromisoria.
- Tanto el compromiso arbitral como la cláusula compromisoria deben formalizarse ante el tribunal, ordinario, que normal-

<sup>6</sup> Artículo 628° del CPC: “Para todos los efectos de este Título, es Juez competente en Primera Instancia el que lo fuere para conocer del asunto sometido a arbitramento”.

mente sería el competente para conocer el asunto.

- En caso de que alguna de las partes no formalice o contradiciere la cláusula arbitral, el juez determinará la validez del compromiso.

Todas las características de esta forma de comprometer en árbitros son interesantes de estudiar. Sin embargo, esta vez, nos detendremos principalmente a analizar el deber de formalizar el compromiso arbitral cuando exista una la cláusula arbitral. Es decir, un acuerdo previo a la existencia del conflicto de resolverlo a través del arbitraje.

Como puede apreciarse el CPC establece la obligación de formalizar el compromiso arbitral. La obligación de formalizar el compromiso arbitral está prevista en los siguientes términos: “si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso siguiendo en un todo las exigencias establecidas en el artículo anterior”.

De conformidad con el “artículo anterior”, para formalizar el acuerdo arbitral las partes deberían cumplir con los siguientes requisitos: 1. Que la controversia no puede referirse a cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción: 2. Que las

partes deben expresar en el expediente de la causa las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; 3. Que el número y nombre de los árbitros; 4. Que el carácter de los árbitros; 5. Que las facultades que les confieran a los árbitros y 6. Cualquier acuerdo sobre el procedimiento que las partes hayan decidido;

Según el CPC, el acuerdo de arbitraje acordado por las partes a través de una cláusula compromisoria tenía un efecto muy reducido. No bastaba que las partes se hubiesen puesto de acuerdo sobre el arbitraje como forma de resolver las controversias. Había además que formalizar este acuerdo ante el juez competente de primera instancia, cumpliendo con una serie de requisitos formales.

La doctrina expresa<sup>7</sup>, que “la cláusula compromisoria se entendía como un pre-contrato, promesa o contrato preliminar de arbitraje. (...) El acuerdo de voluntades contenido en la cláusula compromisoria tenía la finalidad de comprometerse a formalizar el arbitraje”.

En caso de controversia entre las partes sobre el acuerdo arbitral, la parte que sí había formalizado podía comenzar un procedimiento contencioso, aunque breve, destinado a que el juez determine la validez del mencionado acuerdo arbitral<sup>8</sup>. Esta decisión tenía apelación<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> HUNG VAILLAN, FRANCISCO. *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 70.

<sup>8</sup> Es importante mencionar que las disposiciones previstas en el actual CPC constituyeron un notable e importantísimo avance en relación a las normas que estaban previstas en el CPC derogado. Es decir, el CPC promulgado en el año 1916. En este antiguo código si una de las partes se negaba a formalizar el acuerdo arbitral, no había posibilidad de hacer respetar el acuerdo de las partes. Dicho código preveía lo siguiente: Artículo 503º: “Si existiere pacto



Sin embargo, posteriormente se promulgó la vigente LAC. Los redactores del proyecto de esta ley tomaron como modelo la conocida Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas

para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>10</sup>. Para esa época<sup>11</sup>, este documento modelo sugería lo siguiente:

---

anterior, las partes podrán presentarlo al Tribunal, completándolo de modo que queden llenas todas las exigencias indicadas. Si una de las partes se negare, la otra podrá presentar el instrumento en el cual conste la obligación de comprometer (...) y pidiendo la citación de la renuente para que conteste en el día y hora que señale el tribunal acerca del compromiso. Artículo 504º: Si el citado conviniere en la obligación, en su contestación hará constar en su contestación las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento. Si no conviniere, cesará todo procedimiento de arbitramento. También cesará todo procedimiento de arbitramento cuando quienes traten de constituirlo no conviniere en que se sometan a la decisión arbitral cuestiones que respectivamente hubieren determinado o determinaren en la materia o las materias de su diferencia". Según la doctrina la razón por la que el antiguo CPC previó esta situación es la siguiente: "No ha querido el legislador que acto tan importante como el de sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de la controversia para someterla a la justicia particular de los árbitros pudiera quedar perfeccionado por el sólo consentimiento de las partes. Véase: ARMINIO BORJAS, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo V, 6 edición, Librería Pinango, Caracas, 1984, pp. 27 y 29; HUNG VAILLAN, Francisco. *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 59.

<sup>9</sup> Artículo 611º del CPC.

<sup>10</sup> La CNUDMI es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales.

<sup>11</sup> Para la época en que se preparó la LAC la ley modelo que existía era el Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I. Este Documento fue aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985. Posteriormente, la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, aprobó la enmienda de esta ley modelo de 1985. Para ello se tomó en consideración, entre otras motivaciones, "la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje". En lo relativo a la noción del acuerdo de arbitraje, la actual ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece dos opciones: *Opción I*: 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada

### “Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que

el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

### Artículo 8°.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.
- 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal<sup>12</sup>.

Influenciados por el modelo sugerido por esta comisión internacional, Venezuela adoptó el siguiente texto para definir el acuerdo de arbitraje:

por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. *Opción II:* El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

<sup>12</sup> A su vez, estos artículo 7° y 8° de la Ley Modelo de la CNUDMI estuvieron visiblemente inspirados por el artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958: “*Artículo II.* 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

“Artículo 5°.- El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente”.

Como puede apreciarse, la legislación venezolana progresó considerablemente en su concepción del acuerdo de arbitraje. Desde 1997 su noción ha sido mucho más amplia, particularmente al no distinguir entre las diferentes situaciones que había previsto el CPC. Así, hoy en Venezuela el acuerdo de arbitraje es uno solo, descrito de forma tan amplia que permite a las partes la libertad de decidir su contenido y oportunidad<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, de la lectura de las normas arriba transcritas se desprenden los elementos del acuerdo arbitral en Venezuela de conformidad con la legislación vigente, son los siguientes: Primero, que se trata de un acuerdo. Es decir, de un convenio, de un contrato. Segundo, que este acuerdo se forma por decisión de las partes. Tercero, que la finalidad de este acuerdo es someter sus controversias al arbitraje. Cuarto, que

la controversia que las partes deciden someter al arbitraje pueden ser presentes, futuras, contractuales o extracontractuales. Finalmente, que el acuerdo de arbitraje puede encontrarse contenido sea en la cláusula de un contrato, sea en un acuerdo autónomo.

La concepción del legislador venezolano sobre el acuerdo de arbitraje supera la diferencia teórica que existe entre la cláusula arbitral y el compromiso de arbitraje. Diferencia que algunos autores habían calificado de artificial<sup>14</sup>. En este sentido, supera la concepción que el legislador había previsto en el CPC.

En conclusión, creemos que es posible afirmar que hoy en Venezuela un acuerdo de arbitraje es, técnicamente, cualquier convenio escrito<sup>15</sup> en el que las partes hayan manifestado su consentimiento de someter alguna o todas sus controversias al arbitraje.

Pero, ¿cuáles son las consecuencias de esta nueva concepción del un acuerdo arbitral?

En la siguiente parte de nuestro trabajo nos dedicaremos a responder esta interrogante.

<sup>13</sup> Los autores han decidido no reflexionar en este trabajo sobre las diferentes patologías que pudieran aparecer en los acuerdos de arbitraje.

<sup>14</sup> HUNG VAILLAN, FRANCISCO. *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 70; RENGEL ROMBERG, ARÍSTIDES. *El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial*, (1998), Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, 1999, pp. 15-60.

<sup>15</sup> Artículo 6° de la LAC: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

## 2.2 Consecuencias de la existencia de un acuerdo arbitral, de conformidad con la legislación vigente en Venezuela

Cuando el legislador venezolano elaboró la LAC, no se limitó a establecer una nueva noción del acuerdo arbitral. Éste tuvo, además, la acertada previsión de establecer las consecuencias de la existencia de un acuerdo arbitral. De este modo, estableció con claridad las consecuencias jurídicas de que las partes se pongan de acuerdo en utilizar el arbitraje como forma de solucionar sus controversias.

Estas consecuencias están previstas, fundamentalmente, en segundo párrafo del artículo 5º de la LAC. Dicho artículo prevé lo siguiente:

Artículo 5º.- Segundo párrafo: “En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

El contenido de esta norma puede sin dudas dividirse en dos partes. Es lo que se conoce como el efecto positivo y el efecto negativo del acuerdo de arbitraje. El primer efecto, el positivo, consiste en el compromiso asumido por los contratantes de someter sus controversias a la decisión

de árbitros. El segundo, el negativo, consiste en la renuncia que hacen las partes a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

Estos efectos legales del compromiso arbitral en realidad no tienen para nosotros nada de extraordinario. Vista la naturaleza contractual del compromiso arbitral, todos los efectos que derivan de cualquier convención celebrada bajo el derecho venezolano debe también verificarse cuando las partes celebran un acuerdo arbitral. Estos efectos son: 1). la fuerza de ley entre las partes de los contratos<sup>16</sup>; 2). la obligación de respetar las consecuencias que derivan del contrato<sup>17</sup> y 3). de la obligación de ejecutar los contratos en los mismos términos en los que fueron acordados por las partes<sup>18</sup>. Sin embargo, pareciera no ser redundante que el legislador haya previsto de forma particular las consecuencias de la existencia de un acuerdo arbitral.

Como consecuencia directa de los efectos del acuerdo arbitral previsto en la ley, cuando un juez se encuentra frente a un acuerdo arbitral debe necesariamente respetar la voluntad de las partes y ordenar su ejecución de conformidad con la ley. No puede (o no debe), bajo pretexto de interpretar cuál es o fue la verdadera voluntad de las partes, suspender su inmediata ejecución. La sola existencia de un acuerdo arbitral debe producir en el juez el acto reflejo de declarar su

<sup>16</sup> Artículo 1.159º del Código Civil: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes.

<sup>17</sup> Artículo 1.160º del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.

<sup>18</sup> Artículo 1.264º del Código Civil: Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención.

incompetencia. Además, en nuestra opinión, existen razonables y fundados motivos para que el juez pueda, además, condenar a la parte que intentó la demanda pues, en principio, dicho acto constituye una violación flagrante de la convención celebrada entre las partes.

A pesar de lo anterior, entendemos que sea posible que el juez tenga dudas sobre si lo que parece un acuerdo de arbitraje es en realidad un acuerdo arbitral de conformidad con la ley. Es decir, sobre la efectiva existencia del acuerdo, o incluso sobre su validez.

Sin embargo, por más prudentes y acertados que puedan ser estas dudas, el juez no tiene competencia para investigar estos aspectos y en consecuencia tampoco para declarar la ineficacia, ilegalidad o inexistencia de la convención arbitral en cuestión. Como refuerzo al efecto positivo y negativo del acuerdo de arbitraje previstos en el artículo 5 de la LAC, esta misma ley prevé expresamente la competencia del tribunal arbitral para determinar su propia competencia y en particular para determinar la existencia y validez del acuerdo arbitral. Esta extraordinaria facultad está prevista en los artículos 7 y 25 de la LAC, en los siguientes términos:

*“Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las*

demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

*“Artículo 25°. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.*

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.

Estos artículos contienen lo que se conoce como el principio competencia-competencia. Principio que expresa la competencia exclusiva y excluyente que tiene el tribunal arbitral para determinar su propia competencia cuando las partes han celebrado un acuerdo arbitral.

El tribunal supremo de justicia se ha pronunciado sobre este principio y su reconocimiento expreso en la LAC, en los siguientes términos:

*“(...) la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son (...) la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz), conforme a los artículos 7° y 25° de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana”<sup>19</sup>.*

<sup>19</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 17 de octubre de 2008, N° 1541, Exp. 08-0763; En el mismo sentido se pronunció la Sentencias de la misma Sala Constitucional N° 827/01 y la sentencia N° 5.249/05 de la Sala Político Administrativa del TSJ.

En relación a esa universalidad del reconocimiento de este principio, consideramos oportuno citar la reciente declaración del Profesor W. MICHAEL REISMAN en el caso República de Ecuador contra Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company. Uno de los casos que por los montos involucrados, las partes que lo conforman, los hechos que lo rodean y la publicidad que se le ha dado mantiene alertas a gran parte de la comunidad internacional interesada en el arbitraje internacional.

“En este caso reviste particular importancia el principio “competencia-competencia” o de competencia del tribunal para determinar su propia competencia. De acuerdo con este principio, es el tribunal arbitral quien tiene la jurisdicción<sup>20</sup> para determinar, en primera instancia, cualquier cuestionamiento relativo a su propia competencia. La doctrina legal relativa a la competencia-competencia autoriza a los árbitros a comenzar un arbitraje y resolver todas las disputas relativas a su propia jurisdicción en la misma medida en la que exista una cláusula

arbitral válida y susceptible de ser aplicada. El principio competencia-competencia está soportado en el arbitraje internacional por que: (1) existe una presunción de que las partes han conferido ese poder jurisdiccional al tribunal arbitral cuando éstas celebraron el acuerdo arbitral y (2) la competencia para decidir si se tiene o no jurisdicción, es una facultad inherente a todos los cuerpos jurisdiccionales y constituye la esencia de su función. Este principio fundamental del arbitraje comercial y de inversiones sirve para detener inconvenientes y prematuras intervenciones judiciales de los tribunales nacionales que pretendan obstruir el proceso arbitral en casos como el presente. Si el derecho internacional no incorpora el principio competencia-competencia, los desacuerdos preliminares acerca de la competencia del tribunal [arbitral] simplemente terminarían con el arbitraje o enviaría éste a uno u otro de los tribunales nacionales de las partes, una consecuencia que la elección del arbitraje por las partes (y, en el caso de los TBI<sup>21</sup>, su aprobación por parte de ambos Estados) a un TBI había precisamente tratado de evitar”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> En este texto, los términos jurisdicción y competencia son utilizados como sinónimos.

<sup>21</sup> TBI: Tratados Bilaterales de Inversiones.

<sup>22</sup> El pasado 23 de septiembre, Chevron presentó una demanda de Arbitraje Internacional contra el gobierno del Ecuador por violaciones al Tratado Bilateral de Inversiones Ecuador-Estados Unidos, y de los acuerdos de inversión y del derecho internacional. En diciembre de 2009, Ecuador intentó una acción ante una corte federal de EE.UU. en Nueva York -the United Status District Court Southern District of New York- con la intención de impedir el proceso de arbitraje iniciado por la empresa en contra del Estado ecuatoriano ante la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya. El 20 de enero de 2010, Chevron Corp. pidió a que desestime la petición del Gobierno del Ecuador. Como soporte a su solicitud, la empresa presentó una declaración del Profesor W. MICHAEL REISMAN de fecha 19 de enero de 2010. El texto original de esta declaración, en inglés, es el siguiente: “Of particular relevance to this case is the principle of “competence-competence,” or the competence of a tribunal to determine its competence.

*According to this principle, it is the arbitral tribunal which has the jurisdiction to determine, in the first instance, challenges to its own jurisdiction. The legal doctrine of competence-competence authorizes arbitrators to commence an arbitration and determine all disputes about its jurisdiction as long there is a valid and operable arbitration clause. The principle of competence-competence is maintained in international arbitration because: (1) there is a*

Como puede apreciarse, el principio competencia-competencia fue concebido como una suerte de garantía de efectividad a favor de la convención de arbitraje. A través de este principio se prevé la exclusividad del tribunal arbitral para determinar, él mismo, si tiene o no competencia para resolver la controversia planteada entre las partes.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico venezolano, este principio que tiene carácter de norma positiva, no es más que la aplicación específica de la consecuencia de la fuerza obligatoria que tienen todas las convenciones en el derecho venezolano y, en general, en todos los ordenamientos jurídicos llamados de derecho civil<sup>23</sup>.

En efecto, consecuencia lógica y normal de la fuerza de ley entre las partes<sup>24</sup> que tiene cualquier convención válidamente celebrada en Venezuela, la convención arbitral debe ser ejecutada de buena fe y obliga a las partes no sólo a cumplir lo expresado en ella, sino a

cumplir con todas las consecuencias que se derivan de ella, de la equidad, el uso o la ley<sup>25</sup>.

En aplicación de estas normas generales, no existe duda para nosotros que, en derecho venezolano, la sola existencia de la convención arbitral es suficiente para que las partes estén obligadas a respetarla y para que el juez declare su incompetencia, aunque existan dudas sobre su validez.

Sin embargo, esta competencia del tribunal arbitral para determinar incluso su propia competencia no es ilimitada o discrecional. Evidentemente ella se ejerce bajo la tutela del control judicial que ejerce el Poder Judicial venezolano a posteriori y que se materializa en el recurso de nulidad. En efecto, de conformidad con el artículo 43° y siguientes de la LAC, el Poder Judicial venezolano tiene competencia para anular el laudo arbitral. Dicha nulidad puede declararse, exclusivamente, por las razones o motivos previstos en la ley. Entre dichas razones o motivos se encuentran algunas

---

*presumption that the parties have conferred such jurisdictional power upon an arbitral tribunal when they entered into an arbitration agreement; and (2) competence to decide jurisdiction is an inherent faculty of all judicial bodies and essential to their ability to function. This fundamental tenet of international commercial and investment arbitration serves to prevent untimely judicial intervention by national courts from obstructing the arbitration process in cases such as this one. If international law did not incorporate the competence-competence principle, preliminary disagreements about the jurisdiction of a tribunal would simply terminate the arbitration or send it to one or the other of the national courts of the parties, a consequence which the election of arbitration by the parties (and, in the case of BITs, its endorsement by two states) to a BIT had specifically sought to avoid".* Este documento fue consultado en la siguiente dirección electrónica:

<http://theamazonpost.com/wp-content/uploads/Reisman-Declaration-January-19-2010.pdf>

<sup>23</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris: Litec, 1996, p. 396.

<sup>24</sup> Artículo 1.159 del Código Civil: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes.

<sup>25</sup> Artículo 1.160 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.

que se refieren directa o indirectamente a la convención arbitral<sup>26</sup>.

Por todo lo anterior, basado en los supuestos de celeridad procesal, simplificación y respeto de la voluntad de las partes, creemos posible afirmar que en el derecho venezolano el acuerdo arbitral está revestido de un principio de legalidad que, de ser necesario, deberá ser desvirtuado por la parte interesada ante el tribunal arbitral correspondiente.

Dicho lo anterior, a continuación pasaremos a la segunda parte de nuestro trabajo, no sin antes solicitar a nuestros lectores conservar como conclusión de esta primera parte, lo siguiente:

- Que la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros

motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado venezolano;

- Que ante esa realidad, surgió la necesidad de establecer medios alternativos de resolución de controversias como el arbitraje.
- Que el arbitraje permite a los particulares resolver sus diferencias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, denominados árbitros, a los que el Estado les atribuye la facultad de juzgar.
- Que en el derecho venezolano la noción de convención de arbitraje es amplia y sencilla.
- Que en el derecho venezolano la existencia de una convención

<sup>26</sup> Artículo 43º de la LAC: Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto.

La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado. Artículo 44º. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.



de arbitraje tiene como consecuencia la obligación de las partes de someter sus controversias a la instancia arbitral y de no involucrar a los tribunales ordinarios.

- Que en el derecho venezolano los efectos de la existencia de una convención de arbitraje están reforzados por normas expresas que contiene el principio competencia-competencia. Según las normas que contienen este principio, el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, incluso en el caso en el que las partes, o alguna de ellas, haya participado en el procedimiento de designación del o los árbitros.

### **3. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA VENEZOLANOS**

Las conclusiones teóricas a las que hemos llegado en la primera parte de nuestro trabajo contrastan de forma curiosa y profunda con las decisiones recientes de

los tribunales de instancia venezolanos. En efecto, nuestro estudio realizado sobre las decisiones dictadas durante el año 2009<sup>27</sup>, arroja como resultado que a pesar de que los tribunales reconocen la existencia de una convención arbitral, los tribunales no actúan en consecuencia. Por el contrario, éstos se detienen a analizar el compromiso y la actuación de los litigantes como una suerte de procedimiento de formalización del compromiso arbitral, que recuerda más bien lo que se exigía en el CPC que lo que se prevé en la LAC.

Pero esta exigencia de formalización no se hace de manera directa y clara. Es decir, no se solicita a las partes que formalicen su compromiso. Sin embargo, sin base legal alguna, se exige a las partes un comportamiento frente al juez que termina teniendo el mismo efecto práctico: las partes deben demostrar que quieren someter a arbitraje su controversia, a pasar de haber concluido, válidamente, un acuerdo de arbitraje. Así, el compromiso arbitral de las partes no surte efecto de manera autónoma sino luego de que las partes hayan realizado ciertas actuaciones ante el tribunal destinadas a convencer al juez que realmente se ha querido sustraer el asunto de la competencia de los jueces ordinarios.

A falta de esta demostración, el juez declarará que las partes han renunciado a su compromiso.

<sup>27</sup> Nos parece importante destacar que a pesar de que el uso del arbitraje ha ido incrementándose de forma constante, el número de casos aun sigue siendo reducido. Sin embargo, el contenido de dichas decisiones expresan con claridad cuál es el criterio de los jueces respecto de los asuntos que se someten a su consideración. De este modo, aunque un número mayor de casos podría parecer más significativo en cuanto a la repetición o no del criterio expuesto, las pocas decisiones emitidas sobre el tema de estudio de este trabajo son tan claras que su reducido número en nada altera las consecuencias que se desprende de su estudio.

A continuación, pasaremos a demostrar las mencionadas contradicciones a través de 3 decisiones presentadas en orden cronológico. Luego, finalizaremos esta colaboración con algunas reflexiones que la mencionada distorsión entre la teoría y la práctica nos inspiran.

### 3.1 Sentencia de fecha 12 de mayo de 2009, del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo<sup>28</sup>

*Resumen:* Habiendo celebrado un contrato de arrendamiento, una de las partes demanda ante los tribunales estatales la resolución del contrato. Por su parte, la parte demandada opone la cuestión previa de incompetencia del tribunal<sup>29</sup>. En su decisión el tribunal reconoce la existencia de una convención de arbitraje entre las partes al expresar que “no existen dudas para esta Juzgadora tal como fue expuesto, de que efectivamente existe un *Compromiso Arbitral*; el cual obliga a dirimir la controversia por un procedimiento distinto al establecido en el auto de Admisión”.

Sin embargo, en lugar de remitir directamente el asunto a la jurisdicción

arbitral como era de esperarse, el tribunal decidió que “se trata de procedimiento especial, el cual debe ser implementado a petición de parte conforme a las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial, en el contrato cuya resolución se demanda, y en el Código de Procedimiento Civil, todo lo cual obliga ex officio a reponer la Causa al estado de pronunciamiento sobre la admisión de la demanda”.

*Comentario:* Desde nuestro punto de vista esta decisión es cuestionable. Por un lado, no es cierto que el arbitraje sea un procedimiento especial el cual deba ser implementado a petición de parte. Esto sería exacto en caso de que las partes se hubiesen puesto de acuerdo para arbitrar una controversia ya existente, pero no cuando existe un compromiso arbitral previo. La existencia de un acuerdo de arbitraje inserto en forma de cláusula en el contrato en cuestión, es suficiente para que el tribunal entienda que las partes ya han decidido resolver sus controversias a través del arbitraje y excluir de su conocimiento a los tribunales ordinarios. Dicho acuerdo no necesita ser ratificado ante el tribunal.

Por otro lado, es discutible que siendo un asunto puramente mercantil, como incluso la propia sentencia lo declara, se afirme que se deben observar las normas del CPC en lo relativo a la

<sup>28</sup> Sentencia interlocutoria, Comercializadora Kromi Market C.A. v. Consorcio 6965, C.A., Expediente número 55.757.

<sup>29</sup> En el procedimiento civil venezolano, la parte demandada, en vez de contestar la demanda, puede oponer cuestiones previas (artículo 346° y siguientes del CPC). La finalidad de las cuestiones previas es, en principio, depurar el proceso. Es decir, obligar a la parte demandante a cumplir con las formalidades exigidas por la ley para que el juicio se lleve a cabo. Entre esas cuestiones previas se encuentra la incompetencia del tribunal ante el que se presentó la demanda. En el caso que estudiamos la parte demanda opuso esta cuestión previa al considerar, y con razón, que ese tribunal no era competente para resolver el conflicto toda vez que las partes habían celebrado una convención de arbitraje.

convención de arbitraje. Este llamado a las normas de CPC, a nuestro entender, considera que el tribunal sigue pensando en el procedimiento de ratificación del compromiso arbitral y olvida las normas de la LAC que obligan a los tribunales del Estado a restringir su participación en el procedimiento arbitral al control que se ejerce a través del recurso de nulidad que cualquiera de las partes podría ejercer.

Finalmente, consideramos que reponer la causa al estado de admisión a los fines de que se decida si la causa debe o no ser admitida, es una pérdida innecesaria de tiempo que contradice la sencillez y celeridad propia del procedimiento arbitral, además de retarda innecesariamente el acceso a la justicia.

### 3.2 Sentencia de fecha 5 de agosto de 2009, del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario del Tránsito y de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo<sup>30</sup>

*Resumen:* Una de las partes introdujo una demanda por cumplimiento de contrato en el cual estaba prevista una convención de arbitraje. Al momento de contestar la demanda la parte interesada interpuso la cuestión previa prescrita en el ordinal 11 del artículo 346° del CPC. Según esta norma, el tribunal no podría conocer este asunto pues existe una prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta. Por su parte, el tribunal declaró con lugar la cuestión

previa y la parte demandante ejerció el recurso de apelación. El fundamento de este recurso consistió en la falta de técnica de la parte demandante al oponer la cuestión previa. Desde su punto de vista, esta falta de técnica “configura una renuncia tácita al arbitraje”.

Al conocer la apelación el tribunal superior afirma que “las partes acordaron indubitablemente que en caso de controversia las mismas serían resueltas por medio de arbitraje”. En criterio del tribunal esto significa que “en principio queda excluida la posibilidad de que las partes puedan hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria. De este modo, “puede cualquiera de las partes oponer ante el tribunal en el que se hubiere propuesto la demanda, la excepción de existencia del compromiso arbitral”. Sin embargo, para que proceda esta excepción la parte interesada –afirma esta decisión– debe cumplirse con ciertos requisitos. Estos requisitos son los siguientes:

- 1) Que exista la manifestación inequívoca de las partes de someter la resolución de sus controversias al arbitraje;
- 2) Que la excepción sea hecha valer en la primera oportunidad en que la parte demandada intervenga en el proceso y
- 3) Que sea propuesta en la forma procesal idónea, esto es, alegando la cuestión previa de falta de jurisdicción del Juez, prevista en el ordinal 1° del artículo 346° del Código de Procedimiento Civil.

<sup>30</sup> Sentencia interlocutoria, Distribuidora Suply Internacional, C.A. v. Enertec Venezuela S.R.L., Expediente número 12.332,

En atención a estos requisitos el tribunal superior expresó en su sentencia que a pesar de que “la voluntad expresa e incondicional de las partes de someter sus controversias al arbitraje” había sido demostrada y la excepción de arbitraje “fue alegada por la parte demandada en la primera oportunidad en que compareció en juicio”, “la parte demandada –dice la sentencia– hace valer la existencia de la cláusula arbitral por vía de la cuestión previa establecida en el ordinal 11 del artículo 346° del Código de Procedimiento Civil, (...) y no invocando la falta de jurisdicción del Juez, prevista en el ordinal 1 de la misma norma legal, siendo que ésta última resulta, como se ha indicado, la forma procesal idónea para hacer valer en juicio la existencia del compromiso arbitral. (...) esta errónea forma de invocar la existencia de la cláusula arbitral, debe reputarse como una renuncia tácita al arbitraje, y en tal virtud, resulta forzoso para este Tribunal establecer que en el presente caso la jurisdicción ordinaria sí tiene potestad para conocer del presente asunto, siendo por ello improcedente la cuestión previa de prohibición de la Ley de admitir la acción, por no ser el mecanismo procesal idóneo para oponer la excepción de existencia de un compromiso arbitral, por lo que la apelación intentada por la parte demandante debe declararse con lugar, como será establecido expresamente en el dispositivo del presente fallo. *Y así se decide*”.

*Comentario:* Como puede apreciarse, el tribunal sometió la efectividad de la convención de arbitraje que las partes habían concluido, al cumplimiento estricto de ciertos requisitos técnico-procesales. Desde nuestro punto de vista estas exigencias vacían la naturaleza contractual pura y simple que tiene la convención de arbitraje, transformándola en un acuerdo sometido a una condición suspensiva de confirmación. Confirmación que, además, debe hacerse siguiendo determinados ritualismos ajenos y contradictorios con la sencillez y celeridad propia del procedimiento arbitral válidamente acordado por las partes.

Es importante destacar que, lamentablemente, esta jurisprudencia no es una invención original de los tribunales de instancia venezolanos. Ella no es más que la repetición de la jurisprudencia del Tribunal Supremos de Justicia venezolano que en realidad fue quien caprichosamente, creo estos requisitos<sup>31</sup>. Sin embargo, lamentamos que a pesar del tiempo que ha transcurrido desde que el Tribunal Supremo de Justicia hizo estas exigencias, los tribunales de instancia siguen prefiriendo repetir este discurso menospreciando la voluntad de las partes, las disposiciones de la LAC, las normas generales del Código Civil y sobre todo, el derecho de los particulares a acceder y recibir una justicia expedita, eficaz y coherente.

<sup>31</sup> Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1209 del 19 de Junio de 2001 (Caso: Hoteles Doral, C.A. vs. Corporación L´Hotels, C.A.), Sentencias N° 98 del 24 de enero de 2002 (Caso: Banco Venezolano de Crédito S.A.C.A.), N° 832 del 11 de junio de 2002 (caso: Inversiones San Ciprian C.A. y otro vs. Ciudad Comercial Porlamar, C.A.), y N° 687 del 20 de mayo de 2009 (Caso: Astilleros de Venezuela, C.A.

### 3.3. Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas<sup>32</sup>

*Resumen:* Esta sentencia se dicta con ocasión de una demanda por cumplimiento de contrato de subarrendamiento. Como en los casos anteriores, la parte demandada al momento de contestar la demanda opone cuestiones previas. Esta vez, la parte demandada opone las cuestiones previas prescritas en los ordinales 1 y 11 del artículo 346° del CPC, y así cubrir todas las posibilidades en relación a la incompetencia del tribunal en presencia de una convención de arbitraje.

Como en los casos anteriores, también en esta decisión el tribunal constata la existencia de una convención de arbitraje y, en consecuencia, la voluntad inequívoca de las partes de renunciar a la jurisdicción Estatal. Sin embargo, también como en los casos anteriores, el tribunal considera esta convención como una excepción y que se deben cumplir ciertos requisitos “a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria”.

Estos requisitos son, resumiendo la sentencia, los siguientes:

- a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de

los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

- b) La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse al arbitraje. Conductas estas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la

<sup>32</sup> Asunto AH11-M-2008-000033, Chevron Global Technology Services Company v. Autolavado y Multiservicios 5 Estrellas C.A.

excepción de arbitraje es o no válida y precedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

- b.1) La denominada “Renuncia Tácita al Arbitraje”, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1 del artículo 346° del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión fícta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la

cuestión previa del ordinal 1 del artículo 346° del Código de Procedimiento Civil).

*Comentario:* Esta sentencia es aun más clara y explícita que las dos anteriores. En consecuencia, despeja cualquier duda que el lector pudiese haber tenido sobre el recelo que produce el acuerdo de arbitraje en los tribunales de instancia venezolanos y la subordinación sistemática de las normas del la LAC al cumplimiento de formalismos no previstos en la ley. En definitiva, a la exigencia de una suerte de formalización de la convención de arbitraje que deben realizar las partes.

En efecto, en primer lugar la sentencia afirma que las partes deben cumplir con ciertos requisitos para “determinar si la excepción de arbitraje es o no válida”. Lo primero que llama nuestra atención es la calificación de “excepción” que hace al procedimiento arbitral. Desde nuestro punto de vista, y creemos que así fue concebido por el legislador al redactar la LAC, los particulares tienen el derecho de escoger la vía arbitral para resolver sus conflictos. Tanto la vía ordinaria o Estatal como el arbitraje, son formas perfectamente válidas y ofrecidas por el Estado venezolano para acceder a la justicia<sup>33</sup>. No entendemos por qué la vía arbitral es apreciada como una excepción a la cual, sólo es posible

<sup>33</sup> Artículo 253° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

acceder una vez sobrepasado una serie de obstáculos formales, distintos a los previstos legalmente.

Por otro lado, esta sentencia exige la existencia de conductas procesales que demuestren una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse al arbitraje. Sin embargo, pareciera que no se apreciase, o no se quisiera dar importancia a la fraudulenta actuación de la parte demandante que, a pesar de haber concluido una convención de arbitraje, ésta intenta burlarse de ella presentando su reclamación ante los tribunales Estatales. Esta situación, fraudulenta frente a la voluntad expresa e inequívoca de las partes, debería ser suficiente para que el tribunal Estatal declare su incompetencia enviando la controversia a la vía arbitral y, si la parte demandada lo solicita, declare la responsabilidad contractual de la parte demandada, además de su condenatoria en costas.

Finalmente, en relación a la eventual existencia de una renuncia tácita al arbitraje creemos que ésta es posible, pero sólo excepcionalmente. Es decir, no como lo plantea la decisión que comentamos que, en la práctica, se traduce a una renuncia salvo que se demuestre lo contrario.

Para nosotros, basados en la naturaleza contractual de la convención de arbitraje, ésta sólo puede ser modificada por la voluntad de todas las partes que sirvieron para crear la convención o por

las causas autorizadas por la ley<sup>34</sup>. Por ello, la modificación pretendida por la parte demandante al interponer su demanda no puede tener ningún efecto sin el consentimiento de la otra parte. Es decir, el juez no puede entender que las partes han modificado su acuerdo si todas las partes no han manifestado su consentimiento para ello. En consecuencia, hasta que la parte demandada no acepte la modificación propuesta por la parte demandante de resolver el conflicto ante los tribunales del Estado venezolano, el juez debe hacer respetar la convención en los exactos términos en los que fue celebrada y obligar a las partes a ejecutar lo expresado en ella y todas las consecuencias que de ella se derivan según la equidad, el uso o la Ley<sup>35</sup>.

Para nosotros, sólo excepcionalmente, y ello antes de que el juez pronuncie su decisión de enviar el asunto a la instancia arbitral, la parte demandada tiene el derecho de aceptar la modificación propuesta por la parte demandante, es decir, aceptar resolver el conflicto ante los tribunales del Estado. Ello puede hacerlo, como dice la sentencia que comentamos, “cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1 del artículo 346° del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda

<sup>34</sup> Artículo 1.159° del Código Civil: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

<sup>35</sup> Artículo 1.160° del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.

(contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta)”.

Sin embargo, no compartimos la opinión de esta sentencia según la cual “también se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil)”. Ello, como hemos expresado anteriormente, constituiría una inversión en el orden lógico y jurídico de la relación creada por las partes al celebrar una convención de arbitraje y el sometimiento de las partes en conflicto al cumplimiento de requisitos formales para hacer valer la convención de arbitraje.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

A manera de conclusión podemos expresar lo siguiente:

“El acuerdo o convenio arbitral es el factor determinante de la configuración y funcionamiento del sistema de arbitraje. Responde a la idea de un compromiso

libremente asumido por las partes que implica un mandato dirigido a tercera o terceras personas, quienes quedan facultadas para conocer y resolver en una o varias controversias en la que dichas partes estén involucradas. Su contenido esencial es la expresión de la voluntad particular de someter a arbitraje una cuestión litigiosa ya surgida o que eventualmente pueda surgir en el futuro”<sup>36</sup>.

Siguiendo las palabras de este autor, la visión que los tribunales venezolanos tengan del arbitraje se refleja en el análisis que éstos hacen sobre los acuerdos arbitrales celebrados por las partes. Un análisis (desde nuestro punto de vista con muchas reservas) que conculca los derechos de los particulares.

En efecto, la situación de contradicción que se evidencia entre, por un lado, la teoría y por el otro, las decisiones recientemente dictadas por los tribunales de instancia venezolanos, constituye una situación grave y lamentable. Ella conculca fundamentalmente dos de los derechos básicos de los particulares. Por un lado, el derecho a la autonomía de la voluntad de las partes y por el otro, el derecho al acceso a la justicia. En relación al primero, el ordenamiento jurídico venezolano, por principio, otorga a las partes completa libertad para que con su solo y simple consentimiento, puedan celebrar contrato<sup>37</sup>. El único límite que tiene esta libertad

<sup>36</sup> BONNEMAISON W., José Luis. *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial*, Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 16. Caracas, Venezuela, 2006, p. 21.

<sup>37</sup> Artículo 1.133º del Código Civil venezolano: El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

Artículo 1.137º del Código Civil venezolano: El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.



es no contrariar el orden público y las buenas costumbres<sup>38</sup>. Así, visto que no es considerado contrario al orden público o a las buenas costumbres la celebración de una convención de arbitraje, las partes deberían poder celebrar este acuerdo y que sea reconocida su fuerza de ley.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, las exigencias que hacen los tribunales con el fin de que se demuestre que las partes no han renunciado a su convención arbitral, producen, por un lado, una suerte de protección a la parte demandante, que violando dicho acuerdo, intenta la demanda ante los tribunales Estatales y, por el otro, que las partes no sea capaces de crear una convención de arbitraje con fuerza de ley entre ellas<sup>39</sup>. De este modo, la convención de arbitraje se ve en la práctica reducida a una simple declaración de principios. O, en todo caso, a un acuerdo sometido a la condición suspensiva de su ratificación frente al juez.

En relación al segundo derecho conculcado por las exigencias que hacen los tribunales, en nuestra opinión las

partes ven truncadas su derecho a acceder a la justicia de forma rápida y eficaz. En Venezuela el arbitraje como forma alternativa de resolver los conflictos forma parte del sistema de justicia<sup>40</sup>. En consecuencia, el arbitraje es una forma reconocida constitucionalmente de resolver los conflictos. La forma original de acceder a esta forma de resolución de conflictos es a través de la celebración de una convención de arbitraje. Pero, si como sucede actualmente en la práctica venezolana, esta convención de arbitraje no tiene efectos sino luego de que las partes demuestren al juez que no han renunciado a su deseo de someter su controversia a arbitraje, se está limitando el acceso a la justicia de forma rápida y eficaz imponiéndose requisitos, no previstos en la ley, distintos a los acordados por las partes.

Esperamos con este modesto trabajo poder contribuir con la reflexión que exigen estos temas y favorecer con ello el cambio de visión sobre el arbitraje comercial que necesita el sistema jurídico venezolano.

<sup>38</sup> Artículo 6º del Código Civil venezolano: No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

<sup>39</sup> Artículo 1.159º del Código Civil venezolano: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes.

<sup>40</sup> Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.



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

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (\*)

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Implicaciones prácticas.* 3. *Diferentes puntos de vista.* 3.1. *Oferta revocable.* 3.2. *Oferta firme.* 3.3. *Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado.* 4. *Naturaleza, sentido y alcance del consentimiento del Estado.* 4.1. *Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje.* 4.2. *La documentación del consentimiento no desvirtúa su naturaleza contractual.* 4.3. *¿Falsa analogía contractual?* 5. *Interpretación del consentimiento.* 5.1. *Reglas mixtas.* 5.2. *Reglas contractuales internacionales.* 6. *La irrevocabilidad de la oferta de arbitraje como consecuencia de las expectativas legítimas creadas en los inversionistas.* 6.1. *Denuncia del Convenio CIADI.* 6.2. *Denuncia de un TBI.* 6.3. *Revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley.* 7. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se ha dicho que el consentimiento es la piedra angular en que descansa su “jurisdicción”<sup>1</sup>. Es ampliamente conocido, y así lo advierte expresamente el preámbulo del Convenio CIADI<sup>2</sup>, que la mera ratificación, acep-

tación o aprobación de este Convenio por parte de los Estados no se reputará que constituye una obligación de someter diferencia alguna a conciliación o a arbitraje. De manera que resulta claro y nadie discute que el consentimiento por parte del Estado al arbitraje CIADI no es automático, sino que depende de una ulterior manifestación de voluntad escrita<sup>3</sup>.

(\*) Socio fundador de Mezgravis & Asoc. Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

<sup>1</sup> Así se reconoce en el Informe de los Directores Ejecutivos (18 de marzo de 1965), el cual puede ser consultado en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#02>, párrafo 23 y ss.

<sup>2</sup> Conocida también como “Convención de Washington” o “ICSID Convention” en inglés, la cual entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, con la ratificación de 20 Estados. Hasta el 7 de enero de 2010, 144 Estados han ratificado esta Convención.

<sup>3</sup> Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para la jurisdicción del CIADI, el mero consentimiento no es suficiente. Se exigen también requisitos “*ratione materiae*”, “*ratione personae*” e incluso “*ratione temporis*”. Ibidem, p. 25. Véase también MEZGRAVIS, Andrés, “*Las Inversiones petroleras y el arbitraje CIADI*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, Caracas 2005, pp. 374 y ss.

El Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI establece que el consentimiento escrito de las partes no necesariamente debe constar en un mismo instrumento<sup>4</sup>. También aclara dicho informe que el Estado puede ofrecer su consentimiento en su legislación de promoción de inversiones y el inversionista, por su parte, puede manifestar el suyo mediante la aceptación de dicha oferta de arbitraje<sup>5</sup>.

Con la proliferación de más de 2.600 Tratados Bilaterales de Inversiones (“TBI”)<sup>6</sup>, la *oferta abierta de arbitraje*, a partir de la década de los años 90, se ha convertido en la forma más común en que los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje de inversiones<sup>7</sup>. Es claro, y además así lo ratifica el Artículo 25 (1) del Convenio CIADI, que una vez otorgado el consentimiento por *ambas* partes, no puede ser revocado unilateralmente ni por el Estado ni por el inversionista. Pero

¿qué pasa mientras la oferta de arbitraje realizada por el Estado no ha sido aceptada por el inversionista? ¿Se entiende revocado el consentimiento cuando el Estado denuncia el Convenio CIADI? ¿Qué pasa cuando esa oferta está contenida en una ley de inversiones cuya vigencia es indeterminada? ¿Puede un Estado, luego de captar las inversiones, revocar la oferta de arbitraje que ha causado expectativas legítimas en los inversionistas? Estas interrogantes hasta ahora no encuentran una respuesta uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del CIADI.

Hasta hace apenas unos años, la naturaleza y alcance del consentimiento *unilateral* del Estado y su eventual revocatoria sólo parecían tener una importancia académica. Sin embargo, en mayo de 2007, Bolivia se convierte en el primer Estado en la historia del Convenio CIADI que lo denuncia<sup>8</sup>, seguido, dos años más tarde, por Ecuador<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Véase Informe de los Directores Ejecutivos, *Idem*, párrafo 24.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Al respecto, <http://www.investmenttreatynews.org/>

<sup>7</sup> PAULSSON, Jan. “Arbitration Without Privity”. En: ICSID Review, Vol. 10, Number 2, Fall 1995.

<sup>8</sup> En esa misma época los Presidentes de Venezuela y Nicaragua, atendiendo el llamado que les hacía el Presidente de Bolivia como miembros del ALBA, amenazaron con retirarse del CIADI. No obstante, Venezuela sólo optó por notificar el 30 de abril de 2008 la terminación del TBI con el Reino de los Países Bajos, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de noviembre de 2008. De conformidad con el artículo 14(3) de ese TBI, su duración se extendió por 15 años para las inversiones realizadas antes de la fecha de la terminación. Cabe destacar que Venezuela ha ratificado más de 20 TBIs que contemplan el arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias, algunos de ellos ratificados por el propio Presidente Chávez. En el reciente TBI con Rusia se optó por el arbitraje conforme a las reglas de UNCITRAL o conforme a las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Véase Gaceta Oficial N° 39.191, del 2 de junio de 2009. Asimismo, MEZGRAVIS Andrés. “Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional”. En *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p.12.

<sup>9</sup> Ecuador notificó su denuncia el 6 de julio de 2009, la cual, de conformidad con el artículo 71 del Convenio, produjo efecto seis meses después de su recibo, es decir el 7 de enero de 2010. Cabe advertir que ya el 4 de diciembre de 2007, Ecuador, de conformidad con el artículo 25(4), había retirado su consentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros.

A raíz de la denuncia de Bolivia, se han publicado diversas opiniones sobre la interpretación del artículo 72 de dicho Convenio, el cual regula los efectos del “consentimiento” a la jurisdicción del CIADI manifestado antes de que la denuncia del Convenio se haga efectiva<sup>10</sup>.

En algunos de esos trabajos (SCHREUER, GAILLARD, NOLAN-SOURGENS, MANTILLA-SERRANO y GARIBALDI), se pueden apreciar importantes discrepancias en torno a la naturaleza, alcance y efectos del consentimiento unilateral del Estado. La mayoría de los autores coincide en señalar que el “consentimiento” al que se refiere el artículo 72 no es el consentimiento *mutuo* de las partes (acuerdo de arbitraje), como lo comentó el reconocido Profesor Christoph Schreuer<sup>11</sup>, sino que esa norma se refiere al consentimiento *unilateral* del Estado que, dependiendo de los términos del instrumento que lo contiene (p. ej: un TBI), podría tener una vigencia autónoma a la del Convenio CIADI. Pero éste no es el único punto debatido. Pareciera que esa discusión es tan sólo la punta del iceberg. Bajo esas posiciones pareciera subyacer, silentemente, otra problemática igual de interesante pero de mayores proporciones. Nos referimos a si el consentimiento unilateral del Estado y su eventual revocatoria deben ser interpretados en el sentido de una oferta *contractual*, o si

dicho consentimiento debe interpretarse bajo los principios de interpretación de los *tratados* cuando está contenido en los TBIs y bajo el derecho doméstico cuando dicho consentimiento está contenido en una ley nacional, o si por el contrario, se debe recurrir a una interpretación mixta.

Las decisiones de los Tribunales CIADI no han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento. Algunos tribunales han evitado fijar una posición al respecto, mientras que otros han adoptado distintos criterios. En fin, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecieran tener distintos puntos de vista que van desde la aplicación de principios contractuales y la libre revocabilidad antes de que la oferta de arbitraje haya sido aceptada, hasta el rechazo categórico de estos principios y la defensa de la irrevocabilidad absoluta del consentimiento unilateral del Estado. Para sustentar la irrevocabilidad del consentimiento unilateral del Estado se ha recurrido a la teoría de los actos unilaterales, a la teoría de los actos propios y hasta el *estoppel*. Sin embargo, poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene, y la oferta que conlleva a su formación puede ser

<sup>10</sup> De conformidad con el artículo 71: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. **La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación**” (énfasis nuestro). Por su parte, el artículo 72 establece: “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de las nacionales de dicho Estado nacidos del **consentimiento a la jurisdicción** del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario” (énfasis nuestro)

<sup>11</sup> En la primera edición (2001) de su obra, mundialmente conocida “The ICSID Convention: A commentary”.

irrevocable si ha generado expectativas legítimas en los inversionistas.

## 2. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

La importancia del estudio de la naturaleza y alcance del consentimiento unilateral del Estado al arbitraje de inversiones, así como su eventual revocatoria, ha ido paulatinamente adquiriendo mayor relevancia. Estados como Jamaica, Egipto, Túnez y Kazajstán modificaron o revocaron sus ofertas de arbitraje contenidas en sus leyes nacionales. A las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y de Ecuador antes mencionadas se suman las amenazas de estos mismos Estados de denunciar o revisar los TBIs celebrados<sup>12</sup>. En este sentido, cabe advertir que la mayoría de los TBIs establece, además de una oferta al arbitraje CIADI, una prórroga de 10 o

15 años para las inversiones realizadas con anterioridad a su denuncia<sup>13</sup>. De allí que surge la interrogante respecto a los casos en que los inversionistas, si bien no habían aceptado la oferta de arbitraje para la fecha de notificación de la denuncia, (tanto del Convenio CIADI como eventualmente del TBI) sí habían realizado sus inversiones en dichos Estados antes de su denuncia.

A toda esta problemática se añade otra compleja situación relativa a la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una legislación nacional, especialmente cuando dicha oferta ha podido generar expectativas legítimas en los inversionistas<sup>14</sup>.

Por otra parte, está el caso de Venezuela, que si bien no ha denunciado hasta ahora el Convenio CIADI, su Tribunal Supremo de Justicia, en una controvertida decisión de su Sala Constitucional (N° 1541) del 17 de octubre de 2008<sup>15</sup>, declaró

<sup>12</sup> En efecto, el 8 de mayo de 2007, el Embajador de Bolivia para Asuntos de Comercio e Integración anunció que el siguiente paso sería revisar y renegociar cada uno de los 24 TBIs ratificados por Bolivia. <http://www.rebellion.org/noticias/2007/5/50729.pdf> Al parecer, 19 de los 24 TBIs reconocen al CIADI como instancia arbitral válida para resolver controversias entre el Estado Boliviano y los inversionistas. Por su parte, el Presidente Correa, de Ecuador, manifestó públicamente su voluntad de denunciar todos los TBIs, pero luego presentó una solicitud al Presidente de la Asamblea Nacional en la que sólo exhortaba la denuncia de los TBIs con Alemania, Francia, Finlandia, Suecia, Canadá, China, Inglaterra e Irlanda, Holanda, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos. <http://www.kaosenlared.net/noticia/nuevo-acto-soberania-ecuador-denuncia-ciadi>. CORONEL, César. "The Future on international arbitration in Ecuador: the boomerang effect". En: *Arbitration News*, IBA, Vol 15, N° 1, March 2010, pp. 171 y ss.

<sup>13</sup> Muchos TBIs establecen que si por algún motivo no estuviere disponible el arbitraje CIADI, o si ambas partes así lo acordaren, el arbitraje será realizado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional. (UNCITRAL).

<sup>14</sup> MEZGRAVIS, Andrés. "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En *Ámbito Jurídico*, julio de 2009, p.12.

<sup>15</sup> Esta decisión contó con el voto salvado de uno de los magistrados. Comentarios favorables sobre el aporte de esta sentencia al arbitraje *comercial* pueden verse en ANZOLA, Eloy. "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado", En: *Revista Española de Arbitraje*, 2009.

que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana de 1999 (“Ley de Inversiones”)<sup>16</sup> no contenía una oferta abierta de arbitraje, pues ésta, a su juicio, debe ser clara e inequívoca<sup>17</sup>. Sobre el particular, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de la tesis de que el referido artículo 22 sí configura una oferta abierta de arbitraje<sup>18</sup>. Varios casos actualmente pendientes contra Venezuela tienen que pronunciarse sobre este asunto. Ya el Tribunal Arbitral en el caso *Mobil Corporation v. Venezuela* consideró que dicho artículo no configuraba dicha oferta, pero reconoció las enormes dificultades que han tenido los tribunales CIADI al

precisar el estándar de interpretación aplicable al consentimiento del Estado contenido en una legislación nacional o en algún otro acto unilateral del Estado<sup>19</sup>.

La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentes consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, o de los tratados, o las reglas de interpretación de los actos unilaterales. Tan sólo la aplicación del principio contra *proferentem*,

<sup>16</sup> Decreto-Ley No. 356 de fecha 3 de octubre de 1999, Gaceta Oficial N° Ext. 5.390.

<sup>17</sup> Similar situación ocurrió con la *República Kirguisa*, cuando *Petrobart* inició un arbitraje UNCITRAL contra su gobierno y éste tres meses después promulgó una Ley de Interpretación de las Inversiones Extranjeras y solicitó a sus cortes judiciales declarar que *Petrobart* no había realizado una inversión en dicho país. Para un resumen de este caso véase RIPPINSKY, Sergey y WILLIAMS, Kevin. En: [http://www.biicl.org/files/3912\\_2005\\_petrobart\\_v\\_kyrgyz\\_republic.pdf](http://www.biicl.org/files/3912_2005_petrobart_v_kyrgyz_republic.pdf)

<sup>18</sup> A favor de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana contiene una oferta abierta de arbitraje: CORRALES, Werner L.; RIVERA, Marta. “*Algunas Ideas Sobre El Nuevo Régimen De Promoción y Protección De Inversiones en Venezuela*”. En: *La OMC Como Espacio Normativo Un Reto Para Venezuela*, 2000. Cabe advertir que CORRALES fue uno de los proyectistas de la referida ley. Adicionalmente, ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. *Las características del arbitraje CIADI. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 212. Nota 23. MEZGRAVIS, Andrés. “Las Inversiones Petroleras en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI”. En: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas*, 2005. LEMENEZ, Guillaume. *State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law*, 4 TMD, June 2007. Issue 3, en 6, 8; NOLAN, M.D and SOURGENS, F.G. *The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study*, TDM, Septiembre 2007, p. 49. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Protección de Inversiones en Venezuela*, DeCITA, 2005, p. 283-84; BREWER-CARIAS, Allan. “Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción”. En: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas* 279, 2005; MUCI, José Antonio. *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2007, pp. 213-15; TORREALBA, J. G. *La Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras*, 2008, p.127. TEJERA, V. “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study, 2009, p. 101. En: *Contra, aparte de la controvertida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 1541 del 17 de octubre de 2008, GARCÍA BOLÍVAR, Omar. En: Ogemid; ANZOLA, Eloy. “Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado”. En: *Revista Española de Arbitraje*, 2009. Igualmente WEININGER, Bernardo. En: conferencia del CEDCA, Caracas, 2009 <http://www.cierc.org/CIERC>

<sup>19</sup> *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 76-77 y 84.

de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula, generaría un resultado muy diverso si a esa misma declaración ambigua u oscura del Estado se le aplicaran las reglas de interpretación de los actos unilaterales de los Estados que imponen, en principio, una interpretación restrictiva<sup>20</sup>.

### 3. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA

Mayoritariamente la jurisprudencia del CIADI ha distinguido entre la ley aplicable al mérito de la controversia y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje para determinar la jurisdicción CIADI. Los tribunales arbitrales CIADI han

reconocido en numerosos laudos que los asuntos de jurisdicción no están regulados por el artículo 42 del Convenio CIADI que establece la ley aplicable (la del Estado demandado) al mérito de la controversia, sino por el derecho internacional (artículo 25 del Convenio CIADI)<sup>21</sup>.

También existe consenso en cuanto a que los Tribunales CIADI, de conformidad con el Artículo 41(1) del Convenio CIADI, son “*jueces de su propia competencia*” y, por tanto, cualquier interpretación soberana de cada Estado de su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para dicho tribunal ni determinante sobre las cuestiones jurisdiccionales<sup>22</sup>.

Sin embargo, diferentes teorías han surgido en torno a la naturaleza, sentido

<sup>20</sup> *Nuclear Tests- New Zealand v. France*- Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974 pp. 472- 473 § 47; *Armed activities on the territory of the Congo* (New application, 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p. 28, §49 and 50). Document A/CN.4/L-703 dated 20 July 2006 – Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

<sup>21</sup> SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 578, pp. 248 y 249. En cuanto a decisiones, véase: *CJOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *CMS v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 42, 88; *CMS v. Argentina*, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 68; *Azurix v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, paras. 48-50; *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 38; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras. 29-31; *Camuzzi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 15-17, 57; *Sempra v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 25-27; *AES Corp. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, paras. 34-39; *Jan de Nul N.V., Dredging Intl. N.V. v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 65-68, para. 82; *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, paras. 68, 78, 82; *Noble Energy & Machalpower v. Ecuador*, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, paras. 56-57.

<sup>22</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt), *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212- 22. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para 75, la cual cita que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los casos *Electricity Cy of Sofia and Bulgaria* (Preliminary objections), PCIJ. Series A/B N°77 (1989); *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey) – 19 December 1978 – ICJ Reports 1978 p. 3; *Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada) - 4 December 1998 – ICJ Report 1988 p. 432.



y alcance del consentimiento al arbitraje CIADI. A continuación un resumen de ellas:

### 3.1. Oferta revocable

El profesor SCHREUER, bajo una óptica netamente contractual (*oferta-aceptación*) no le otorga mayores efectos a la “oferta” que no ha sido aceptada. Concretamente el profesor Schreuer, al referirse a la interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI relativo a los efectos que conserva el consentimiento otorgado antes de la denuncia de dicho tratado, señala que al igual que sucede con las formación de los contratos, la irrevocabilidad del consentimiento al arbitraje sólo ocurre una vez que la oferta ha sido aceptada y el “*consentimiento*” se ha perfeccionado<sup>23</sup>. Conforme a esta doctrina, la oferta de arbitraje puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación y por ello se recomienda que el inversor acepte dicha oferta la más pronto posible, incluso antes de surgir la disputa<sup>24</sup>.

En contra de esta tesis se ha sostenido que el uso de la analogía contractual conduce a la errónea conclusión de identificar el término “consentimiento” con el concepto de consentimiento mutuo o “acuerdo de arbitraje”. En opinión de

Garibaldi se trata de una “falsa analogía” porque la palabra “consentimiento” se utiliza en el Convenio CIADI tanto como “consentimiento individual” como “consentimiento mutuo” y en su criterio, cabe distinguir entre “oferta” y “aceptación”, por un lado y “contrato” por el otro, porque todos estos términos son diferentes<sup>25</sup>.

### 3.2. Oferta firme

El profesor Gaillard, sin objetar la visión contractual de Schreuer, advierte sobre el sentido particular que se le debe dar a la palabra “consentimiento” contenida en el artículo 72 y afirma que, independientemente de la denuncia del Convenio CIADI, la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Centro dependerá de la terminología utilizada en “la cláusula arbitral” contenida en el respectivo TBI<sup>26</sup>.

MANTILLA-SERRANO, en la misma línea de pensamiento de Gaillard, sostiene que el artículo 72 del Convenio CIADI no se refiere a “consentimiento mutuo” sino al consentimiento unilateral, pero señala que las nociones contractuales de oferta y aceptación y el artículo 25 del Convenio no deberían entrar en juego, en virtud de que la vigencia de la Convención, luego de

<sup>23</sup> SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press 2001, p. 219, párrafo 304. A pesar de las críticas emitidas en contra de esta posición, el Prof. SCHREUER, la mantiene en la nueva edición de su obra, 2009, que hace junto con MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August and SINCLAIR, Anthony, pp. 1279 y ss.

<sup>24</sup> Idem, p. 1281.

<sup>25</sup> GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*. TDM, Vol 6, # 01. March 2009.

<sup>26</sup> GAILLARD, Emmanuel. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., Vol. 237-N° 122. June 2007, p. 26.

su denuncia, está totalmente regulada en el artículo 72<sup>27</sup>.

### 3.3. Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado

Luego del artículo del Profesor GAILLARD, los autores NOLAN y SOURGENS se pronuncian en el sentido de que el consentimiento del Estado manifestado bien en un TBI o en su legislación debe ser considerado no como una simple oferta de arbitraje, ni siquiera como una *oferta firme*, sino como una “obligación internacional independiente”<sup>28</sup>.

Similar postura había asumido en el pasado el Profesor HIRSCH, quien sostuvo la idea de que conforme con el derecho internacional público, el cual se aplica a las legislaciones internas de los Estados,

el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI puede ser equiparado a un *acto unilateral irrevocable* conforme al derecho internacional y a la doctrina del *estoppel*<sup>29</sup>. En este sentido cabe señalar que esta teoría se inspira en el principio general de que una declaración unilateral, generadora de obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración, no puede ser revocada arbitrariamente<sup>30</sup>.

En apoyo de esta tesis se invocan las referencias hechas en las decisiones en los casos *SPP v. Egipto*<sup>31</sup>, *Amco v. Indonesia*<sup>32</sup>, el voto disidente en *Siag & Vecchi v. Egipto*<sup>33</sup>, así como la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nuclear Test*<sup>34</sup>.

Últimamente algunos autores han respaldado esta tesis<sup>35</sup>, mientras que otros la han criticado<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. La denuncia de la Convención de Washington, ¿Impide el recurso al CIADI? Revista Peruana de Arbitraje N° 6, 2008, p. 214.

<sup>28</sup> NOLAN, Michael AND SOURGENS, F.G. “The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study”. En: *TDM, Provisional Issue*, September 2007.

<sup>29</sup> HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 53 y 54.

<sup>30</sup> Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.

<sup>31</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)*.

<sup>32</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*.

<sup>33</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15)*.

<sup>34</sup> *Case Concerning Nuclear Test. Australia v. France, Judgment of December 20, 1974, ICJ, Rep. 1974*.

<sup>35</sup> TEJERA, Victorino. “Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study”. En: *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York: Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, 2009, pp. 109 y ss.

<sup>36</sup> SUAREZ ANZORENA, Ignacio. “Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws”. *Investment Treaty Arbitration and International Law*. New York: Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors,

En la reciente decisión sobre jurisdicción en el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal se inclina por la tesis del “acto unilateral del Estado”, cuando el supuesto consentimiento está contenido en una legislación nacional<sup>37</sup>.

Sin embargo, a la hora de determinar las *reglas de interpretación* conforme al derecho internacional, algunos Tribunales CIADI no han sentido la necesidad de fijar expresamente una posición y en los casos en que lo han hecho, no pareciera existir una solución clara y uniforme.

Desde nuestro punto de vista, la tesis del acto unilateral amerita algunos comentarios adicionales ya que, como puede observarse, en el campo internacional el concepto de acto unilateral no tiene un sentido unívoco. Sólo una concepción *amplia* de los actos unilaterales comprende también aquellos actos del Estado vinculados a una prescripción convencional o consuetudinaria, como lo serían la ratificación de un tratado internacional o la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia<sup>38</sup>. Sin

---

JurisNet, LLC, 2009, pp. 78-79. Este autor considera que la existencia y alcance del consentimiento al arbitraje de inversión contenido en una ley de inversiones sólo puede ser determinado de conformidad con las normas domésticas y considera una falacia darle un tratamiento de obligación internacional a una ley. Véase igualmente “*Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate?*” Ídem, p. 125.

<sup>37</sup> Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 83-85.

<sup>38</sup> Artículo 36 del Estatuto de la CIdJ establece:

“1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. la interpretación de un tratado;
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo.

4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte.

5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el periodo que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.

6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”.

Véase: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

embargo, estos casos que aparentan ser muy similares al de la oferta de arbitraje, presentan cierta diferencia. No debe olvidarse que la oferta unilateral del Estado al arbitraje de inversiones es tan sólo el primer paso en la formación del acuerdo de arbitraje, el cual no se perfecciona hasta tanto conste por escrito la aceptación del inversionista. En los casos de ratificación de un tratado internacional, o en los casos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, es el propio Estado el que determina soberanamente el momento en que se perfecciona su carácter de miembro o parte de un tratado, o el momento y las condiciones en que queda sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

En otras palabras, mientras que en los primeros casos la voluntad de perfeccionar recae en el Estado que emite el acto unilateral, en la oferta de arbitraje el perfeccionamiento del acuerdo queda condicionado a un ulterior y adicional

acto que es de la entera discreción del inversionista y no del Estado.

Por más tentadora que resulta la tesis del acto unilateral, mal se puede olvidar que en *stricto sensu*, los actos que se inscriben en un proceso jurídico bilateral o multilateral, y tienen por finalidad última dar nacimiento a un acto que no es unilateral, están más cerca de la naturaleza *convencional*, puesto que su función esencial desborda el marco unilateral en que nacen<sup>39</sup>, es decir, trascienden del plano puramente unilateral al marco convencional. Por esta razón el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargado de regular el sentido y alcance en el Derecho Internacional de los Actos Unilaterales de los Estados, optó por excluir este tipo de actos de la referida regulación<sup>40</sup>.

Ahora bien y sin perjuicio de lo antes señalado, el hecho que el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI no encuadre dentro de la definición restringida de Acto Unilateral de los

<sup>39</sup> En este sentido, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cita como ejemplos de actos unilaterales que se podrían ubicar dentro de la esfera convencional, y por tanto excluidos del estudio en cuestión, los siguientes: a) los actos vinculados al derecho de los tratados, b) aquellos relacionados con la formación de la costumbre; c) los actos que constituyen el ejercicio de un poder acordado por una disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario; d) los actos de alcance interno que no tienen efectos en el ámbito internacional; e) los que forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación; f) los relativos a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, según lo establecido en el Artículo 36 de su Estatuto; g) los de origen convencional pero que resultan formalmente unilaterales en relación con terceros Estados; h) los formulados en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional internacional y aquellos que pueden permitir a un Estado invocar el estoppel en un proceso (NACIONES UNIDAS: A/CN.4/486, *Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado*, p. 19. BONDÍA GARCÍA, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005.

<sup>40</sup> Así se decidió en el 56º período de sesiones. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/60/10), párrafo 293. Asimismo, Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.

Estados dada por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, no excluye la posibilidad de que dicho consentimiento, en el contexto en que se emite (p. ej: Ley de Promoción y Protección de Inversiones), pueda configurar en ciertos casos una “*oferta irrevocable*” bajo los principios contractuales internacionales.

#### 4. NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

##### 4.1. Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje

Tenemos la impresión de que en los arbitrajes de inversión, poca importancia se le ha dado al principio de autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje reconocido universalmente en los arbitrajes comerciales. Por más diferencias que existan entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, ambos tipos de arbitraje parten de un mismo requisito: la existencia de un acuerdo de arbitraje. Por ende, no encontramos razón alguna para excluir en el arbitraje de inversiones el principio de independencia del acuerdo de arbitraje. Por el contrario, consideramos que el principio de autonomía e independencia debe ser aplicado no sólo en caso de que exista un contrato (de inversiones) que contenga la cláusula arbitral, sino también frente al tratado o la ley que contiene el consentimiento del Estado.

Ciertamente el Convenio CIADI utiliza el término consentimiento no sólo

en sentido unilateral sino también en el sentido de “acuerdo de voluntades”. Ello no configura mayor novedad, pues es bien conocido que para la época de la Convención (1965) todavía no se había elaborado la Ley Modelo UNCITRAL que acuñó la expresión “acuerdo de arbitraje”. Desde que entró en vigencia en 1966 el Convenio CIADI, es mucho el camino que se ha avanzado para superar las dificultades que en su época generaban los conceptos de *cláusula compromisoria* y formalización del *compromiso arbitral*. El Convenio CIADI sabiamente en su momento se apartó de esos términos y se limitó a hacer uso del vocablo “consentimiento”, tanto en sentido mutuo como en sentido individual.

Ahora bien, el hecho de que existan disposiciones del Convenio CIADI que se refieran al consentimiento individual no altera la naturaleza contractual del acuerdo arbitral. Como bien señala el Profesor SCHREUER: “Como cualquier otra forma de arbitraje, el arbitraje de inversión siempre está basado en un acuerdo.”<sup>41</sup>. ...“Una disposición legal que contiene el consentimiento al arbitraje es simplemente una oferta del Estado a los inversionistas. Para perfeccionar el acuerdo de arbitraje la oferta debe ser aceptada por el inversionista”<sup>42</sup>.

La generalidad de los autores que han estudiado la naturaleza jurídica del *arbitraje*, incluso aquéllos que se han inclinado por la tesis jurisdiccional, admite que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza

<sup>41</sup> SCHREUER, Christoph H. “Consent to arbitration”. En: TDM Volume 2, issue #05 - November 2005, y actualizado en febrero de 2007, p. 1. Traducción libre del inglés.

<sup>42</sup> Ídem, p. 5.

contractual. En realidad la naturaleza contractual de la *cláusula arbitral* nunca ha sido un tema polémico<sup>43</sup>. Lo que por largas décadas ha generado grandes discusiones en la doctrina, sin que hasta la fecha haya consenso, es lo relativo a la naturaleza del propio *arbitraje*<sup>44</sup>.

En conexión con lo anterior, cabe agregar que el principio de *independencia* y *autonomía* del acuerdo de arbitraje ha sido reconocido universalmente por todas las legislaciones modernas que siguen la Ley Modelo UNCITRAL<sup>45</sup>. Consideramos que así como el acuerdo de arbitraje es

autónomo del contrato principal que puede estar contenido en el mismo documento, también es autónomo el consentimiento al arbitraje contenido en un tratado o en una ley. Conforme a este principio, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un TBI por parte de los tribunales domésticos no afectaría en principio la oferta de arbitraje contenida en dichos instrumentos. Como bien apunta SILVA ROMERO, “si el pacto arbitral no fuera autónomo, el estudio independiente de un contrato de arbitraje no tendría, en materia jurídica, ningún sentido”<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje*. Colombia: Legis. 2005.

<sup>44</sup> En la actualidad todavía subsisten las mismas tres tesis discutidas en el pasado: la posición contractualista, la posición jurisdiccional y por último, la ecléctica o autónoma. Por nuestra parte, hemos sostenido que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica de la naturaleza del arbitraje está estrechamente vinculada con el criterio que se tenga respecto a si la “coacción” es o no un elemento constitutivo del concepto de “jurisdicción”. No obstante, y conscientes de que el concepto de jurisdicción es dinámico, si partimos de su concepto clásico, que supone como elemento esencial el poder coactivo, entonces nos resulta forzoso inclinarnos por la tesis contractual defendida, entre otros, por GLÜCK, WACH, CHIOVENDA, REDENTI, CALAMANDREI, BETTI, ROCCO, SATTÀ Y GUASP, puesto que la función que despliegan los árbitros está desprovista del poder coactivo. El hecho de que el laudo que dictan los árbitros puede ser ejecutado forzosamente por los jueces del Estado no inviste a los árbitros de esa función, sino que por el contrario pone de relieve que son los funcionarios judiciales del Estado los que detentan el monopolio exclusivo de la coacción. Cfr. MEZGRAVIS, Andrés. *El amparo constitucional y el arbitraje*. Revista de Derecho Administrativo N° 6, Caracas: Edit. Sherwood, 1999, p. 259.

Para un análisis de las diferentes teorías y sus exponentes véase ROCA MARTÍNEZ, José María: *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Editor, S.A. Barcelona: J.M. Bosch. 1992, pp. 37-40. Igualmente OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*, traducción dirigida por SILVA ROMERO, Eduardo. Colombia: Legis. 2006, pp. 162 y ss.

<sup>45</sup> Art. 16 de la Ley Modelo y 21 numeral 2° del Reglamento. Igualmente lo consagran, entre otras muchas legislaciones, la de Suiza, Alemania, Italia, Holanda, España, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela. El principio de autonomía es un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, el principal y el de arbitraje. Ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia estadounidense y francesa. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “Autonomía del Contrato de Arbitraje”. En: *El Contrato de Arbitraje*, SILVA ROMERO, Eduardo. Director Académico y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Colombia: Legis. 2005, pp. 81 y ss., quien reconoce que la autonomía es un principio de derecho comercial internacional. Asimismo, para un análisis de la autonomía del acuerdo de arbitraje en relación con una ley estatal, véase LARROUMET, Christian. “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en material internacional y de su autonomía”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Op. cit.; pp. 13 y ss.

<sup>46</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. “La Formación del Contrato de Arbitraje”. En: *El Contrato de Arbitraje*. SILVA ROMERO, Eduardo Director Académico y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Colombia: Legis. 2005, p. 77.

#### 4.2. La documentación del consentimiento no desvirtúa su naturaleza contractual

Actualmente, la vasta mayoría de los arbitrajes de inversión está basada no en una cláusula arbitral ordinaria inserta en un contrato de inversiones suscrito directamente entre el Estado y el inversor, sino en el consentimiento otorgado de manera indirecta y muchas veces sin el contacto directo de las partes antes del inicio del proceso arbitral. Pero aun en estos casos el resultado final es también un acuerdo de arbitraje<sup>47</sup>.

La documentación del consentimiento, aunque importante para determinar la verdadera *intención* de las partes, no modifica su naturaleza contractual ni su independencia y, por tanto, tampoco debería modificar las reglas de interpretación contractual aplicables. El hecho de que el consentimiento unilateral del Estado sea expresado o documentado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado, no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje o a condicionar su existencia. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí y mucho menos desplazar a un segundo plano la declaración de voluntad que precisamente se quiere interpretar. De allí que no nos luce acertado sostener que cuando el

consentimiento está contenido en un tratado resultan aplicables los principios de interpretación de los tratados.

En este sentido, resulta interesante destacar que cuando la doctrina se refiere al consentimiento del Estado expresado en un TBI lo califica como un consentimiento “*unilateral*”, contenido en un “*tratado*” y por tanto se afirma que pareciera obvia la aplicación de las reglas de interpretación de éstos<sup>48</sup>. Sin embargo, esta calificación merece ciertas precisiones para evitar confusiones. En efecto, por definición un TBI es un “*Tratado bilateral*”, o sea, es producto del consentimiento de dos Estados. Cada uno de esos Estados ofrece a los nacionales del otro su consentimiento al arbitraje internacional. De manera que cuando se le califica de consentimiento *unilateral o individual* no es porque ese tratado contenga el consentimiento de un sólo Estado. Es obvio que dicho tratado bilateral contiene el consentimiento de ambos Estados parte. De allí que se le califica de “*unilateral*”, no porque aún esté pendiente el consentimiento de uno de los Estados, sino porque aún está pendiente el consentimiento del beneficiario de la oferta, es decir, la voluntad del inversionista nacional del otro Estado parte del tratado. Mientras está pendiente esa aceptación resulta apropiado y preciso hablar de “*consentimiento unilateral del Estado*”, pero cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI, es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso

<sup>47</sup> SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 378, p. 191.

<sup>48</sup> SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 579, p. 249. Véase también *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de Julio de 1997, párrafo 20. Igualmente *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para 83.

arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y, al menos *prima facie*, se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos<sup>49</sup>. Dicho de otra forma, si la disputa ha sido registrada y sometida a un Tribunal CIADI es porque se está aceptando *prima facie* que existe no un consentimiento (el del Estado), sino dos: el del Estado y el del inversor. El acuerdo de arbitraje, aunque se ha formado de manera progresiva, contiene ambas declaraciones de voluntad.

Por tanto, no pareciera correcto afirmar que el acuerdo arbitral que deriva de un TBI tiene naturaleza de *tratado internacional*. No creemos que la tenga, puesto que el Estado no suscribe dicho TBI con el inversor, sino con otro Estado. Lo mismo podría decirse de la oferta contenida en la legislación. La voluntad del inversor no interviene en el proceso formativo del acto legislativo conformado por la oferta de arbitraje del Estado. Lo cierto es que, en ambos casos, el acuerdo de voluntades se perfecciona a través de la aceptación de la oferta que hace el inversor y dicho acuerdo, si bien tiene efectos internacionales, no puede ser calificado ni de tratado ni de ley por ser

un acto esencialmente consuetudinario o convencional. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente los actos u ofertas unilaterales de los Estados que no hayan sido previamente aceptados por los inversionistas.

Cabe advertir que en estos casos el *tratado y la ley* no son más que la *documentación* del acuerdo de arbitraje. Por documentación de un contrato se entiende la operación de plasmar o recoger corporalmente en un papel, cinta magnetofónica, etc., las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato<sup>50</sup>. Conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, el único requisito es que el acuerdo de voluntades conste por escrito en un documento o conjunto de documentos. En modo alguno se exige que conste en un tratado o en una ley. De manera que, así como el acuerdo de arbitraje es autónomo e independiente del resto de las cláusulas que conforman el contrato principal, también lo es del tratado y de la ley en que se puede encontrar estipulado.

El hecho de que esos dos consentimientos hayan sido expresados de manera

<sup>49</sup> Generalmente el inversor manifiesta su aceptación a través de una carta (trigger letter) que envía al gobierno en cuestión antes de presentar la solicitud de arbitraje. No obstante, se admite de manera pacífica que la manifestación del consentimiento del inversionista o aceptación de la oferta abierta de arbitraje se realice en la propia solicitud de arbitraje. Al respecto, véase *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p. 187. Asimismo, ESCOBAR, Alejandro A. "Los sistemas de arbitraje del CIADI", La solución de Controversias en el Hemisferio, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 291. A. R. PARRA. *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws*, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 12 (1997) p. 287. SCHREUER. *Op. cit.*; pp. 206 y ss. REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel. EN. *Guide to ICSID Arbitration*, p. 38, y MEZGRAVIS; "Las inversiones petroleras....". *Op. cit.*; pp. 395 y ss.

<sup>50</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato*. 5ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 254 y ss.



sucesiva y no simultánea en nada cambia la naturaleza del *contrato de arbitraje* alegado. Tampoco altera la naturaleza de contrato de arbitraje el hecho de que uno de esos consentimientos presente ambigüedad y el otro sea manifiestamente claro<sup>51</sup>. Ambos deben ser interpretados bajo un mismo y único contexto: el acuerdo de arbitraje.

En nuestro criterio, es un tanto anárquico determinar las reglas de interpretación de cada uno de esos actos por separado en función de los documentos públicos o privados que los contienen (tratado, ley, carta de aceptación, inicio del proceso como manifestación tácita de aceptación, revocatoria, etc.). Ello supone diseccionar el acuerdo de arbitraje y aplicar unas reglas de interpretación distintas para cada uno de los consentimientos, como si ambos no fuesen parte de un mismo contexto. Así, por ejemplo, si es un TBI el que contiene el consentimiento “unilateral” del Estado, entonces tendrían que aplicarse las normas de interpretación de los tratados, fundamentalmente contenidos en la Convención de Viena, pero esas mismas reglas no podrían ser aplicadas a la manifestación tácita de aceptación de la oferta por parte del inversor que inicia el arbitraje<sup>52</sup>.

En definitiva, consideramos que los dos consentimientos (del Estado y del inversor) forman parte de un mismo acuerdo y éste en todo su contexto, y no los actos individuales por separado, es el que debe ser objeto de una sola interpretación. Poca relevancia se le ha dado a la esencial diferencia que existe entre la autonomía consensual en la esfera del contrato de arbitraje Estado-inversionista, de un lado, y la autonomía colectiva (Estado-Estado) manifestada en los tratados que celebran o a los que posteriormente se adhieren los Estados. El acuerdo de arbitraje es, como todo contrato, fuente de obligaciones<sup>53</sup>, mientras que los tratados son fuente de normas jurídicas internacionales<sup>54</sup>. El acuerdo de arbitraje genera obligaciones entre las partes que lo suscriben, o sea, entre el Estado por un lado y el inversionista por el otro. Por su parte, la norma que establece que un Estado ofrece arbitraje internacional a los inversionistas del otro Estado genera obligaciones internacionales paritarias entre los Estados miembros del respectivo tratado. Como puede observarse, se trata de dos fuentes distintas de obligaciones: la del tratado, generadora de obligaciones Estado-Estado, y la del acuerdo de arbitraje, que genera obligaciones Estado-inversionista<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Del mismo modo que sería absurdo interpretar aisladamente la cláusula ambigua del resto de las cláusulas de un contrato.

<sup>52</sup> Para una distinción entre las reglas de interpretación de los tratados y las leyes, véase BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos. 1975, pp. 389 y ss. Igualmente SUAREZ ANZORENA. *Op. cit.*; pp. 73-74.

<sup>53</sup> Entre las que destacan una “obligación de hacer”: someter la controversia al arbitraje, y una “obligación de no hacer”: no someter la controversia a los tribunales estatales.

<sup>54</sup> BETTI. *Op. cit.*; p. 391.

<sup>55</sup> Tan distintas son las obligaciones Estado-Inversionista y Estado-Estado que la generalidad de los TBIs contiene cláusulas de resolución de disputas entre los propios Estados. A diferencia del acuerdo de arbitraje que, como hemos indicado tiene naturaleza contractual, el tratado internacional, en cambio, presenta una estructura híbrida con su doble momento convencional

En definitiva, lo fundamental no es la naturaleza del instrumento que contiene la oferta o la aceptación. Lo fundamental, como en todo contrato, son los términos y condiciones de cada una de esas manifestaciones de voluntad.

### 4.3. ¿Falsa analogía contractual?

Como hemos indicado, consideramos que resulta plenamente válido aplicar en la interpretación de los acuerdos arbitrales CIADI, así como a la oferta y a su revocatoria, los principios contractuales reconocidos por el Derecho Internacional.

Es cierto que el acuerdo de arbitraje (consentimiento mutuo) que se ha perfeccionado con el consenso de voluntades mal puede ser confundido con el consentimiento unilateral o individual que todavía aguarda por la respuesta afirmativa del inversor. No obstante, esta distinción en nada altera que cuando se está en presencia de un arbitraje de inversiones, el consentimiento del Estado sea interpretado conforme a los principios contractuales internacionales.

En realidad la aplicación de principios contractuales en la interpretación del

acuerdo de arbitraje CIADI no implica la confusión de los conceptos de “contrato de arbitraje”, “oferta de arbitraje” y “obligación independiente”. Tanto en el campo contractual como en el arbitral, esos conceptos están claramente diferenciados. Un contrato perfeccionado (acuerdo de arbitraje) no puede ser revocado unilateralmente. Una oferta (de arbitraje) no aceptada es revocable, en principio, en cualquier momento antes de su aceptación, pero puede, dependiendo del contexto en que se ha generado (TBIs o leyes de protección de inversiones), o dependiendo de la confianza o expectativas creadas, configurar para su autor, en este caso el Estado, una obligación internacional irrevocable<sup>56</sup>.

Es nuestra opinión que el Profesor SCHREUER no incurre en una “falsa analogía”, como algunos sostienen, pues el consentimiento individual del Estado, junto al consentimiento del inversor, están destinados a formar un acuerdo de arbitraje, es decir, un verdadero contrato. Se trata, por tanto, no de una aplicación analógica sino directa de los criterios que rigen la interpretación contractual en el ámbito internacional<sup>57</sup>.

Otra, en nuestro criterio, es la crítica que puede ser hecha al comentario del

---

y normativo. Es por ello que frente al tratado surge la exigencia de un doble tratamiento interpretativo que responde tanto al proceso genético del tratado como negocio *consensual*, como a su función y eficacia de *norma jurídica* reguladora de las relaciones internacionales. “Bajo el aspecto del proceso genético del tratado como negocio consensual aparece justificada la remisión analógica a los criterios que rigen la interpretación de los contratos”. BETTI. *Op. cit.*; pp. 391 y 392.

<sup>56</sup> NOLAN y SOURGENS. *Op. cit.*; son los primeros en defender en este contexto la noción de obligación internacional independiente, pero apartándose de la aplicación de los principios contractuales.

<sup>57</sup> GARIBALDI pareciera tener una opinión contraria a ésta. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the limits of the Contract analogy*. TDM, Marzo 2009, Vol 6, # 01.

Profesor Schreuer, pero esa crítica, lejos de contradecir la tesis de la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje CIADI, más bien la fortalece. En efecto, bajo los principios contractuales internacionales, la oferta que no ha sido aceptada puede ser *irrevocable* en ciertos casos. El caso más obvio es cuando la propia oferta indica un plazo fijo para la aceptación de ésta, o sea, cuando establece expresamente que por cierto tiempo es irrevocable. Otras situaciones, un tanto más complejas y que escapan del análisis realizado por el Profesor SCHREUER, serían aquéllas en las

que se discute “si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta”<sup>58</sup>. Las situaciones antes descritas han sido contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también conocida como la Convención de Viena sobre compraventa internacional<sup>59</sup>, así como en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos<sup>60</sup>. Igualmente, tanto legislaciones del *Civil Law* como del *Common Law* contemplan estos mismos principios<sup>61</sup>. De manera que podríamos estar en presencia de principios

<sup>58</sup> El argumento relativo a que el inversionista pueda aceptar la oferta de arbitraje en cualquier momento, incluso antes de surgir la disputa, no nos luce convincente para sostener la revocabilidad de la oferta. (Vid SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, ob cit, p. 1281, para 7.) Al igual que ocurre en el campo comercial, lo que hace irrevocable a una oferta no es la imposibilidad de aceptarla, sino las expectativas legítimas y confianza suscitadas por la oferta. Difícilmente podría una Estado sostener que una ley de “promoción” y “protección” de inversiones que contiene dicha oferta no tiene por fin generar dichas expectativas y confianza en los inversionistas.

<sup>59</sup> “Artículo 16: 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocatoria llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta”.

<sup>60</sup> “Artículo 17. Oferta irrevocable: 1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme durante cierto lapso, o si, sobre la base de las relaciones precedentes de las partes, las tratativas, el contenido de las cláusulas o la costumbre, razonablemente se le puede reputar tal (...)”.

<sup>61</sup> En este mismo sentido se pronuncian los más reconocidos tratadistas del derecho contractual norteamericano quienes establecen que *una oferta firme solamente necesita constar por escrito, y en virtud de sus términos garantiza que se mantendrá abierta a su aceptación. Por tanto es irrevocable por el tiempo establecido en ella, o si no tiene un tiempo estipulado, por un tiempo razonable.* FARNSWORTH, Alan. *The Law of Contracts*, (1999), p. 183. Según M.D NOLAN Y F.G SOURGENS, “The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study”, En: TDM (September 2007), este tratamiento es el que contempla el United States Uniform Commercial Code. En este mismo sentido y en cuanto al derecho español véase DIEZ-PICAZO. *Op. cit.*; p. 298.

Por otra parte, aunque Venezuela todavía no ha ratificado la referida Convención, el artículo 1.137 del Código Civil venezolano establece una disposición similar: “si el autor de la oferta [El Estado] se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo [establecido en el BIT], o si esta obligación [arbitraje] resulta de la naturaleza del negocio [foro neutral promovido para captar las inversiones] la revocación antes de la expiración del plazo [previsto en el TBI o antes del plazo inherente a la inversión realizada] no es obstáculo para la formación del contrato” [de arbitraje]. (Entre paréntesis nuestro).

generales de derecho internacional en materia de contratos. Cabe advertir que esos principios no escapan al campo arbitral, como algunos piensan. Es razonable suponer que la *oferta unilateral de arbitraje* contenida en un TBI que tiene una vigencia de 10 o 15 años no puede ser revocada durante dicho tiempo<sup>62</sup>. También es razonable suponer que un Estado que promulga una ley de inversiones para promocionar y captar inversiones, y con tal fin ofrece a los inversionistas extranjeros arbitraje internacional, mal puede revocar dicha oferta de arbitraje una vez que ha captado las referidas inversiones.

Portanto, negar que el consentimiento unilateral del Estado configure una oferta de arbitraje, negar que cuando se produce la aceptación de la oferta se produce un acuerdo de arbitraje, o negar que el acuerdo de arbitraje configura un verdadero contrato, nos luce infundado, como también lo es negar toda posibilidad de revocatoria de la oferta de arbitraje que aún no ha sido aceptada. En este sentido, se debe distinguir que una cosa es determinar las obligaciones internacionales generadas por la oferta de arbitraje entre los Estados miembros del tratado que la contiene; otra es la eficacia de su eventual revocatoria antes de su aceptación por parte del inversionista, y otra muy distinta es interpretar y analizar la verdadera

existencia o formación del acuerdo de arbitraje cuando se ha registrado un caso ante el CIADI.

## 5. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

### 5.1. Reglas mixtas

De manera general se admite que el Estado manifiesta su consentimiento al arbitraje CIADI de tres formas distintas, a saber:

- i) Con la suscripción de un contrato de inversiones entre un ente gubernamental (administración nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada) y un inversionista, en el cual se incluye una cláusula de arbitraje CIADI;
- ii) Mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones en el que se hace una oferta abierta de arbitraje CIADI y;
- iii) Mediante la oferta abierta de arbitraje CIADI que se hace a través de una ley nacional, generalmente de promoción y protección de inversiones<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Ello únicamente sería posible si ambos Estados parte del TBI acuerdan modificar su texto y aun así, y por las razones que explicaremos más adelante, consideramos que dicha revocatoria sólo sería legítima para los inversionistas que todavía no han realizado sus inversiones, pues para aquellos que las hubiesen realizado conforme a las expectativas legítimas generadas por el respectivo tratado, sería arbitraria a la luz de los principios del derecho internacional.

<sup>63</sup> Una cuarta forma podría ser la oferta de arbitraje que conste en una carta de algún ente gubernamental debidamente autorizado por el respectivo Estado (Art 25 (3)). Sin embargo, por ser esta modalidad bastante extraña en la práctica, no la incluimos en la clasificación antes indicada.

Estos diferentes tipos de manifestaciones del consentimiento del Estado plantean en la doctrina una serie de interrogantes entre las que destacan el *derecho aplicable* y las *reglas de interpretación* aplicables “según la naturaleza del acto que contiene ese consentimiento”.

La doctrina y hasta ciertos laudos han señalado que cuando el consentimiento está basado en un TBI pareciera obvia la aplicación del derecho internacional y los principios de interpretación de los *tratados*<sup>64</sup>. Cuando se está en presencia de una ley de inversiones cuya oferta de arbitraje es algo ambigua, ha resultado atractiva para algunos tribunales CIADI la idea de aplicar los principios de interpretación de las *leyes* conforme al derecho doméstico aplicable al fondo de la controversia<sup>65</sup>. Esta tesis también ha encontrado apoyo en algunos autores<sup>66</sup>. No obstante, se advierte que semejante interpretación sólo es válida si dichas leyes no contradicen los principios del derecho internacional<sup>67</sup>.

A pesar de que resulta reiterada la aplicación preponderante del derecho internacional a asuntos de jurisdicción,

pensamos que aún no existe consenso en cuanto a las reglas internacionales de interpretación aplicables a los actos que forman el consentimiento.

En el caso *SPP v. Egipto* la jurisdicción se fundamentó en la ley egipcia. El Tribunal rechazó el argumento de Egipto de que el consentimiento debía ser interpretado conforme a los principios de las *leyes egipcias*, así como también el argumento del inversionista de que el acuerdo de arbitraje debía ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los *tratados*<sup>68</sup>. El Tribunal concluyó que aplicaría los principios generales de interpretación de las *leyes* tomando en consideración, cuando resultare apropiado, los principios esenciales de interpretación de los *tratados* y los principios del derecho internacional aplicables a la declaración de *actos unilaterales*<sup>69</sup>.

En el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal hace un resumen muy preciso de las distintas posiciones adoptadas hasta ahora por los Tribunales CIADI:

- (i) En al menos cuatro casos, el asunto no fue resuelto claramente.

<sup>64</sup> Véase supra Nota 48.

<sup>65</sup> *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (ICSID Case No. ARB/00/1)*, paras 339-340.

<sup>66</sup> SUAREZ ANZORENA sostiene que la existencia del consentimiento del Estado contenido en una ley debe ser interpretada conforme a los principios de interpretación de las leyes del correspondiente Estado y una vez determinada la existencia de dicho consentimiento es que tendrían un rol otros principios como el de la buena fe, estoppel y reglas internacionales.. *Op. cit.*; p. 79.

<sup>67</sup> *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26)*, para 263.

<sup>68</sup> *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction II, April 14, 1988, paras. 55-60.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párrafo 61.

- (ii) En *SPP v. Egipto*, el Tribunal decidió aplicar “principios generales de interpretación de la ley” tomando en cuenta tanto “las normas pertinentes de interpretación de los tratados como los principios del derecho internacional aplicable a las declaraciones unilaterales”.
- (iii) En *CSOB v. República Eslovaca*, el Tribunal optó por el derecho internacional sin ninguna reserva.
- (iv) En *Zhinvali v. Georgia*, el Tribunal optó por el derecho interno, “con sujeción en última instancia al derecho internacional”<sup>70</sup>.

Cabe agregar que en el caso *Mobil v. Venezuela*, el Tribunal asume que cuando el consentimiento del Estado está contenido en una ley nacional, se está en presencia de un *acto unilateral* cuya interpretación se rige por el derecho internacional, pero en la cual también se debe tener en cuenta el derecho doméstico para determinar la intención del Estado. También añade que aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no resulta aplicable a la interpretación de los actos unilaterales, las disposiciones de dicha Convención podrían ser aplicables de manera analógica<sup>71</sup>.

Pareciera que la práctica arbitral CIADI varía el énfasis que hace en el

derecho internacional dependiendo de si el consentimiento del Estado ha sido expresado en un “*tratado*”, en una “*ley*” o en un “*contrato*” de inversiones<sup>72</sup>. Aun cuando pareciera existir cierto consenso en cuanto a que el estándar de interpretación en estos tres escenarios siempre está dentro del marco del artículo 25 y no del artículo 42 del Convenio CIADI, lo cierto es que la poca relevancia que se le ha dado al hecho de que siempre esas tres vías desembocan indistintamente en un acuerdo de arbitraje ha generado una metodología mixta de interpretación. Esa singular metodología conduce a la mezcla de principios de interpretación de los tratados con el de las leyes y con los actos unilaterales, a pesar de que también se reconoce que “*el consentimiento perfeccionado ni es un tratado ni tampoco es un simple contrato bajo el derecho doméstico, pero sí un acuerdo entre el Estado y el inversor basado en un tratado*”<sup>73</sup>.

## 5.2. Reglas contractuales internacionales

Como bien se estableció en el caso *Amco v. Indonesia*:

“Como en cualquier otra convención, el convenio de arbitraje no debe ser interpretado de manera restrictiva, ni tampoco de hecho de manera extensiva o liberal. Debe ser interpretado de una manera que permita descubrir y respetar la intención común de las partes: este método de interpretación

<sup>70</sup> Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 82.

<sup>71</sup> Idem para. 96.

<sup>72</sup> SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafo 585, pp. 250 y 251.

<sup>73</sup> Idem, párrafo 579, p. 249. Traducción libre.

no es sino la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*, en efecto, un principio común a todos los sistemas de derecho interno e internacional.

Más aún, —y esto nuevamente es un principio general de derecho— cualquier convención, incluyendo los convenios de arbitraje, deben ser interpretados conforme a la buena fe, esto es, tomando en cuenta las consecuencias de los compromisos de las partes que podían considerarse razonable y legítimamente previsibles”<sup>74</sup>.

Numerosos laudos han aplicado los principios de interpretación contractual basados en la *buena fe* a los acuerdos de arbitraje en materia de inversiones<sup>75</sup>. Pero hasta ahora nada se ha dicho, por ejemplo, de la aplicación del principio *proferentem* de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula<sup>76</sup>. Tan sólo la aplicación de este principio contractual podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes o las reglas de interpretación de los actos unilaterales. Por otra parte, no es lo mismo indagar sobre la *intención* del Estado que indagar sobre la “*intención común*” de las partes, conforme

a los principios de la buena fe, seguridad y confianza, que comprenden la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad.

Por todas las razones antes apuntadas, es nuestra opinión que las reglas de interpretación aplicables al consentimiento del arbitraje de inversiones no deberían ser otras que las aplicables a los “*contratos internacionales*,” y particularmente al “*contrato de arbitraje internacional*”. En efecto, como hemos mencionado, cuando el inversionista manifiesta su consentimiento de aceptar la oferta del Estado contenida en un TBI, o en su legislación, ese *conjunto* de voluntades perfecciona, al igual que la cláusula arbitral, un acuerdo de arbitraje de inversiones, que no es otra cosa que un *contrato* al que le resulta aplicable el derecho internacional.

## 6. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA DE ARBITRAJE COMO CONSECUENCIA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS CREADAS EN LOS INVERSIONISTAS

El carácter vinculante y la naturaleza irrevocable del acuerdo de arbitraje a la jurisdicción del CIADI es manifestación

<sup>74</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*, para 14. Traducción libre del inglés.

<sup>75</sup> Entre otras, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1)*, paras 4.08 y ss. Al respecto véase SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; para 587-589, pp. 251 y 252, especialmente nota 802.

<sup>76</sup> Cuestión que sí ha sido aceptada en el campo del arbitraje comercial. AGUILAR, Fernando. “Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación”. En: *El Arbitraje en el Perú y en el mundo*, Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 208. Establece el artículo 40.3 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia: “*Las cláusulas preparadas por uno de los contratantes que no han sido objeto de tratativas, se interpretan, en caso de duda, contra su autor.*”

de la máxima *pacta sunt servanda*<sup>77</sup>. Expresamente, el artículo 25 del Convenio CIADI establece que *cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte puede retirar su consentimiento unilateralmente*<sup>78</sup>.

Ahora bien, para determinar la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento *unilateral* al arbitraje CIADI expresado por el Estado, se hace necesario precisar ciertos aspectos y circunstancias relativos a la oferta de arbitraje que pueden generar confusión. Por obvio que parezca, se debe tener claro que no es lo mismo interpretar la denuncia del Convenio CIADI, tratado que no implica *per se* consentimiento al arbitraje CIADI<sup>79</sup>, que interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje contenida bien en un TBI o en una ley que sí contienen dicho consentimiento del Estado. Asimismo, no es igual revocar una oferta de arbitraje hecha en el marco de tratativas privadas a un potencial inversionista determinado, que revocar una oferta de arbitraje pública que se ha hecho en una ley para “promover” y supuestamente “proteger” inversiones extranjeras en general. A diferencia del primer caso, en el segundo se han generado expectativas legítimas en los inversionistas

que realizaron esas inversiones. De igual modo, habría que distinguir la posibilidad legítima que tendría un Estado de *retirar* la oferta de arbitraje a aquellos destinatarios de la oferta que aún no han realizado sus inversiones en el país, puesto que todavía no han depositado su confianza ni expectativas legítimas conforme a dicha oferta<sup>80</sup>.

De allí que nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada.

Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta, o las expectativas legítimas creadas en los inversionistas que podían razonablemente depositar su confianza y considerar que la oferta era irrevocable. De allí que una misma revocatoria podría ser arbitraria y, por ende, ineficaz para los inversores

<sup>77</sup> SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; párrafos 598-599, pp. 254 y 255.

<sup>78</sup> En el caso *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/2)*, Jamaica argumentó que antes de someterse la demanda al Centro, ya había anunciado, conforme al artículo 25(4) del Convenio, su voluntad de excluir las disputas relacionadas con recursos naturales. El tribunal rechazó esta pretensión de Jamaica en virtud de que para el momento de dicha notificación ya había otorgado el consentimiento al Centro en el contrato de inversiones suscrito entre las partes.

<sup>79</sup> Y que además contiene una serie de normas (Arts. 70, 71 y 72) que regulan su denuncia para que ésta sea legítima.

<sup>80</sup> El Convenio de Viena distingue entre retiro (*withdrawal*) y revocatoria (*revocation*). A diferencia de la revocatoria, el retiro se da cuando la oferta todavía no ha llegado a su destinatario, y por ende no ha alcanzado efectividad ni tampoco ha generado una situación jurídica de confianza. Véase DIEZ-PICAZO. *Op. cit.*; pp. 294 y 295.



que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.

### 6.1. Denuncia del Convenio CIADI

Como antes indicamos<sup>81</sup>, el Convenio CIADI no contiene oferta alguna de arbitraje y su denuncia está expresamente regulada en su texto. De manera que la denuncia *per se* mal puede configurar una revocatoria del consentimiento del Estado al arbitraje CIADI. Las dudas que plantea la denuncia y que han sido objeto de debate se centran en los efectos que causa sobre los TBIs y leyes que contienen ofertas de arbitraje. En este sentido, la mayoría de los autores señala que la denuncia del Convenio CIADI, como legítimo derecho del Estado miembro, no afecta la vigencia de las ofertas contenidas en los

TBIs, pues éstos son tratados autónomos e independientes y, como tales, tienen su propia regulación<sup>82</sup>.

Consideramos que lo único que pretende el artículo 72 del Convenio CIADI es precisamente salvaguardar los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la denuncia. Este principio además está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece que la terminación de un tratado no afecta los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas antes de su terminación<sup>83</sup>.

Cabe precisar que el Convenio CIADI *a priori* no otorga a los inversionistas derecho alguno a la jurisdicción del CIADI, ni tampoco el Estado asume obligación alguna de ofrecer arbitraje internacional a los inversionistas. Es el propio Estado miembro el que *luego* abre esa posibilidad a través de la celebración inmediata y directa, o progresiva e indirecta, del acuerdo de arbitraje<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Supra capítulo I.

<sup>82</sup> Al respecto véase GAILLARD, EMMANUEL. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 June 2007, Vol. 237-N° 122. NOLAN, Michael and SOURGENS F.G. "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", En: *TDM, Provisional Issue*, September 2007. ESCOBAR, Alejandro. "Bolivia Exposes Critical Date Ambiguity", En: *Global Arbitration Review*, 17, 2007. MANTILLA SERRANO, Fernando. *La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI?* Revista Peruana de Arbitraje N° 6, Lima: Magna Editores, 2008, p. 211. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, marzo 2009, Vol 6, # 01. En contra: SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR. *Op. cit.*; pp. 1279 y ss.

<sup>83</sup> Convención de Viena Arts. 70 (1) y 70 (2). Cabe advertir que la Convención de Viena teóricamente no resulta aplicable al Convenio CIADI, porque su artículo 4 establece que sólo se aplica a los tratados celebrados después de su entrada en vigencia. El Convenio CIADI entró en vigencia en 1966 y la Convención de Viena en 1980. Asimismo, cabe advertir que Bolivia, Nicaragua y Venezuela no son miembros de esta Convención. Sin embargo, dicha convención es reconocida como codificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

<sup>84</sup> Distinta es la situación de los Estados miembros que ciertamente asumen entre sí obligaciones internacionales desde el mismo momento en que ratifican el tratado, bien sea éste bilateral o multilateral.

El acuerdo de voluntades entre el Estado y el inversionista pudiera no estar perfeccionado para la fecha efectiva de la terminación del Convenio CIADI, pero ello no impide que la obligación bilateral de un Estado de ofrecer arbitraje CIADI a los nacionales del otro Estado sea válida y efectiva entre dichos Estados. La vigencia de la obligación bilateral (Estado-Estado), que sí se ha perfeccionado antes de la denuncia del Convenio CIADI, queda amparada por el propio texto del artículo 72, que desvirtúa el carácter accesorio de los TBIs.

De allí que las obligaciones y derechos establecidos en un TBI, asumidos por un Estado frente a otro, y particularmente el ofrecimiento de arbitraje a la jurisdicción del CIADI a los nacionales del otro Estado (terceros beneficiarios), no podrían, en principio, y salvo pacto en contrario, verse afectados por el simple hecho de que uno de los Estados miembro de dicho TBI resuelva denunciar otro tratado independiente como lo es el Convenio CIADI.

## 6.2. Denuncia de un TBI

Similar resultado se produciría con un TBI que es denunciado, pues la generalidad de éstos establece que su vigencia se extenderá por un período de 10 o 15 años para las inversiones realizadas antes de la denuncia. De manera que serían los futuros

inversionistas los verdaderos afectados por dicha denuncia, ya que es de suponer que ninguna expectativa legítima se ha generado en ellos. Ahora bien, una eventual reforma del TBI para revocar la oferta de arbitraje en él contenida, o una declaratoria de inconstitucionalidad del tratado quedaría sujeta a los mismos principios de la revocatoria arbitraria aplicable a las leyes y que a continuación explicamos.

## 6.3. Revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley

La oferta de arbitraje es irrevocable aunque no haya una declaración expresa de ello, ni un plazo fijo para la aceptación de ésta, cuando el inversionista podía razonablemente pensar que la oferta era firme y ha confiado en ella para realizar sus inversiones. Como bien señala PAULSSON, “El respeto por las expectativas legítimas y preestablecidas es un requisito esencial para la sanidad de las relaciones internacionales”<sup>85</sup>.

El principio de confianza legítima es considerado modernamente como uno de los principios no sólo del derecho internacional sino también de la actividad administrativa que obliga a la Administración Pública a actuar en un marco de seguridad jurídica y a cumplir con las legítimas expectativas que genera en los administrados con su actuación<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> PAULSSON, Jan. “El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros”. En: TDM, September 2008, p. 21.

<sup>86</sup> En este sentido, véase RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*. Caracas: Editorial Ex Libris. 2002. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1989. Asimismo, GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. 2002.

No obstante, más importante nos parece insistir en que si se está ante un arbitraje de inversiones, es de suponer, al menos *prima facie*, que se está en presencia de un acuerdo de arbitraje y, por ende, resultan aplicables, no los principios de los actos propios ni el *estoppel*, sino los principios contractuales internacionales, los cuales admiten la irrevocabilidad de la oferta en los casos antes aludidos.

En definitiva, la revocatoria del consentimiento unilateral del Estado se produce de manera arbitraria y, por ende, resulta ineficaz cuando ese ofrecimiento generó en los inversionistas una confianza legítima para realizar sus inversiones. Difícilmente puede un Estado sostener que una ley que tiene por finalidad *promover* la captación de inversiones extranjeras y brindar a éstas *protección* mediante el ofrecimiento del arbitraje internacional, no generó expectativas legítimas en los inversionistas extranjeros que efectivamente realizaron sus inversiones antes de la revocatoria de dicha oferta.

De allí que sostenemos que la pretendida revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana a través de la referida sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo de Justicia es claramente arbitraria e ineficaz para todos aquellos inversionistas que antes de la publicación de dicha sentencia realizaron sus inversiones en Venezuela. Para las inversiones que se realizan con *posterioridad* a la publicación de dicha sentencia, el asunto se hace mucho más

complicado y discutible. A favor de la *ineficacia* de la revocatoria en estos casos gravitan dos razones de peso: i) el artículo 22 no ha sido derogado, y ii) la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano no es vinculante para los tribunales del CIADI, tal y como la propia sentencia lo reconoce. No obstante, a favor de la *eficacia* de la revocatoria para los nuevos inversionistas destaca el hecho de que ciertamente le resultará más difícil a éstos demostrar la *confianza* generada por esa norma luego de la publicación en Gaceta Oficial de la referida interpretación por parte del Tribunal Supremo de Justicia<sup>87</sup> y de la publicación del laudo en el caso *Mobil v. Venezuela*. Claro está que si los sucesivos laudos arbitrales del CIADI se pronuncian a favor de la tesis de que el artículo 22 contiene efectivamente una oferta de arbitraje, el asunto se vuelve a revertir.

## 7. CONCLUSIONES

- 1.- Ni la doctrina ni las decisiones de los Tribunales CIADI han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento al arbitraje de inversiones.
- 2.- Poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones, el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene.
- 3.- No nos luce acertado sostener que cuando el consentimiento del

<sup>87</sup> Esta decisión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008.

- Estado está contenido en un tratado “pareciera obvia la aplicación de los principios de interpretación de los tratados”, y cuando está contenido en una ley nacional, resultan aplicables las reglas de interpretación de los actos unilaterales o las reglas de interpretación de las leyes.
- 4.- El hecho de que el consentimiento unilateral del Estado sea expresado o documentado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí.
  - 5.- La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentales consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, tratados o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.
  - 6.- Cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y al menos *prime facie* se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente los actos u ofertas unilaterales de los Estados que no hayan sido previamente aceptados por los inversionistas.
  - 7.- Consideramos incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada. Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta, o las expectativas legítimas creadas en los inversionistas. De allí que una misma revocatoria podría ser arbitraria y por ende ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta, y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.
  - 8.- Pareciera que las denuncias del Convenio CIADI por parte de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, así como la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en la Ley de Inversiones de Venezuela, y las eventuales denuncias de los TBIs celebrados por dichos Estados, no evitarán que en los próximos 10 o 15 años, como mínimo, se sigan registrando demandas ante el

CIADI en su contra. Y es que las expectativas legítimas sembradas de manera libre y soberana no pueden

desaparecer de un día para otro por un cambio de políticas económicas del gobierno de turno.



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

MARCELO RICIGLIANO CANTOS<sup>(\*)</sup>

DIANA C. DROULERS<sup>(\*\*)</sup>

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Generalidades del Principio de Competence-Competence. 3. El Particular Caso Venezolano. 3.1. Sobre los casos en que se activa la Instancia Ordinaria. 3.2. Sobre el procedimiento derivado del artículo 346° del CPC. 4. Sobre los Pronunciamiento de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano. 5. Consideraciones Finales: Declaratoria de Existencia del Acuerdo Arbitral.*

## 1. INTRODUCCIÓN

A los doce años de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en Venezuela podemos hacer un recuento favorable en cuanto a su aplicación, su interpretación y sobre todo el ejercicio del arbitraje institucional. Como es costumbre en el ámbito de la comunidad legal, es siempre el aspecto negativo, o mejor dicho, las cosas que no funcionan las que se encuentran a la vista del público. En este caso quisimos destacar las diferencias de

criterio y actitud que existe en las distintas salas con respecto a la declaración de validez de la clausula arbitral.

Debe considerarse que nuestro Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”) –en términos generales– ha contribuido con el desarrollo, el apoyo y la inclusión del arbitraje en Venezuela<sup>1</sup>. Cada Sala ha impulsado su criterio al respecto en lo que le compete. Sin embargo, aún existen debilidades propias del que desconoce, voluntaria o involuntariamente, de su

<sup>(\*)</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Arbitraje Comercial Internacional, Universidad de Estocolmo.

<sup>(\*\*)</sup> Directora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Secretaria General de la Cámara de Comercio Internacional en Venezuela. Presidenta de la Federación Internacional de las Instituciones de Arbitraje Comercial.

<sup>1</sup> En específico, a raíz de la interpretación realizada del artículo 258° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el arbitraje comercial se ha visto fortalecido en su aceptación y reconocimiento, como parte integrante del sistema de administración de justicia venezolano. En este sentido, ver Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, Nro. 1541 de 17 de octubre de 2008.

contenido y naturaleza. No debemos olvidar que el Tribunal Supremo no actúa de oficio, siempre hay una parte que solicita e impulsa la actuación del mismo.

Así, nos dedicaremos a atender un punto que, a pesar de parecer redundante, ha causado serias controversias dentro de lo que las diferentes Salas del TSJ entienden como el principio de Competence-Competence<sup>2</sup>.

Existen curiosas interpretaciones en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia venezolano y no escapa de ello la materia de arbitraje. Nos preocupa que a consecuencia de análisis particulares, se está viendo vulnerado uno de los principios fundamentales del arbitraje. No será necesaria una gran extensión para determinar, en esta oportunidad, uno de esos casos en los que, a causa de una interpretación del TSJ, el arbitraje podría verse seriamente afectado en Venezuela.

En ese sentido, es necesario dejar claro que los Tribunales arbitrales sólo podrán actuar y resolver válidamente controversias bajo la presunción de existencia y validez de una cláusula que se deriva de una relación jurídica-privada, formada –generalmente– por dos partes, quienes han consentido en otorgarle competencia a ese Tribunal para que sea sólo él quien pueda decidir sobre cualquier disputa que se presente entre los dos sujetos de derecho que acordaron libremente resolver sus controversias mediante la

utilización de árbitros y no a través de las vías jurisdiccionales ordinarias.

Partiendo de esta premisa y considerando que para la existencia de un Tribunal Arbitral es imperativo que dos partes hayan consentido en ello (consentimiento que puede ser directo o indirecto), obligatorio es cuestionar ¿A quién corresponde determinar la validez de la cláusula arbitral por medio de la cual las partes de una determinada relación jurídica-comercial consintieron en arbitrar las disputas que entre ellos pudieran presentarse?

Es precisamente este planteamiento el que dio origen al principio de Competence-Competence<sup>3</sup>. La respuesta a dicha interrogante ha sido analizada, resuelta y expuesta internacionalmente desde hace ya varias décadas. Sin embargo, en el Sistema de Justicia Ordinario venezolano, se mantienen aún incertidumbres y confusiones sobre este particular, lo cual conlleva en la misma medida, a contradecir lo que en materia internacional ha sido aceptado.

## 2. GENERALIDADES DEL PRINCIPIO DE COMPETENCE-COMPETENCE

Abundantes definiciones y comentarios pueden encontrarse en relación al principio de competence-competence<sup>4</sup>. De manera que podemos

<sup>2</sup> Conocido igualmente como “Kompetence-Kompetence” en Alemania, o “compétence de la compétence” en Francia.

<sup>3</sup> GAILLARD Emmanuel y SAVAGE, Fouchard. *Galliard y Goldman*. En: *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. The Hague, 1999, pp. 263.

<sup>4</sup> LEW D., Julian; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 332.



definirlo como la potestad –a veces considerada facultad– que tiene el tribunal arbitral de decidir sobre su propia jurisdicción. La Ley Modelo Uncitral<sup>5</sup> –sobre la cual se encuentra fundada la Ley de Arbitraje Comercial venezolana– se pronuncia estableciendo en el artículo 16 (1) que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”.

En Venezuela, el artículo 7º de la Ley de Arbitraje Comercial establece en los mismos términos de los señalados anteriormente por la Ley Modelo Uncitral, que el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia jurisdicción. La Ley venezolana prevé expresamente que el acuerdo arbitral es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria<sup>6</sup>, por lo que debe ser el tribunal arbitral quien se pronuncie sobre su propia jurisdicción.

Así, el tribunal arbitral tiene atribuido la potestad de pronunciarse sobre su propia jurisdicción. Esta facultad puede ser considerada bien sea como inherente a su actividad<sup>7</sup>, o bien como una ficción legal<sup>8</sup>. Ahora bien, no podemos desestimar que el acuerdo

puede ser considerado nulo, y siendo que la declaratoria de falta de jurisdicción se produce *ipso iure*, esto implicaría inmediatamente la inexistencia del acuerdo y en consecuencia, la falta de potestad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia jurisdicción.

Es a tal efecto que el poder para determinar y declarar su propia competencia viene dado por la Ley. Es la Ley quien incluye y permite al tribunal arbitral pronunciarse sobre su jurisdicción. Incluso, en algunos casos, las propias Reglas de las Instituciones Arbitrales han incluido referencias directas a este principio, todo con ocasión de proteger el poder del tribunal arbitral y evitar precisamente la decisión de la contraparte de acudir ante la vía ordinaria para a través de ella resolver la controversia<sup>9</sup>.

Ahora bien, no puede verse la existencia de este principio como un mero capricho de contenido inerte al Arbitraje Comercial. Por el contrario, la necesidad desde siempre de proteger la existencia de la cláusula arbitral, y en consecuencia, la jurisdicción del tribunal arbitral, viene dada por el consentimiento de las partes de someter una determinada relación comercial a la jurisdicción de un tribunal

<sup>5</sup> Para ver su estatus, visitar:  
[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>6</sup> Última parte del Artículo 5º de la LACV

<sup>7</sup> BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine with REDFERN Alan and HUNTER Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford. Quinta Edición, 2009, p. 347.

<sup>8</sup> LEW D Julian, MISTELIS Loukas y KRÖLL Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 333

<sup>9</sup> Artículo 38º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; Artículo 21º de las Reglas UNCITRAL; Artículo 6.2 de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

arbitral, quien finalmente decidirá la controversia que entre ellos se genere; es decir, se pretende en todo momento hacer valer y respetar el consentimiento y voluntad de las partes. Sin embargo, nos encontramos con frecuencia con la intención de una de las partes de excluir o esquivar la jurisdicción del tribunal arbitral, por la de un tribunal ordinario.

Al igual que en Venezuela, en Inglaterra, por ejemplo, el artículo 30 de la Ley Inglesa de 1996 establece y otorga la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. Lo mismo sucede en Suecia, donde el artículo 2 (1) de la Ley de Arbitraje dispone que el tribunal arbitral decidirá sobre su propia competencia. Casos similares pueden encontrarse en jurisdicciones aun más cercanas, como ocurre en España en donde el tribunal arbitral tiene igualmente la potestad de decidir sobre su propia competencia<sup>10</sup>.

### 3. EL PARTICULAR CASO VENEZOLANO

En las relaciones jurídico-comerciales, se ha convertido en tradición encontrar cláusulas arbitrales incorporadas al final de cada contrato. Este síndrome obedece entre otras causas, a la seguridad, confianza, privacidad, celeridad y efectividad que otorga el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias. La instalación y buen funcionamiento de las instituciones que administran casos de

arbitraje ha contribuido significativamente al incremento de casos y de allí material para las decisiones judiciales. Venezuela no ha escapado de esta tendencia, a pesar que su aplicabilidad en ocasiones se ve relajada por el desconocimiento de las partes y, en consecuencia, por el temor de someterse a la decisión de un tribunal distinto al Tribunal Ordinario.

Ha sucedido que al momento de iniciar una acción legal en contra de la otra parte con ocasión del contrato que contiene la cláusula arbitral, el demandante acude ante un Tribunal de Jurisdicción Ordinaria, dejando de lado que tiempo atrás había consentido en someter a arbitraje precisamente cualquier controversia que en relación a ese contrato pudiera presentarse. Bien, debemos destacar que, aun en conocimiento de la existencia de la cláusula, algunos optan por el Tribunal Ordinario basándose posiblemente en (i) el desconocimiento por parte de los abogados de cómo se sustancia y se desarrolla un procedimiento arbitral, (ii) que no hay intención de pagar los gastos y costos del procedimiento arbitral (iii), la parte tiene conocimiento de precedentes judiciales que favorecen su causa, entre otros.

El hecho es que aun cuando una de las partes intenta una acción ante un tribunal arbitral, puede existir la intención de la contraparte de iniciar al mismo tiempo una acción judicial ante los tribunales ordinarios en función de desvirtuar la jurisdicción que ese tribunal arbitral pueda poseer en relación a esa relación jurídica.

<sup>10</sup> Artículo 22º de la Ley 60/2003.

### 3.1. Sobre los casos en que se activa la Instancia Ordinaria

Pueden ser varios los supuestos que determinen el inicio un procedimiento ordinario ante Tribunales de Primera Instancia. Sin embargo –normalmente– se destacan dos supuestos particulares, a saber:

- a. Inicio de un procedimiento ante un Tribunal de Primera Instancia, con ocasión de una demanda bien sea por cumplimiento, resolución, daños y perjuicios, entre otros, derivada de un contrato sobre el cual se erige la relación jurídica. En este caso, el procedimiento se inicia en desconocimiento, ignorancia o desprecio de la cláusula arbitral contenida en el contrato, o bien por la existencia de ambas cláusulas, la de jurisdicción ordinaria y la de arbitraje.
- b. Inicio de un procedimiento arbitral, actuando de conformidad con las previsiones contenidas en la cláusula que a tal efecto ha sido previamente acordada. Sin embargo, la contraparte que se rehúsa a aceptar la competencia del tribunal arbitral, decide iniciar una acción ante un Tribunal Ordinario de Primera Instancia, con el mismo o un similar petitorio, para tratar de escapar de la competencia que *per se* recae sobre el tribunal arbitral.

Sea cual fuere el supuesto que dé origen o que determine la existencia de

una causa procesal solo ante un Tribunal Ordinario de Primera Instancia o al mismo tiempo que un tribunal arbitral, si existe una cláusula arbitral entre las partes de la relación jurídico-privada, como vimos, será el tribunal arbitral el competente para pronunciarse sobre la competencia que sobre él mismo recae, y en consecuencia, sobre la validez del referido acuerdo.

En ese sentido, ante la existencia de un procedimiento ordinario, la parte demandada cuenta con diversas alternativas que podrían satisfacer sus particulares intenciones, a saber: (i) continuar con el procedimiento y despreciar la posibilidad de activar un tribunal arbitral; (ii) llevar paralelamente dos procedimientos, cuando se sabe *a priori* que ambas causas son diferentes y sobre la que se lleva en instancias ordinarias el tribunal arbitral no tiene competencia; u (iii) oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción contenida en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”).

### 3.2. Sobre el procedimiento derivado del artículo 346 del CPC

Interesa en esta oportunidad hacer énfasis en la oposición de la cuestión previa contenida en el ordinal primero del artículo 346 del CPC. Cuando ante la existencia de un procedimiento iniciado ante los tribunales ordinarios, con ocasión de una relación jurídica respecto de la cual se pactó una cláusula arbitral, la contraparte puede, antes de contestar la demanda, sin referirse al fondo y como argumento principal, oponer la

cuestión previa dispuesta en la norma antes referida<sup>11</sup>.

El ordinal primero del artículo 346° del CPC hace referencia a “La falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste”. En este sentido, el demandado deberá, en lugar de contestar la demanda, oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción o de la incompetencia del juez para oír, sustanciar y decidir la demanda, en los términos expresados en la norma adjetiva.

De conformidad con el artículo 349 del CPC, opuesta la cuestión previa del ordinal primero del artículo 346, el Juez decidirá al quinto (5°) día posterior al vencimiento del lapso de emplazamiento. Contra la decisión del juez de primera instancia, sólo procederá la solicitud de “*Regulación de Jurisdicción o de la Competencia*”, la cual será decidida por la Sala Político Administrativo (“SPA”) del TSJ<sup>12</sup>.

En esta medida, será la SPA del TSJ quien determinará si la controversia debe someterse a arbitraje o si por el contrario, debe ser resuelta por la vía ordinaria. Excepcionalmente, contra la decisión

de la SPA puede solicitarse un Recurso de Revisión, de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y según el criterio establecido en numerosas ocasiones por la propia Sala Constitucional<sup>13</sup>.

#### 4. SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTO DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO

Al hacer recuento histórico, vemos es cierto, que, antes de la publicación de la Ley de Arbitraje Comercial, la Sala Político Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, en una interpretación acertada del principio del Competence-Competence, dispuso que son los tribunales arbitrales y no los ordinarios, los competentes para declarar la derogación de la competencia atribuible a los tribunales venezolanos<sup>14</sup>. Sin embargo, en sentencia de la misma Sala en 1999<sup>15</sup>, se consideró la aplicación del principio bajo una perspectiva totalmente opuesta: *son los tribunales venezolanos los competentes para decidir sobre el particular*<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: *Tanning Research Laboratories vs. Hawaiian Tropic de Venezuela C.A.* 07 de diciembre de 2006.

<sup>12</sup> Atendiendo a los dispuesto en los artículos 59° y 62° del Código de Procedimiento Civil.

<sup>13</sup> Sala Constitucional del TSJ. Casos: *Corpoturismo*; *Efraín Vázquez Velasco y otros*; *Tulio Tomás Salvatierra Ortega*; de febrero de 2001, 11 de marzo de 2005 y 10 de febrero de 2009, respectivamente.

<sup>14</sup> Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Caso: *Embotelladoras Caracas C.A. y otros vs. Pepsi-Cola Panamericana, S.A.* 10 de octubre de 1987.

<sup>15</sup> Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: *Hyundai de Venezuela C.A. vs. Hyundai Motor Company.* 21 de octubre de 1999.

<sup>16</sup> Comentarios sobre estas decisiones pueden encontrarse en: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 109. Caracas. 1998, pp. 143; y en ESCOBAR ALVARADO, Ramón J. *La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (Principio de “kompetence-kompetence”)*. Serie de Eventos N° 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas”. Caracas, 2005, p. 450.

A partir precisamente de este último pronunciamiento, en reiteradas oportunidades la Sala Político Administrativo y los Jueces de Primera Instancia en materia Civil y Mercantil han destacado que, para la procedencia de la excepción del acuerdo arbitral, es necesario determinar la *validez* de la cláusula arbitral.

Sobre este particular, uno de los casos más citados por la SPA es el caso “Hoteles Doral C.A.”<sup>17</sup>, en el cual se declaró lo siguiente:

“Para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales, a saber:

(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros”.

Puede citarse el referido fallo como marco general y fundamento de muchas otras decisiones que con base en ése análisis, han declarado la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios o la falta de jurisdicción del tribunal arbitral<sup>18</sup>. Pronunciamiento de esta índole resultan bastante anecdóticos, toda vez que se repiten y defienden, sin conocer de fondo el contenido esencial de la materia.

Es necesario desentrañar el problema de fondo y advertir de los errores de interpretación de los tribunales ordinarios en el alcance de sus potestades en la decisión de los recursos de regulación de jurisdicción, interpuestos con ocasión de la existencia de una cláusula arbitral.

Imaginemos que dos compañías acuerdan someter a arbitraje cualquier controversia que de esa relación jurídico-privada se ocasione posterior a la firma del contrato. Una vez presentada la controversia, alguna de esas partes intentará, como debe ser, iniciar el procedimiento arbitral. La otra parte quizás acudirá al tribunal ordinario en función de desestimar la validez del contrato y también de la cláusula de arbitraje. Si seguimos el criterio jurisprudencial reiterado por la SPA del TSJ, el tribunal ordinario debería pronunciarse no sobre la existencia de la cláusula, sino sobre la validez de la misma, para así acordar y permitir la excepción del acuerdo.

<sup>17</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, identificada con el Nro. 1209 de 20 de junio de 2001.

<sup>18</sup> Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia. Casos: Inversiones Infeca 27, C.A. vs. Servicios Halliburton de Venezuela S.A.; Distribuidora Juan de Dios Atacho C.A. vs. Diageo Venezuela C.A. 11 y 25 de Noviembre de 2009, respectivamente.

Lo anterior implica directamente una violación a las normas contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial, pues estaría siendo el tribunal ordinario quien determina la procedencia o no de la “excepción de la cláusula arbitral” y no el tribunal arbitral, el cual, por mandato legal es a quien le corresponde realizarlo.

La propia Sala Constitucional del TSJ ha reconocido el carácter jurisdiccional de los tribunales arbitrales. En una de sus más célebres decisiones en materia de arbitraje<sup>19</sup>, la Sala reconoció la importancia del principio de Competence-Competence y a tal efecto citó lo siguiente:

“Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Competence. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar; de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje”<sup>20</sup>.

Manifiestamente claro queda el criterio de la Sala Constitucional al

reconocer por un lado la importancia del principio de Competence-Competence, y por el otro, en justificar y basar su decisión, en una cita tan contundente como la anterior.

En la misma medida, la Sala de Casación Civil del TSJ se ha mantenido uniforme y apegado a la certeza del contenido del principio. En palabras de la Sala, “la validez del acuerdo arbitral no se discute ante jueces, sino ante el Tribunal arbitral”<sup>21</sup>. El criterio de la SPA no ha sido uniforme<sup>22</sup>, toda vez que es ella la que decide sobre las solicitudes de Regulación de Jurisdicción y eso es peligroso ya que crean confusión y no sirven realmente como ejemplo para los tribunales de Primera Instancia.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES: DECLARATORIA DE EXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL

El problema sobre el tipo de pronunciamiento que debe realizar la SPA, y en especial, los tribunales ordinarios, se ocasiona de erróneas interpretaciones del principio de Competence-Competence y de la equivocada aplicación de la Ley. El pronunciamiento de la SPA y de los tribunales de Primera Instancia debe estar determinado y limitado a la declaratoria de *existencia* de la cláusula arbitral y

<sup>19</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, Nro. 1541 de 17 de octubre de 2008.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El Principio Competence-Competence Revisado*. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. España: N° 2007, 2007, pp. 63-84.

<sup>21</sup> Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Hannover P.G.N. Compressor C.A. vs. Cosa Covenca. 08 de febrero de 2002.

<sup>22</sup> Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Angelita Jardim Figueira, vs. BX2 FRANQUICIAS, C.A. de marzo 2006.

no sobre la declaratoria de validez de la misma, lo cual conllevaría directamente a la violación del principio de *Competence-Competence*.

Como vemos, por reducción al absurdo, es evidente que de seguirse el criterio sentado por la SPA en determinadas decisiones, la jurisdicción del tribunal arbitral la determinaría el tribunal ordinario y no el propio tribunal arbitral, como realmente procede; con ello, la esencia, propósito y eficacia del procedimiento arbitral se vería realmente afectada. Si llegásemos a seguir esa tendencia, tal como lo manifiesta Ramón ESCOVAR ALVARADO, pareciera que la sola intención de una de las partes es suficiente para dejar sin efecto el contenido y esencia del acuerdo arbitral<sup>23</sup>.

En ese sentido, es necesario insistir que es el tribunal arbitral el único que debe pronunciarse sobre su propia competencia, pues con fundamento en ello y en soporte de la institución arbitral es que se ha incorporado el principio de *competence-competence* dentro del ordenamiento jurídico venezolano. Como muestra y en adición al comentado artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial, el artículo 25 de la misma Ley dispone que el “tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”.

La declaratoria que debe realizar el tribunal ordinario, en caso de ser preguntado al respecto, es sobre la existencia de la cláusula arbitral y no sobre su validez. Este pronunciamiento debe realizarse *prima facie*, determinando así que ante la existencia de un acuerdo arbitral, los tribunales ordinarios no tienen jurisdicción sobre esa controversia en particular.

Ante esa decisión –dictada por el tribunal de primera instancia– no procede ni la consulta de jurisdicción que normalmente viene aplicándose y admitiéndose tanto por el propio tribunal de primera instancia como por la SPA, toda vez que la propia Sala Constitucional ha destacado que, en una interpretación conjunta de los artículos 253° y 258° de la CRBV y del artículo 59° del CPC, no es necesaria la consulta a la SPA sobre una decisión que declare la procedencia de la excepción de arbitraje, pues atenta directamente contra el principio de celeridad de esa institución<sup>24</sup>.

No quiere decirse con ello que la parte que realmente considera que la cláusula arbitral es nula, que nunca existió y que en consecuencia nunca acordó en arbitrar las controversias surgidas de esa relación comercial, quede desamparada y sometida a la jurisdicción y decisión de un tribunal al cual nunca acordó someterse. Por el contrario, precisamente para este

<sup>23</sup> ESCOVAR ALVARADO, Ramón J. “La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (Principio de “*kompetence-kompetence*”). Serie de Eventos N° 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas”. Caracas, 2005, p. 450.

<sup>24</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: *Héctor Luis Quintero Toledo*. 5 de Octubre de 2000.

tipo de supuestos existe la posibilidad de recurrir a la nulidad de la decisión dictada por el tribunal arbitral<sup>25</sup>.

En respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, de los principios fundamentales inherentes al arbitraje, de las normas contenidas en la Ley de

Arbitraje Comercial y en atención a los dispuesto en la CRBV, la SPA del TSJ debe necesariamente retomar el concepto una vez manifestado en el caso Hyunday y desestimar así cualquier consulta que *prima facie*, verifique la existencia de un acuerdo arbitral.

---

<sup>25</sup> Artículos 43 al 47 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.



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

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA (\*)

**SUMARIO:** 1. *El concepto de “Grupo de Sociedades” o “Grupo de Empresas”.* 2. *Nociones fundamentales de la Teoría del “Levantamiento del Velo Corporativo”.* 3. *Nociones conceptuales sobre La Extensión de la Cláusula Compromisoria a Terceros no Signatarios de la misma.* 4. *Principio de la Buena Fe y de la Supremacía de la Realidad sobre los Formalismos.* 5. *Conclusiones.*

Sin lugar a dudas la seguridad jurídica es uno de los bastiones fundamentales en que descansa el desarrollo económico, social y político de cualquier sistema basado en el libre mercado, pero la seguridad jurídica no solo está representada, como algunos sostienen, en la claridad de las “reglas del juego”, ella comprende necesariamente también el acceso eficiente a la administración de justicia como fórmula indispensable en la solución de controversias.

Es harto sabido, que los principales obstáculos que contribuyen a impedir la efectividad del acceso a la administración de justicia son, entre otros, (i) lentitud del procedimiento judicial, (ii) exceso de causas que se tramitan ante los juzgados,

(iii) costo excesivo de los procesos, (iv) falta de conocimiento especializado para la resolución de asuntos técnicos, etc.

Como bien expresa CAIVANO, el hombre común, el ciudadano, está reclamando un sistema de resolución de conflictos que sea eficiente y ágil, y esto empuja a quienes tienen responsabilidades públicas –gobierno, abogados, dirigentes, empresarios, etc.– a quienes toca encontrar los instrumentos que puedan aportar esas características.

Por eso, el arbitraje ha ido ganando a nivel mundial adeptos tanto en su estudio como en su utilización, ya que ha demostrado suficientemente su benevolencia sobre la jurisdicción, y es así como se ha desarrollado esta institución,

---

(\*) Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello. Árbitro del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Miembro del Club Español del Arbitraje. Socio Principal de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

derivándose de ella muchas aplicaciones y particularidades, una de las cuales será la que desarrollaremos en estas líneas.

En sentido de lo anterior, existen dos figuras en el mundo del derecho contemporáneo a las cuales nos referiremos en el desarrollo del presente trabajo, cuales son la noción del “Grupo de Sociedades” o “Grupo de Empresas” y la teoría del “Levantamiento del Velo Corporativo”, en el derecho societario y en el mundo del derecho del arbitraje, la noción de la “Extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios de la misma”.

Mediante esta ponencia, pretendemos demostrar la validez de la tesis mediante la cual, en ciertos y determinados casos, más allá de aquellos expresamente contenidos en leyes positivas, es factible de forma excepcional, extender los efectos del acuerdo arbitral, a ciertas y determinadas sociedades mercantiles que conforman un mismo “Grupo de Sociedad” o “Grupo de Empresas”, mediante la utilización de la teoría del “Levantamiento del Velo Jurídico”.

Revisaremos brevemente (ya que no es el objetivo primordial de estas líneas) 1) el concepto de “Grupo de Sociedades” o “Grupo de Empresas”, 2) nociones conceptuales sobre la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios de la misma, 3) las nociones fundamentales y condiciones de aplicabilidad de la teoría del “Levantamiento del Velo Corporativo”, a los fines de la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios de la misma”, 4) haremos una breve reseña de los principios de la buena fe y de la preeminencia de la realidad sobre los

formalismos y 5) para culminar, tratando de establecer a modo de conclusión un marco teórico de ámbito de aplicación, que, a falta de disposición expresa positiva, permita extender los efectos de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios, que formen parte de un “Grupo de Sociedades”.

El alcance de este trabajo no llega a aquellos supuestos ya contemplados por la legislación positiva, que determinan la extensión del convenio arbitral sino aquellos donde por aplicación de la teoría del levantamiento del velo jurídico debemos analizarlos casuísticamente y excepcionalmente para determinar su procedencia, estableciendo parámetros generales a tomar en consideración.

## 1. EL CONCEPTO DE “GRUPO DE SOCIEDADES” O “GRUPO DE EMPRESAS”

Quizás el área donde el Derecho de nuestros días muestra mayor volumen de cambios, reside en la economía, dado por supuesto el fenómeno de la Globalización y su consecuencia en los negocios internacionales. Este aspecto ha contribuido notablemente a la aparición de muchas nuevas fórmulas de contratación no solo en el ámbito internacional, sino también en el nacional, surgiendo así nuevos contratos comerciales, y esquemas corporativos complejos.

Ello ha llevado, en el campo del Derecho Mercantil, a que conjuntos de personas, jurídicas o naturales, empresas o particulares, acudan al establecimiento de nuevas figuras societarias como los Grupos de Interés Económico que, según

los autores VALLEJO y RESTREPO, se hallan inspirados por un objetivo común, y que conglobados mediante un esquema jurídico propio, aúnan sus esfuerzos e intereses con el fin de alcanzar propósitos diversos, bajo un denominador a fin que se concrete en la necesidad de vincular sus fuerzas productivas para, de este modo, lograr metas de contenido eminentemente económico.

Reiteran los autores que hoy más que nunca es premuroso variar la concepción reinante acerca de la empresa, como aquella unidad de explotación económica capaz de bastarse así misma, con prescindencia de los demás integrantes de un sector productivo específico; resulta obsoleto y descabellado pretender que bajo un esquema de libre mercado y apertura económica, donde la desgarradora competencia se hace cada vez más evidente, un pequeño o mediano empresario, o aún las grandes organizaciones, puedan subsistir frente al inclemente ataque de los inmensos imperios extranjero<sup>1</sup>.

Sostienen Carlos Eduardo ACEDO y Luisa T. ACEDO DE LEPERVANCHE que quizás no es posible trabajar sobre una definición general de grupo de sociedades, ya que la normativa aplicable establecerá lineamientos en función de los propósitos que persiga. Ahora bien, en la medida en que se considere que ello si es posible, es importante tener presente que cualquier definición general de grupo de sociedades

debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar las diferentes manifestaciones de las diversas posibilidades de asociación, formal o informal, de sociedades mercantiles. En ese sentido, se puede afirmar que los grupos económicos o grupos de sociedades son conjuntos de sociedades mercantiles, con mayor o menor grado de autonomía, que se relacionan entre sí o con un tercero común con el propósito de desarrollar un fin económico común, o de promover y realizar servicios e iniciativas también comunes y esto es importante para evaluar la existencia real del grupo económico<sup>2</sup>.

Hay quienes sí se atreven a formular un concepto más acabado y mantienen que un Grupo de Interés Económico es, ante todo, un contrato de colaboración empresarial, en virtud del cual personas naturales o jurídicas se unen, poniendo a disposición de un ente moral, una serie de elementos propios, con miras al logro de una meta de índole eminentemente económica, que se realiza a través del desarrollo, la facilitación, el mejoramiento o el acrecentamiento de una actividad específica, conservando cada una de las partes vinculadas su autonomía y condición propias<sup>3</sup>.

La determinación de la existencia de un grupo de empresas dependerá esencialmente de una serie de circunstancias que reflejen un grupo de dependencia y autonomía, que bien puede ser de dirección

<sup>1</sup> VALLEJO VÉLEZ, Juan Camilo y RESTREPO RESTREPO, Ángela María. *Los Grupos de Interés Económico*. Biblioteca Jurídica Dike, 1993, p. 66.

<sup>2</sup> ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa. *La Sociedad Anónima*. Primera Edición. Caracas: Ediciones Schnell. 1985, p. 87.

<sup>3</sup> VALLEJO VÉLEZ, Juan Camilo y RESTREPO RESTREPO, Ángela María. *Op. cit.*; p. 74.

o accionaria, que concluyan en la presencia de una misma dirección económica y comercial por parte de ellas.

Dependiendo de la legislación aplicable al ámbito del objeto social de las empresas, el grado de dependencia y autonomía variará y deberá ser necesariamente evaluado de forma concienzuda, analítica y casuística para determinar la existencia real de dicho grupo económico<sup>4</sup>.

## 2. NOCIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO”

Ahora bien, la teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, la cual consideramos que es el vehículo necesario para acordarse la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, tiene las siguientes particularidades que revisaremos de inmediato.

Siguiendo a GUILLERMO J. BORDA, sostenemos que “El abuso de las diversas formas de personalidad jurídica viene conduciendo en los últimos tiempos a consecuencias preocupantes debido a la proliferación de conductas defraudatorias con diversas implicaciones jurídicas (mercantiles, civiles, penales y tributarias), entre las que cabe destacar primordialmente el fraude a los derechos de terceros, de los acreedores y la defraudación al fisco. La proliferación de estas conductas obedece a que las formas societarias, concebidas para agilizar el tráfico mercantil y favorecer el desarrollo económico, presentan el aspecto negativo de facilitar los instrumentos más idóneos para realizar impunemente todo tipo de defraudaciones, proporcionando la cobertura perfecta para su realización, ya que cuenta con una complejidad técnica que dificulta su adecuada persecución, pero por sobre todo, no brinda protección a los intereses afectados”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> A grandes rasgos, la doctrina reseñada por JULIO BENETTI ha entendido que los grupos económicos tienden a presentarse en forma individual o en conjunto los siguientes indicadores. 1) Propiedad de la totalidad del capital de la subsidiaria, 2) Propiedad de la mayoría de capital de la subsidiaria, o titularidad de un derecho controlante sobre el mismo, 3) Una misma persona titular del capital de ambas sociedades, 4) Suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales, 5) Medida en que la subsidiaria fue financiada por la controlante, 6) método de esa financiación, 7) Medida en que existía un directorio común, 8) Medida en que existían funcionarios y empleados comunes, 9) Medida en que se realizaban reuniones de accionistas y directores separadas, 10) Medida en que ambas tenían departamentos administrativos o comerciales comunes, 11) Medidas en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable para una de ellas, 12) Medida en la cual se llevaban libros y contabilidad separados, 13) Medidas en que se permitían, a un funcionario o director de una de ellas, determinar las políticas de la otra, 14) Medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción, 15) Tipo de negocios de cada una de ellas, 16) Medida en que el comercio o el público generalmente consideraba las dos una única empresa, 17) A quien la contraparte contractual consideraba su prominente, 18) Medida en que hubo transferencia de la subsidiaria a la controlante, en perjuicio de los acreedores de la primera.

<sup>5</sup> BORDA, Guillermo Julio. *La Persona Jurídica y el corrimiento del velo societario*. Abeledo Perrot, p. 52.

Pero es importante y debemos entender que el hecho de que las leyes reconozcan personalidad jurídica propia a una sociedad mercantil implica, fundamentalmente, que la misma es susceptible de adquirir derechos y asumir obligaciones en forma absolutamente independiente a la de sus socios o accionistas. Además, significa que la sociedad mercantil posee un patrimonio propio y distinto de los socios que la conforman, no pudiendo los acreedores de la misma afectar el patrimonio de los socios, para obtener el cumplimiento de obligaciones adquiridas por la compañía.

Por eso, siguiendo una reputada doctrina venezolana se mantiene que la personalidad jurídica de cada sujeto de derecho que tiene su propio patrimonio, así como la posibilidad de asumir sus propios derechos y obligaciones, son principios que hay que respetar, salvo que existan circunstancias especiales que justifiquen un trato de excepción<sup>6</sup>.

En realidad, con la formación de una sociedad mercantil se utiliza un recurso técnico que permite a los individuos agruparse bajo una entidad distinta a la suma de las individuales que cada uno representa, con el objeto de obtener por medios lícitos, resultados igualmente lícitos, que por sí solos no podrían obtener.

La personalidad jurídica de una sociedad mercantil, al tener carácter instrumental, puede utilizarse de manera

correcta o incorrecta, según que los fines perseguidos por la misma estén o no apegados a la ley. Un mal uso de tal instrumento puede conducir al abuso de la persona jurídica y, en ese caso, dar lugar a lo que la doctrina ha denominado “la desestimación de la personalidad jurídica” o “la teoría del levantamiento del velo corporativo”, cual es el vehículo para llegar a determinar la existencia del grupo económico y la consecuente extensión del convenio arbitral.

ROLF SERICK, precursor de la teoría en estudio, en su obra “Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles”, mantiene que partiendo de la base de que la sociedad mercantil y el reconocimiento de su personalidad jurídica, no es más que una creación legislativa, es posible correr el velo de esa personalidad, aunque en forma excepcional, cuando se la utiliza para abusar del derecho, y solo se daría bajo las siguientes circunstancias: (i) cuando por medio de la sociedad se incurre en fraude a la ley, es decir, cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otra vía que no ha previsto y que la propia norma ha tratado de impedir; (ii) por fraude o lesión a los contratos, es decir, cuando se abusa de la persona jurídica para la obtención de algo contractualmente vetado y (iii) cuando se causan daños a terceros usando fraudulenta o deslealmente a la persona jurídica.

Básicamente, esta teoría sostiene que cuando una sociedad mercantil hace uso de su estructura formal con el fin

<sup>6</sup> ACEDO SUCRE, Carlos E. y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa T. “Los grupos de Sociedades desde la Óptica del Derecho de Obligaciones”, Derecho de Grupo de Sociedades. Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 19, p. 506.

de evadir el cumplimiento de la ley o de obligaciones contractuales adquiridas, o de lesionar los derechos de terceros de manera dolosa, está abusando de su personalidad jurídica. Por ende, está desviándose del fin para el cual le fue concedido el instrumento y el juez puede, en esos casos, prescindir de la personalidad jurídica de dicha sociedad mercantil borrando los límites de responsabilidad que existen entre la sociedad misma y sus socios o accionistas o empresas relacionadas.

Podemos afirmar entonces que la doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo, consiste que en “ciertos supuestos puede prescindirse de la concepción de la sociedad como una persona jurídica, y prestarse adecuada atención a los reales titulares o a los reales intereses que se actúan a través de la forma societaria”, o “dicho de otra manera, que la limitación de responsabilidad otorgada por el orden jurídico como resultado del cumplimiento de las formalidades y los procedimientos de constitución de una sociedad por acciones no es absoluta, sino que está condicionada al cumplimiento de una actuación determinada”<sup>7</sup>.

El objetivo deseado por esta teoría, es pues que no se perjudiquen los derechos constituidos de terceras personas o acreedores mediante el fraude o abuso de derecho en la utilización de la figura de la sociedad mercantil, o de la ficción legal de la personalidad jurídica de las mismas. No se trata de negar la personalidad jurídica a la sociedad mercantil en cuestión, sino de

responsabilizar solidariamente a sus socios o empresas relacionadas por un actuar indebido y reñido con el fin que el legislador quiso crear con la ficción propuesta. Es necesario sí destacar, que la aplicación de esta teoría se constituye en una excepción y nunca en la regla a seguir.

Como bien sostiene Marcelo J. LÓPEZ MESA, “(...) Cualquiera que sea el nombre que se le dé, y cualesquiera sean los principios jurídicos o las normas invocadas, la realidad exige que cuando la estructura formal de la persona ideal se utilice ilegítimamente perpetrando fraudes o lesionando derechos de terceros, se debe descorrer el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial; debe el juez poner al descubierto los fines y motivaciones reales de los individuos que son miembros de la sociedad y que han utilizado a ésta como máscara para la consecución de fines reprobados por el ordenamiento”<sup>8</sup>.

Ahora bien, es claro entonces que la utilización de las ficciones creadas por la ley, como es el caso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, no son, ni pueden ser “*per se*” nocivas o perjudiciales, ni en consecuencia lo serán el establecimiento de los llamados Grupos Económicos. Solo serán reprochables cuando el fin lícito para el cual en principio fueron creadas se tuerza y se persigan entonces fines contrarios a la ley. Es en ese momento, cuando, excepcionalmente, se hará uso del Levantamiento del Velo Corporativo, para abordar así las

<sup>7</sup> LE PERA, Sergio. *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Edif. Astrea, 1974, p. 137.

<sup>8</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J. y CESANO, José Daniel. *El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales*. Editorial Desalma, p. 104.

responsabilidades solidarias de aquellas personas involucradas en los abusos cometidos y enmascaradas en las diferentes sociedades mercantiles.

El profesor HORACIO FARGOSI, justifica la aplicación de la teoría en comento por considerar que “Ello es causa del uso desmedido de un recurso técnico que es utilizado no para los fines básicos que justificaron su existencia y su desenvolvimiento, sino para, a través de lo que luego se va a llamar el abuso de la persona jurídica, incurrir en actos que son disvaliosos para el orden jurídico general. Y es ese suceder de actos disvaliosos que da lugar a la teoría de la penetración de la personalidad (o levantar el velo de la persona jurídica) y, así, a la limitación de los efectos de la personalidad<sup>9</sup>.

Nótese que hasta el momento, todos los presupuestos de aplicación de la teoría del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, parten de un ilícito, llámese abuso de derecho, simulación o en todo caso del fraude cometido a partir de una figura legal y legítimamente reconocida como es la sociedad mercantil. Todo lo cual afecta la buena fe de la contratación.

Pero la aplicación del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, por tratarse, como hemos dicho, de una solución absolutamente excepcional, debe ser precedida de un detenido análisis de las

circunstancias que rodean a las personas jurídicas involucradas y los hechos denunciados, a fin de evitar dejar obsoletas las ficciones legales y los legítimos beneficios derivadas de ellas.

Así lo mantiene el profesor venezolano doctor ALLAN BREWER CARIÁS al establecer que la despersonalización de la sociedad sólo puede decidirse por los jueces cuando, mediante un proceso, se compruebe la simulación en la utilización de la personalidad jurídica; o cuando el ordenamiento jurídico la autorice mediante norma legal expresa, por tratarse de un régimen que es de la reserva legal al constituir una limitación a los derechos constitucionales, y que por ello es de aplicación restrictiva<sup>10</sup>.

Es decir, el proceso debe ser analítico y disgregador. Hay que ver la figura de persona jurídica concreta de que se trate (sociedad colectiva, anónima, cooperativa, fundación) analíticamente y examinar los problemas desde los distintos ángulos que protegen el correcto funcionamiento de las instituciones jurídicas (correcta subsanación de acuerdo con el concepto y su fin —el tema puede no ser de personalidad—, fraude a la ley, simulación, negocio indirecto) y por ahí buscar las soluciones<sup>11</sup>.

A modo de corolario y siguiendo a CARLOS EDUARDO ACEDO y LUISA TERESA

<sup>9</sup> FARGOSI, Horacio P. *II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, La Desestimación de la Personalidad Jurídica de la Sociedad Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>10</sup> BREWER CARIÁS, Allan. *La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela*. Ponencia preparada para el Congreso Internacional sobre la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad.

<sup>11</sup> FARGOSI, Horacio P. *Op. cit.*

ACEDO DE LEPERVANCHE, concluimos que cuando un grupo de personas actuando de buena fe constituyen una sociedad mercantil y cumplen al respecto todas las disposiciones legales del caso, el reconocimiento de la diferencia, autonomía e independencia de las personas jurídicas es invulnerable y como consecuencia, también lo es la diferenciación de personalidades jurídicas y la existencia de patrimonios diversos. Por ello, esas consecuencias deben ser mantenidas incólumes, a los efectos de garantizar el principio de seguridad jurídica, salvo que existan poderosas razones jurídicas que conduzcan, necesariamente a la desaplicación del principio como única vía para impedir una injusticia o una trasgresión de la ley, y es ahí donde toma importancia la Teoría del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica a los fines de la extensión del convenio arbitral<sup>12</sup>.

Por último cabe acotar que no todo ilícito cometido por una sociedad mercantil comporta la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, se hace necesaria la intencionalidad de cometer el fraude, y de abusar de su posición dentro del grupo de empresas.

### **3. NOCIONES CONCEPTUALES SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA A TERCEROS NO SIGNATARIOS DE LA MISMA**

La cláusula arbitral es ese texto por el cual se excluye del conocimiento

de la competencia judicial y se remite a la jurisdicción arbitral todos aquellos conflictos surgidos o que puedan surgir entre las partes que hayan firmado o consentido en la misma.

Por esa razón, en tanto acuerdo de voluntades o convención, el pacto arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento tiene que ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse; ha de versar sobre un objeto lícito y posible tanto física como jurídicamente, y debe hallarse revestido de la forma legalmente prescripta<sup>13</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista contractual sostiene CAIVANO, que la voluntad para tener relevancia jurídica, debe salir de la esfera interna del sujeto emisor, de manera de ser aprehendida por los demás; debe existir un hecho exterior por el que se manifieste. De lo contrario, no podrá ser considerada como tal. No obstante, esa manifestación puede ser expresa, tácita o inducida por presunción de la ley. Será expresa cuando se formule por escrito, verbalmente o por signos inequívocos; tácita cuando resulte de actos que lo presupongan, por los que pueda conocerse la existencia de la voluntad.

<sup>12</sup> ACEDO, Carlos Eduardo y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa. Ídem, p. 510.

<sup>13</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje Ad-Hoc. (Su eficiencia como sistema alternativo de resolución de conflictos)*. Buenos Aires, 1993, p. 109.



En determinados supuestos, la propia ley autoriza a tenerla por presumida<sup>14</sup>.

Manteniendo el criterio plasmado por la Commission On International Arbitration, en su informe final sobre Multiparty Arbitrations, París, Junio 1994, el arbitraje tiene una base contractual; solamente la voluntad común de las partes contratantes puede facultar a una persona a llevar un procedimiento ante un tribunal arbitral contra otra persona y obligar a esta otra persona a comparecer ante él.

Sostiene el Profesor FERNANDO CANTUARIAS S. y siguiendo la doctrina más respetada en ese sentido, que hasta hace poco no se distinguía entre cláusula arbitral y convenio arbitral: eran nociones sinónimas. Si la cláusula era válida, había convenio arbitral y si el convenio arbitral era válido era porque reunía las condiciones formales de la cláusula arbitral. En efecto, los requisitos de forma escrita o incluso la forma de documento público venían precisamente a velar por la perfección del consentimiento, protegiendo la parte contra compromisos inconsiderados. Por tanto, no había problema en saber quien quedaba vinculado por la cláusula, era solo aquel quien la había firmado.

Más hoy en día, y en función de lo anterior y dentro del análisis de la competencia arbitral, la cláusula arbitral aparece como texto preexistente al

convenio arbitral. Se activan sus efectos cuando una parte la invoca y prueba que la otra debía conocerla: hay entonces convenio arbitral<sup>15</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a admitir que son partes únicas y exclusivamente quienes habiendo suscrito el convenio arbitral y manifestado su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje derivan en un procedimiento en el que podrán alegar lo que a su derecho convenga<sup>16</sup>.

Por ello, es que se considera necesario para poder determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado que, entre otros aspectos, el acuerdo arbitral debe ser obligatorio en sentido personal en cuanto debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral, denominándolo alcance subjetivo del acuerdo<sup>17</sup>.

Ahora bien, existen situaciones en las cuales se entiende que personas, que a pesar de no haber firmado formalmente el convenio arbitral, deben verse obligadas por el mismo en virtud de que su participación en el conflicto originado, por el negocio que da origen al arbitraje fue o es de tal entidad que la justicia requiere de su presencia en el mismo; o que su participación en la formación del contrato fue igualmente de tal entidad que justifica su presencia en el proceso arbitral.

<sup>14</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*; p. 110.

<sup>15</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007, p. 226.

<sup>16</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los Principios procesales en el Arbitraje*. José María Bosh Editor, 2000, p. 74.

<sup>17</sup> CAIVANO, Roque J. "Algunos Problemas Derivados de los Arbitrajes con Partes o Relaciones Jurídicas Múltiples". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 4, Lima: Magna Ediciones, 2007, p. 67.

Según el Doctor JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, la extensión del convenio arbitral a los no signatarios es típicamente una creación jurisprudencial con importante, aunque debatido, desarrollo en Francia y en los Estados Unidos. Ha tenido eco significativo en las deliberaciones de la CNUDMI, aunque no fue expresamente incorporada a las modificaciones de la Ley Modelo; sin embargo los trabajos desplegados al interior de la Comisión han contribuido a difundir la importancia de su contenido. En efecto y aún cuando es una recomendación acordada en el período de sesiones del 26 de enero de 2000 del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI, se concluyeron una serie de situaciones en las cuales debe considerarse existe la obligación de respetar y acatar el convenio arbitral, no obstante la firma formal del mismo no exista, y entre ellas se dispone (...) m) Supuestos en los que un demandante trata de iniciar un procedimiento arbitral contra una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje, o en los que una entidad que en un principio no era parte del acuerdo de arbitraje trata de recurrir a él para iniciar un procedimiento de arbitraje, por ejemplo, basándose en la teoría del “grupo de empresas”<sup>18</sup>.

Explica el citado profesor que la base funcional de la doctrina francesa acerca de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, se encuentra en el

laudo Dow Chemical en el que los árbitros, en el marco de sociedades integrantes de un grupo económico en el que algunas aceptaron expresamente el convenio arbitral, identificaron a algunas sociedades mercantiles que, no habiéndolo suscrito, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron. Lo hacen los árbitros en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo a la común intención de todas las partes del juicio arbitral. Los árbitros, en laudo que fue admitido como válido por los tribunales franceses, aplicaron el principio de primacía de la realidad para extender el convenio arbitral a quienes por su conducta se comportaron como verdaderas partes y otorgaron su consentimiento a arbitrar<sup>19</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia norteamericana dictada en el laudo Thomson CFC, S.A.C. American Arbitration Association, delineó ocho teorías bajo las cuales las partes no signatarias resultarían comprometidas en el marco de un acuerdo de un convenio arbitral bajo el common law. La decisión Thomson admitió que, si bien el arbitraje es contractual por naturaleza, de allí no se sigue que la obligación de arbitrar vincule solamente a aquellos que personalmente firmaron el convenio arbitral, puesto que

<sup>18</sup> Sobre estas tendencias en las diversas legislaciones nacionales, se recomienda su investigación en “Global Arbitration Review, dipone resolution in 50 jurisdictions world wide.

<sup>19</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. En: *Revista Peruana de arbitraje*, N° 8. Lima: Magna Ediciones, p. 35.

se ha admitido que los no signatarios pueden estar sometidos a dicho convenio si así lo dictan los principios ordinarios del contrato y del agente.

Entre las ocho teorías explicadas en dicho laudo encontramos dos que son del interés del presente trabajo, como son la del (i) “Rasgamiento del velo societario” según la cual se aplica a las relaciones entre matriz y subsidiaria, cuando èsta es lo suficientemente evidente como para que justifique el desdoblamiento del velo societario para hacer a la principal responsable de la acción de sus empresas dependientes y convocarla a arbitraje; y (ii) “La del grupo de sociedades” cuando se busca la aplicación del convenio arbitral a una compañía *madre*, de parte de otros miembros del grupo de sociedades o de los firmantes de un acuerdo de accionista o de sus ejecutivos o directores<sup>20</sup>.

Por su parte el profesor Carlos SOTO, analizando la norma positiva de la ley Peruana, que permite la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, expresa que se debe precisar que el artículo 14 de la ley Peruana no tiene por finalidad extender el convenio arbitral a terceros ajenos al contrato principal, sino a verdaderas partes del mismo; es decir; a personas que han expresado su consentimiento de manera expresa (textos o palabras) o tácita (comportamientos o conductas determinantes) en la negociación, celebración, ejecución o terminación

del contrato principal que comprende el convenio arbitral, de conformidad con el principio de la buena fe<sup>21</sup>.

Continúa SOTO ilustrándonos sobre la ley Peruana y explica que en tal sentido, cuando la ley, la doctrina y la jurisprudencia arbitral se refieren a la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias del contrato principal, no se está abriendo la posibilidad de afectar la esfera jurídica de terceras personas ajenas al contrato, sino a verdaderas partes contratantes que por alguna razón no suscribieron, ni firmaron el contrato principal, ni el convenio arbitral.

Cabe advertir que estas precisiones de SOTO, aún cuando referidas a la ley Peruana, son aplicables a cuales quiera caso donde sea factible lograr tal extensión, por aplicación del principio de la buena fe y de la supremacía de la realidad.

Para concluir, afirmamos con FERNANDO AGUILAR que en cuanto a las personas sujetas a la obligación de comparecer al arbitraje, el principio tan severo y estricto en cuanto a que los terceros son inmunes al contrato, conocido como *res inter alios acta*, respecto del arbitraje sufre severas excepciones, ya que puede ingresar al arbitraje una persona, en especial una sociedad, que no es la firmante de la cláusula si se dan ciertas condiciones, como la de pertenecer al mismo grupo que la controlante firmante, o si se trata de relaciones que supusieron

<sup>20</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*; p. 37. ISS

<sup>21</sup> SOTO COAGUILA, Carlos A. “Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias”. En: *Columnas. Revista legal, segunda época*, N° 161. Lima: Estudio Muñiz. Ramírez, Pérez Taiman y Olaya, p. 26.

la existencia del arbitraje entre personas estrechamente relacionadas entre sí<sup>22</sup>.

#### **4. PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DE LA SUPREMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LOS FORMALISMOS**

El concepto de buena fe ha sido adoptado por numerosos ordenamientos jurídicos en multiplicidad de disposiciones, aunque, a decir de LÓPEZ MESA, no se puede decir lo mismo del principio general de la buena fe, “el cual engendra una norma jurídica completa y se eleva al rango de principio general del ordenamiento: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones.

Este principio general del Derecho es el más importante de todos y, como señala LÓPEZ MESA, citando a DIEZ PICAZO, ello significa varias cosas: “(...) que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contrahendo), y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe<sup>23</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el Dr. MIGUEL RIVERO BETANCOURT, quien sostiene que existe la falsa creencia de que en la etapa precontractual las partes son libres de hacer y deshacer conforme a su propio interés cuando se han conducido de manera contraria a la buena fe, sin embargo no hay nada más alejado de la realidad, pues los dictados de la buena fe (de actuar correctamente y lealmente) persiguen a los contratantes no solo en la fase contractual, sino también en la fase precontractual<sup>24</sup>.

El comportamiento de buena fe entre las partes contratantes representa el norte de la doctrina general del contrato. De hecho, son muchas las disposiciones plasmadas en textos legislativos expresos, como el artículo 1.160 del Código Civil Venezolano, que establecen como principio que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y más importante aún, obligan no solamente a cumplir lo expresado en ello, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos según la equidad, el uso o la ley. En igual sentido se pronuncia el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, cuando ordena a los jueces que en la interpretación de los contratos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, se atenderán al propósito y a la intención de las partes, teniendo en miras la exigencia de la ley, de la verdad y de la buena fe. Siendo que el convenio arbitral es típicamente un contrato, el mismo debe estar regido y

<sup>22</sup> AGUILAR, Fernando. “Los Efectos de la Cláusula Arbitral y su Interpretación”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. N° 1. Lima: Magna Ediciones, p. 203.

<sup>23</sup> PERRETTI DE PARADA, Magaly. *Los Negocios Jurídicos Simulados y el Levantamiento del Velo Societario*. Ediciones Liber, p. 43.

<sup>24</sup> *Revista Ámbito Jurídico*, Mayo 2010.

precedido por ese principio de la buena fe, principio el cual debe necesariamente ser analizado y considerado a la hora de decidirse sobre la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, ya que de lo contrario podría correrse el riesgo como dice SANTISTEVAN de llegar a la arbitrariedad e involucrar a verdaderos terceros ajenos al contrato principal al que el convenio se refiere.

Como explicamos con anterioridad, los efectos de la globalización y la estructura de los contratos comerciales modernos, aunado a los esquemas corporativos en que descansan los grupos económicos, muchas veces determinan que partes que formalmente no suscriben un determinado contrato, pueden llegar a ser los verdaderos beneficiarios de los beneficios y obligaciones del mismo, siendo que los signatarios formales de dicho contrato son simples vehículos para la ejecución de este. Esta situación no escapa a los convenios arbitrales, y es por ello, que en la práctica se requiere de la correcta utilización de los medios necesarios para desentrañar esa realidad, elevándose sobre lo meramente formal y acceder entonces a la verdadera justicia que se pretende.

El principio de la preeminencia de la justicia por sobre la formalidad se haya ya recogido en muchos textos constitucionales a nivel mundial, como es el caso de los artículos 26 y 257 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Por ello, categóricamente afirmamos que no podemos, ni debemos soportar, que debido

a formalismos técnicos, se inadmita o deseché una pretensión loablemente justa, ya que con ello solo logramos la pérdida en la sociedad de su capacidad de confianza en un Estado de Derecho y en la recta administración de justicia que de él se espera. Acabar con ello es función no sólo de quien administra la justicia, sino también de quienes solicitamos su intervención.

Coincidimos en esta posición con el profesor SANTISTEVAN, cuando mantiene que en la misma situación pueden encontrarse aquellas personas jurídicas que dependen de otra (típicamente la relación matriz subsidiaria o inversionista *empresa vehículo* creada especialmente para desarrollar la inversión) que, a título de *alter ego* de la firmante, no aparece suscribiendo el convenio arbitral lo que ha justificado el descorrimento del velo societario para acercar el arbitraje a la realidad.

Las circunstancias hasta ahora enunciadas forman parte sin lugar a dudas de situaciones excepcionales, ya que como dijimos con anterioridad, la ley presume como regla el principio de la buena fe en el comportamiento de los contratantes y sobre dicha regla fundamenta sus diversas disposiciones en la legislación positiva, pero la incapacidad de una regulación expresa sobre la amplísima diversidad de situaciones y circunstancias que pueden presentarse en el quehacer comercial y económica de la modernidad, hacen que debamos acudir a la regulación de dichas excepciones a través de la aplicación de figuras que, en abstracto, resuelvan la situación planteada, trazándose como norte en este proceso la realización de la justicia por sobre las formas y pretendiendo la

correcta y debida utilización de los medios de resolución de conflictos, como es en este caso el arbitraje, y todo ello sustentado en el principio de la buena fe contractual.

No se deben alimentar posiciones que con un manto formal de legalidad, pretenden desvirtuar una obligación que bajo la óptica de la buena fe, ha sido asumida en un determinado contrato y que en ese sentido debe necesariamente ser asumida. Lo contrario, sería abonar tesis que constituyen un fraude a la ley o bien un abuso de derecho.

## 5. CONCLUSIONES

Debemos resaltar que la aplicación del levantamiento del velo corporativo, es de aplicación absolutamente excepcional, y debe por tanto ser precedida de un proceso analítico de estudio acerca del proceso de formación de la voluntad del convenio arbitral y de las sociedades involucradas en el negocio jurídico, del cual se desprende la controversia que se pretende ventilar por medio del arbitraje.

Proponemos, por tanto, que debe sustanciarse una articulación previa mediante la cual se llevan a cabo las diligencias necesarias que acrediten ese proceso analítico del cual hemos comentado.

Concluimos por tanto que al presentarse un llamamiento a arbitraje de una parte que no ha sido signataria formal del convenio arbitral que da origen al proceso, deben tomarse en consideración, a los fines de acordar la extensión del mismo, a esa parte no signataria, los siguientes hechos o circunstancias.

- 1.- La existencia real de un grupo económico, de sociedades o de empresas que vincule a la parte signataria del convenio arbitral, con la no signataria a la cual se pretende extender dicho convenio.
- 2.- El segundo elemento que deberá tomarse en consideración sobre los hechos invocados a fin de extender el convenio arbitral, será necesariamente la existencia de un fraude a la ley, o un abuso de derecho que permitan concluir que el verdadero beneficiario u obligado de las consecuencias jurídicas o económicas del contrato sea la parte no signataria del convenio.
- 3.- Para proceder al levantamiento del velo, que como dijimos con anterioridad, es el vehículo necesario para concluir en la extensión del convenio arbitral a la parte no signataria, debe necesariamente existir un laudo parcial definitivo que concluya tal acción y en ese sentido, debe alegarse y probarse, tanto la existencia de la sociedad mercantil, destinada eventualmente a un fin defraudatorio (es decir la intencionalidad del acto), como el hecho ilícito que da pie a la aplicación de la teoría.
- 4.- En función de lo anterior, deberá llamarse a todas y cada una de las personas involucradas, o que pudieran verse afectadas por el proceso de levantamiento del velo corporativo, a fin de preservar el derecho a la defensa de los diversos actores.

- 5.- El laudo parcial que determine la procedencia del levantamiento del velo de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil, debe precisar que esa acción excepcional solo será con ocasión del exceso o ilícito cometido, cuya consecuencia directa será la extensión del convenio arbitral, quedando incólume la personalidad jurídica de dicha sociedad con relación a todos los demás aspectos de su vida societaria.





# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA .....	17
------------------------------------	----

## PRÓLOGOS

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG .....	23
YVES DERAÏNS .....	27
PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA .....	35

## ESPAÑA

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

RAÚL JIMÉNEZ

1. INTRODUCCIÓN .....	43
2. EL CONVENIO ARBITRAL.....	45
2.1. DEFINICIÓN.....	45
2.2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE FUENTES NORMATIVAS .....	46
2.2.1. La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.....	46
2.2.2. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975 .....	48
2.2.3. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 .....	49
2.2.4. La Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional .....	50
2.2.5. La Ley Española de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).....	54

3.	PANORAMA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL .....	58
3.1.	INTRODUCCIÓN .....	58
3.2.	EL OBJETO DEL CONVENIO ARBITRAL: CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE ...	59
3.3.	LA INCORPORACIÓN DE LOS CONVENIOS ARBITRALES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN .....	60
3.4.	LA INCORPORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL AL CONTRATO.....	64
3.5.	LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA.....	65
4.	CONSIDERACIONES FINALES .....	66

## **EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE**

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO

1.	INTRODUCCIÓN .....	69
2.	CARACTERIZACIÓN DEL PACTO DE NEGOCIAR CON CARÁCTER PREVIO A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE .....	70
3.	REQUISITOS DEL EJERCICIO DEL PACTO DE NEGOCIAR .....	74
3.1.	SUBJETIVOS.....	74
3.2.	REQUISITOS DE FORMA.....	76
3.3.	TIEMPO DE LA SOLICITUD .....	76
3.4.	REQUISITOS DE CONTENIDO .....	78
3.5.	REQUISITOS DE ACREDITACIÓN .....	80
4.	INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SIN HABER CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR PREVIAMENTE...	81
5.	ANULACIÓN DEL LAUDO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE NEGOCIAR .....	83
6.	EJECUTABILIDAD DEL PACTO DE NEGOCIAR Y <i>ANTI-SUIT INJUNCTIONS</i> .....	83
7.	CONCLUSIÓN.....	84

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

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

1. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL .....	87
2. ÁMBITO NEGOCIAL-PROCESAL DEL CONVENIO ARBITRAL .....	89
3. EL ORIGEN DEL ARBITRAJE: EL CONVENIO ARBITRAL.....	101
4. ¿CONVENIO ARBITRAL VERSUS ACTE DE MISSION? .....	106

**CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO**

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO .....	115
---------------------------------------------------------------	-----

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

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO

1. BREVES NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	121
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	122
2.1. CONVENIO DE NUEVA YORK.....	123
2.1.1. Ámbito de aplicación.....	123
2.1.2. Validez formal .....	123
2.1.3. Validez en cuanto al fondo .....	125
2.2. CONVENIO DE GINEBRA .....	126
2.3. LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE .....	126
3. UN SUPUESTO DE INEFICACIA TEMPORAL Y RELATIVA DEL CONVENIO ARBITRAL: EL CONCURSO DE ACREEDORES .....	128
3.1. MARCO JURÍDICO .....	128
3.2. CONVENIOS ARBITRALES VIGENTES .....	129
3.3. ARBITRAJES EN TRAMITACIÓN .....	130

## **EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003**

MANUEL OLIVENCIA

1.	INTRODUCCIÓN .....	133
2.	IMPORTANCIA DEL TEMA .....	133
3.	NATURALEZA DEL CONVENIO .....	135
	3.1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL. SU RÉGIMEN.....	135
	3.2. ELEMENTOS ESENCIALES .....	135
	3.2.1. Consentimiento.....	136
	3.2.2. Objeto .....	136
	3.2.3. Causa .....	136
	3.3. EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	137
	3.4. INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	138
4.	FORMA .....	139
	4.1. CONSTANCIA ESCRITA .....	139
	4.2. ARTICULACIÓN .....	140
5.	CONTENIDO.....	141
	5.1. CONTENIDO ESENCIAL.....	141
	5.2. CONTENIDO FACULTATIVO .....	142

## **LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE**

PILAR PERALES VISCASILLAS

1.	INTRODUCCIÓN .....	145
2.	EL DERECHO ESPAÑOL: EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE .....	146
3.	EL TLC DR-CAFTA: EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN .....	153
	3.1. EL DR-CAFTA .....	153
	3.2. EL ARBITRAJE EN EL DR-CAFTA .....	153
4.	VALORACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE.....	157

**SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD  
EN SUPUESTOS INTERNACIONALES**

FERNANDO POMBO

1. INTRODUCCIÓN .....	165
2. LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD.....	166
3. LA ARBITRABILIDAD EN EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY DE ARBITRAJE Y EL SUPUESTO INTERNACIONAL .....	168
3.1. EL EJEMPLO DE LA LEY DE AGENCIA .....	170
3.2. SOBRE LA NOCIÓN DE DISPONIBILIDAD .....	173
4. CONCLUSIÓN .....	175

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

M<sup>a</sup> VICTORIA SÁNCHEZ POS

1. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE Y CONVENIO ARBITRAL .....	177
2. EL ARBITRAJE SOCIETARIO Y LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA .....	179
2.1. LA CLÁUSULA ARBITRAL NO INCLUIDA EN LOS ESTATUTOS O NO INSCRITA .....	180
2.2. LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA ORIGINARIA.....	181
2.3. LA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA EN VIRTUD DE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA .	184
3. BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA SUBJETIVA DEL LAUDO ARBITRAL .....	187

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

GONZALO STAMPA

1. PLANTEAMIENTO .....	189
2. LA DEFINICIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL .....	190
2.1. LA DELIMITACIÓN DE SU VERDADERO ALCANCE .....	190

2.2.	LA CLÁUSULA PATOLÓGICA.....	191
2.2.1.	La validez formal del acuerdo arbitral .....	191
2.2.2.	La eficacia jurídica del acuerdo arbitral.....	194
2.3.	EL ACUERDO ARBITRAL POR REFERENCIA.....	196
3.	SUGERENCIAS RECIENTES PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS REGLAS IBA.....	199
4.	LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DEL ARBITRAJE.....	201
4.1.	PLANTEAMIENTO .....	201
4.2.	AUXILIO JUDICIAL .....	202
4.3.	CONTROL JUDICIAL .....	206

### **CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR**

MIGUEL TEMBOURY REDONDO - ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR

1.	INTRODUCCIÓN.....	209
2.	CLÁUSULAS PATOLÓGICAS COMUNES.....	210
2.1.	VOLUNTAD INCIERTA DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE.....	210
2.2.	CONFUSIÓN EN LA IDENTIFICACIÓN DE LA CORTE DE ARBITRAJE .....	213
2.3.	PLAZOS EXCESIVAMENTE CORTOS .....	214
2.4.	REQUISITOS DE LOS ÁRBITROS EXCESIVAMENTE EXIGENTES .....	215
2.5.	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL DUDOSA .....	216
3.	CONSIDERACIONES FINALES .....	217

### **EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

MIGUEL VIRGÓS

1.	INTRODUCCIÓN Y MÉTODO DE ANÁLISIS .....	219
2.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	222
2.1.	EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 COMO REGLA DE BASE DEL SISTEMA ESPAÑOL .....	222
2.2.	EL “RÉGIMEN MIXTO” DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL CNY 1958.....	224
2.3.	EL “RÉGIMEN MATERIAL UNIFORME” .....	225
2.4.	EL RÉGIMEN “POR REMISIÓN” AL DERECHO NACIONAL .....	230

3. EL CONVENIO DE GINEBRA .....	235
4. LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE .....	235
4.1. PLANTEAMIENTO Y REQUISITOS GENERALES.....	235
4.2. LA REGLA DE CONFLICTO DEL ARTÍCULO 9.6: ÁMBITO Y LÍMITES .....	238
5. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	241

## **ESTADOS UNIDOS**

### **EL ACUERDO ARBITRAL**

OLIVER J. ARMAS - SALVADOR FONSECA - CARLOS E. MARTÍNEZ-BETANZOS

1. INTRODUCCIÓN .....	245
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN EL ACUERDO ARBITRAL .....	246
3. EL ACUERDO ARBITRAL ¿REDACCIÓN O ADOPCIÓN? .....	247
3.1. LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL .....	247
a. El requisito “por escrito” del acuerdo arbitral.....	247
b. Elementos esenciales de un acuerdo arbitral.....	248
c. Elementos que es común incluir en el acuerdo arbitral.....	248
d. Qué hacer y qué evitar al momento de redactar el acuerdo arbitral.....	250
3.2. LA ADOPCIÓN DE UNA CLÁUSULA MODELO .....	252
3.3. ¿QUÉ HACER PARA TENER UN ACUERDO ARBITRAL EFECTIVO? .....	253
a) Determinar si será un arbitraje ad hoc o institucional .....	254
b) Redactar un acuerdo arbitral válido .....	255
c) Establecer el número de árbitros .....	255
d) Establecer el procedimiento de constitución del tribunal arbitral.....	255
e) Establecer el procedimiento para llenar la falta de algún árbitro en el tribunal .....	255
f) Establecer claramente el lugar del arbitraje.....	256
g) Determinar la ley aplicable .....	256
h) Establecer el idioma del arbitraje .....	256
4. LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL Y LA FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE DECIDIR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA.....	257

5. CONCLUSIÓN.....	257
--------------------	-----

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

NIGEL BLACKABY - JEAN PAUL DECHAMPS

1. INTRODUCCIÓN.....	259
2. ANTECEDENTES DE LA CNMF.....	262
3. FUNCIONAMIENTO DE LA CNMF .....	264
4. LA APLICACIÓN DE LA CNMF A LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS.....	267
4.1. EL RECURSO A LA CNMF PARA SUPERAR REQUISITOS PROCESALES DE ADMISIBILIDAD DEL RECLAMO .....	267
4.2. EL RECURSO A LA CNMF PARA AMPLIAR LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL.....	273
5. CONCLUSIÓN.....	280

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

DAVID D. CARON - SETH SCHREIBERG

ANTICIPANDO EL “FAIRNESS IN ARBITRATION ACT” DE 2009 .....	283
------------------------------------------------------------	-----

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

GEORGINA FABIAN

1. INTRODUCCIÓN.....	291
----------------------	-----



2.	LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CONSIDERACIONES AL MOMENTO DE REDACTAR UNA CLÁUSULA ARBITRAL .....	293
2.1.	LA LEGISLACIÓN FEDERAL DE ARBITRAJE (“ <i>FEDERAL ARBITRATION ACT</i> ”) .....	293
2.2.	LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ .....	295
2.3.	FUNDAMENTOS NO ESTATUTARIOS .....	297
3.	BREVE RESEÑA DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE .....	298
3.1.	EN QUÉ CONSISTE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE .....	298
3.2.	LA DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN EL CASO HALL STREET ASSOCIATES VS. MATTEL, INC. Y SU INTERPRETACIÓN EN LAS CORTES DE CIRCUITO .....	299
4.	EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ .....	303
4.1.	LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES NO CONSIDERADAS NACIONALES EXPEDIDAS FUERA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....	305
4.2.	LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES NO CONSIDERADAS NACIONALES EXPEDIDAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....	306
5.	CONSIDERACIONES FINALES .....	307

## **DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL**

ARIF HYDER ALI - ERICA FRANZETTI

1.	INTRODUCCIÓN .....	309
2.	CONSIDERACIONES SOBRE LA FASE DE PRE-REDACCIÓN .....	310
2.1.	¿CLÁUSULA DE ARBITRAJE O CLÁUSULA COMPROMISORIA? .....	310
2.2.	¿HAY ALGÚN REQUISITO FORMAL OBLIGATORIO? .....	310
2.3.	¿HAY ALGÚN ACUERDO PARA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVIO O CONEXO? .....	310
2.4.	¿QUÉ NIVEL DE DETALLE DEBE TENER LA CLÁUSULA? .....	311
2.5.	¿LA CLÁUSULA DEBE PREVER CONDICIONES PREVIAS PARA EL ARBITRAJE? .....	311

2.6. ¿ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ARBITRAJE AD HOC? .....	312
3. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE UNA CLÁUSULA DE ARBITRAJE.....	313
3.1. DEFINIR LAS CONTROVERSIAS A QUE SE REFIERE LA CLÁUSULA ARBITRAL .....	313
3.2. ELEGIR EL LUGAR DEL ARBITRAJE .....	314
3.2.1. La importancia de la sede del arbitraje .....	314
3.2.2. Elección de la sede arbitral .....	315
3.3. REQUISITOS, NÚMERO Y NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS.....	318
3.3.1. La importancia de designar el método para elegir al árbitro o árbitros .....	318
3.3.2. ¿Conviene especificar el número de árbitros? .....	318
3.3.3. ¿Conviene nombrar específicamente al árbitro o árbitros? .....	319
3.3.4. ¿Conviene especificar las aptitudes del árbitro o árbitros? .....	320
3.3.5. ¿Conviene calificar la nacionalidad del árbitro o árbitros? .....	320
4. EL IDIOMA DEL ARBITRAJE.....	320
5. LA LEY SUBSTANTIVA APLICABLE AL ARBITRAJE.....	321
6. ELEMENTOS SITUACIONALES O ADICIONALES .....	323
6.1. EXHIBICIÓN DE PRUEBAS.....	323
6.2. CONFLICTOS MULTIPARTES .....	324
6.3. CONFIDENCIALIDAD Y PRIVACIDAD.....	325
6.4. AMIABLE COMPOSITEUR O EX AEQUO ET BONO .....	325
6.5. REVISIÓN JUDICIAL Y EFECTO DEL LAUDO .....	325
7. CONCLUSIÓN.....	326

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

RICHARD C. LORENZO - MARÍA EUGENIA RAMÍREZ

1. INTRODUCCIÓN.....	327
2. ARBITRAJE INSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE AD HOC .....	328
3. SEDE DEL ARBITRAJE .....	329
4. DERECHO SUBSTANTIVO APLICABLE .....	330
5. SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	331

6. IDIOMA DEL ARBITRAJE .....	332
7. CARÁCTER DEFINITIVO DEL LAUDO ARBITRAL.....	333
8. OTROS ASPECTOS CLAVES .....	335
8.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	335
8.2. CONFIDENCIALIDAD .....	335
8.3. PRODUCCIÓN DE EVIDENCIAS .....	336
8.4. PROCEDIMIENTO PARA LA NOTIFICACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO .....	337
8.5. DAÑOS QUE PUEDE RECONOCER EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	337
9. CONCLUSIÓN .....	338

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

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

1. INTRODUCCIÓN .....	340
2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA: CLÁUSULA DE ARBITRAJE -INTERVENCIÓN V. INTERVENCIÓN JUDICIAL .....	341
3. EL MUSEO NEGRO –“ <i>MUSEÉ NOIR</i> ”– DE ARBITRAJE Y LAS PERLAS -“ <i>PERLE</i> ” .....	344
3.1. EL CASO RELIASTAR COMO PARADIGMA DE UNA NUEVA PATOLOGÍA .....	346
3.2. LOS OCHO FUNDAMENTOS DEL SEGUNDO CIRCUITO REPRESENTAN NUEVAS ADQUISICIONES PARA EL MUSEO OSCURO: CADA PREMISA ES UNA PERLA .....	347
4. EL RAZONAMIENTO DEL SEGUNDO CIRCUITO VIOLENTA EL SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO ELEMENTO DEL CRITERIO DE EISEMANN .....	349
5. ESCLARECIMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA PATOLOGÍA ESGRIMIDA POR EL SEGUNDO CIRCUITO EN RELIASTAR: “LA ENMIENDA JUDICIAL” .....	351
5.1. LA “CLÁUSULA AMPLIA” Y LOS PODERES DE LOS ÁRBITROS.....	351
6. LA AUTORIDAD INHERENTE DE ÁRBITROS PARA ORDENAR EL PAGO DE HONORARIOS LEGALES Y COSTES DEL PROCESO COMO SANCIÓN PUNITIVA POR CONDUCTA DE MALA FE EN EL MANEJO DEL ARBITRAJE.....	352

7. LAS OPINIONES DE LOS CIRCUITOS NOVENO Y UNDÉCIMO MENCIONADAS POR EL SEGUNDO CIRCUITO EN RELIASTAR NO SUSTENTAN LA PROPOSICIÓN NOVEDOSA DE ÉSTE CASO ..... 353
8. EL DICTAMEN DE RELIASTAR DE MODO EQUÍVOCO UTILIZA COMO SINÓNIMOS LOS TÉRMINOS “REMEDIOS” Y “SANCIONES PUNITIVAS” TANTO COMO “ÁRBITRO” Y “JUEZ” ..... 356
9. EN EL MUSEO OSCURO TROPEZAMOS CON EL DICTAMEN EN *HALLSTREET ASSOCIATES, LLC. V. MATTEL, INC.* CAUSANDO QUE SE RESALTEN LAS DEBILIDADES JURÍDICAS DEL SEGUNDO CIRCUITO EN *RELIASTAR LIFE INS. V. EMC NAT'L LIFE CO.* ..... 358
10. CONCLUSIÓN..... 362

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

CRAIG S. MILES - SILVIA M. MARCHILI

1. INTRODUCCIÓN..... 365
2. LAS NOTIFICACIONES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 25(4) DEL CONVENIO CIADI Y LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CIADI..... 366
3. LAS NOTIFICACIONES DE ACUERDO AL ARTÍCULO 25(4) DEL CONVENIO Y LOS COMPROMISOS SEGÚN LOS TBIS ..... 376
4. CONCLUSIONES ..... 379

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

NOIANA MARIGO - FRANCISCO ABRIANI

1. INTRODUCCIÓN..... 381
2. LAS CLÁUSULAS MIXTAS..... 382

2.1. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE LA PATOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS MIXTAS .....	382
2.2. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MIXTAS .....	383
2.3. LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE POR PARTE DE LA INSTITUCIÓN DESIGNADA EN LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.....	385
2.4. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL BAJO LAS CLÁUSULAS MIXTAS .....	388
2.5. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA MIXTA FRENTE AL JUEZ NACIONAL .....	391
(a) Decisiones de las cortes nacionales con anterioridad a la emisión del laudo arbitral .....	391
(b) Decisiones de las cortes nacionales con posterioridad a la emisión del laudo arbitral .....	394
3. CONCLUSIÓN .....	396

## **FRANCIA**

### **HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS**

THOMAS CLAY

1. INTRODUCCIÓN .....	401
2. 1804, EL ERROR ORIGINARIO .....	402
3. 1972, EL ERROR INTERMEDIO .....	411
4. 2001, EL ERROR FINAL .....	418

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

YVES DERAINS - STÉPHANIE REGIDOR

1. INTRODUCCIÓN .....	425
2. LA AUTONOMÍA-SEPARABILIDAD .....	425
2.1. EL PRINCIPIO .....	425
2.2. LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA - SEPARABILIDAD.....	426
2.2.1. Es indiferente la suerte del contrato principal .....	426

- 2.2.2. El acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al derecho aplicable al contrato principal ..... 428
- 3. LA AUTONOMÍA CON RESPECTO A TODA LEY ESTATAL ..... 428
  - 3.1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ..... 428
  - 3.2. CRÍTICAS Y JUSTIFICACIÓN ..... 431

## **LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE**

ALEXIS MOURRE

- 1. CONTEXTO DEL PROBLEMA ..... 436
  - 1.1. DEFINICIÓN DE LA INTERVENCIÓN Y DISTINCIONES NECESARIAS ..... 437
  - 1.2. ESTADO DEL DERECHO Y RAZONES PARA APROBAR LAS EVOLUCIONES EN CURSO..... 438
    - 1.2.1. Estado del derecho..... 438
    - 1.2.2. Razones para aprobar las evoluciones en curso ..... 439
      - 1.2.2.1. *La afectación de los derechos de terceros* ..... 440
      - 1.2.2.2. *Las consecuencias de la incidencia de los derechos de terceros en el laudo* ..... 445
    - 1.2.3. Las tentativas efectuadas hasta ahora para hacer posible la intervención de terceros ..... 446
- 2. ¿EN QUÉ CASOS Y BAJO QUÉ CONDICIONES, LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL PUEDE SER ADMITIDA?..... 449
  - 2.1. La intervención voluntaria en la instancia arbitral ..... 449
    - 2.1.1. ¿Quién es el tercero?..... 450
    - 2.1.2. ¿Qué quiere el tercero? ..... 451
  - 2.2. LA INTERVENCIÓN FORZOSA..... 452
- 3. CONCLUSIONES ..... 453

## **GUATEMALA**

### **EL ACUERDO ARBITRAL**

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL

- 1. INTRODUCCIÓN..... 457
- 2. EL ACUERDO ARBITRAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL... 459

2.1. EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA.....	460
2.2. ALGUNOS EJEMPLOS EN LA LEGISLACIÓN CENTROAMERICANA APLICABLE.....	461
3. CARACTERÍSTICAS DEL ACUERDO ARBITRAL.....	463
3.1. AUTONOMÍA Y SEPARABILIDAD.....	464
3.2. REQUISITOS DE FORMA.....	465
4. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE UN ACUERDO ARBITRAL .....	467
4.1. CONSIDERACIONES PARTICULARES EN CUANTO A LA CAPACIDAD DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS PARA SUSCRIBIR ACUERDOS ARBITRALES.....	469
5. ACUERDOS ARBITRALES “ <i>SUI GENERIS</i> ” EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA .....	471
5.1. ARTÍCULO 69, DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y MERCANCIAS.....	472
5.2. CÓDIGO DE COMERCIO (EN MATERIA DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y AGENCIA) .....	473
5.3. ARTÍCULO 117 DEL DECRETO N° 11-2006 (REFORMA A LA LEY DE ARBITRAJE) .....	474

## INGLATERRA

### EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS

CHRISTIAN LEATHLEY

1. INTRODUCCIÓN.....	479
2. LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN INGLATERRA .....	480
3. EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS.....	490
4. CONCLUSIÓN.....	505

## ITALIA

### EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

GIORGIO MEO

EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.....	509
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

## MÉXICO

### EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE

CECILIA FLORES RUEDA

1. INTRODUCCIÓN .....	519
2. EL ACUERDO DE ARBITRAJE .....	520
2.1. EL SUSTENTO DEL ARBITRAJE .....	520
2.2. EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES JUDICIALES PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA .....	521
3. MARCO LEGAL DEL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	522
3.1. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK .....	522
3.2. LA LEY MODELO DE ARBITRAJE .....	523
3.3. INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA LEY MODELO DE ARBITRAJE .....	525
4. PROCEDIMIENTOS PARALELOS .....	525
5. DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	526
6. FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES JUDICIALES AL HACER CUMPLIR EL ACUERDO DE LAS PARTES.....	526
6.1. EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE .....	527
6.2. EJECUCIÓN DEL LAUDO.....	527
7. CONCLUSIONES .....	527

### NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

1. INTRODUCCIÓN.....	529
2. NOVACIÓN.....	529
2.1. DEFINICIÓN.....	529
2.2. TIPOS DE NOVACIÓN.....	531
2.2.1. Diseño: objetiva y subjetiva.....	531
2.2.2. Efectos: propia e impropia.....	532



3.	AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL.....	532
3.1.	<i>LEITMOTIV</i> .....	532
3.2.	NOCIÓN .....	533
3.3.	TRASCENDENCIA.....	533
4.	NOVACIÓN Y AUTONOMÍA .....	534
4.1.	LA PREGUNTA .....	534
4.2.	PRECEDENTES JUDICIALES .....	534
4.2.1.	Francia .....	534
4.2.2.	México .....	535
4.2.3.	Comentario .....	536
	4.2.3.1. <i>Caso mexicano</i> .....	536
	4.2.3.2. <i>Caso francés</i> .....	536
4.3.	MODELO.....	537
4.3.1.	Tipo de Novación.....	537
	4.3.1.1. <i>Diseño</i> .....	537
	4.3.1.2. <i>Efectos</i> .....	540
4.3.2.	Régimen de la Novación.....	540
4.4.	¿ACUERDO ARBITRAL COMO ACCESORIO? .....	540
5.	COMENTARIO FINAL .....	541

## LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO

LUIS ENRIQUE GRAHAM TAPIA

1.	COMENTARIO INICIAL .....	543
2.	UNA MIRADA A LA FORMALIDAD EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	544
3.	LA CAÍDA PAULATINA DE LAS FORMAS EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	545
4.	LA MODIFICACIÓN A LA LEY MODELO Y LA RECOMENDACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN CON LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	547
5.	LA EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA FORMA ESCRITA EN EL MARCO DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	550
5.1.	CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO II.2 DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	550

5.2	CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL ARTÍCULO II.2 DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	551
6.	EL ACUERDO DE ARBITRAJE Y SU EFECTO VINCULATORIO.....	553
7.	LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y EL PRINCIPIO “COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA” (“ <i>KOMPETENZE-KOMPETENZE</i> ”).....	553
8.	LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL .....	558
9.	CLÁUSULAS ARBITRALES DEFECTUOSAS .....	563
9.1.	CAMBIOS EFECTUADOS POR LAS PARTES A UN REGLAMENTO DE ARBITRAJE ....	563
9.2.	REFERENCIA INEXACTA A UN REGLAMENTO O INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA .....	564
9.3.	CLÁUSULA NO VINCULATORIA.....	565
9.4.	IMPRECISIÓN EN LA DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSI A MATERIA DEL ARBITRAJE .....	566
9.5.	EXCESO DE REGLAMENTACIÓN AD-HOC PARA EL FUTURO PROCEDIMIENTO .....	567
9.6.	DEFECTOS EN LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	569
9.7.	NO ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA .....	570
10.	DISYUNTIVAS ANTE CLÁUSULAS ARBITRALES DEFECTUOSAS .....	571

## EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS

CLAUS VON WOBESER

1.	CONTRATOS COALIGADOS .....	575
1.1.	CARACTERÍSTICAS.....	577
2.	COMPATIBILIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL .....	578
2.1.	LOS TÉRMINOS DE LOS ACUERDOS ARBITRALES SON IDÉNTICOS.....	578
2.2.	UNO O VARIOS DE LOS CONTRATOS ESTABLECEN UN ACUERDO ARBITRAL Y EN OTROS ES OMITIDO .....	578
2.3.	LOS ACUERDOS ARBITRALES DIFIEREN EN UNO O VARIOS DE SUS TÉRMINOS .....	580
2.3.1.	Jurisdicción.....	580
2.3.2.	Idioma.....	581
2.3.3.	Leyes Sustantivas .....	581
2.3.4.	Constitución y sede del Tribunal Arbitral.....	581
3.	CONSOLIDACIÓN.....	582

3.1. REGLAS DE LA CCI.....	583
3.2. REGLAS DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ (AMCHAM PERÚ).....	583
3.3. REGLAS DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO (CAM).....	584
3.4. REGLAMENTO SUIZO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	584
4. CONCLUSIONES .....	586

## PANAMÁ

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

GILBERTO BOUTIN I.

1. INTRODUCCIÓN .....	589
2. ORIGEN, FUNDAMENTO Y ÁMBITO DEL CONVENIO ARBITRAL ..	590
3. DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA FORMACIÓN Y VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL.....	591
4. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL PRIVADO .....	594

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

MIRIAM GISELLE FIGUEROA DE ARIAS

1. INTRODUCCIÓN .....	597
2. CONVENIO ARBITRAL .....	598
2.1. CONCEPTO .....	598
2.2. TIPOS DE CONVENIO .....	599
2.3. NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL.....	600
2.4. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL.....	600
2.4.1. Capacidad de las partes .....	601
2.4.2. Objeto y causa lícitos .....	602
2.4.3. Consentimiento y su forma .....	602
2.4.4. Arbitrabilidad Objetiva .....	607

2.4.5. Requisitos especiales del Convenio Arbitral según la legislación panameña.....	608
3. IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	610
4. CONCLUSIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES .....	613

## PERÚ

### EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

1. INTRODUCCIÓN.....	618
2. ADIÓS A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y AL COMPROMISO ARBITRAL.....	618
3. EL CONVENIO ARBITRAL: CONTRATO SUFICIENTE PARA ARBITRAR.....	622
4. EL CONVENIO ARBITRAL ES UN CONTRATO Y, POR LO TANTO, CREA OBLIGACIONES PARA LAS PARTES .....	622
5. EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	623
6. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES PARA CELEBRAR CONVENIOS ARBITRALES (ARBITRABILIDAD SUBJETIVA) .....	625
7. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL (ARBITRABILIDAD OBJETIVA) .....	627
7.1. SE PUEDE ARBITRAR TODAS LAS CONTROVERSIAS O CIERTAS CONTROVERSIAS.....	630
7.2. SE PUEDE ARBITRAR CONTROVERSIAS QUE HAYAN SURGIDO O PUEDAN SURGIR.....	631
7.3. SE PUEDE ARBITRAR CONTROVERSIAS QUE SURJAN DE UNA DETERMINADA RELACIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL O DE OTRA NATURALEZA .....	632
8. FORMALIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: “DEBE CONSTAR POR ESCRITO”, PERO NO SE SANCIONA CON NULIDAD SU INOBSERVANCIA .....	633

9. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL.....	635
10. EL CONVENIO ARBITRAL INCORPORADO COMO UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO.....	637
11. EL CONVENIO ARBITRAL CELEBRADO EN DOCUMENTO SEPARADO DEL CONTRATO.....	638
12. OTROS SUPUESTOS DE CONVENIOS ARBITRALES QUE LA NUEVA LA CONSIDERA COMO “ESCRITOS”.....	638
12.1. CONVENIO ARBITRAL CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS (CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO).....	639
12.2. CONVENIO ARBITRAL POR APLICACIÓN DEL SILENCIO COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.....	641
12.3. CONVENIO ARBITRAL POR REFERENCIA.....	643
13. CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	644
14. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL.....	646
14.1. EFECTO POSITIVO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	646
14.2. EFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	647
15. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO ARBITRAL Y EL “ACTA DE INSTALACIÓN” EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO PERUANO (ACTA DE MISIÓN EN LOS ARBITRAJES CCI).....	648
16. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. REGLAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO QUE SE APLICAN A LOS CONVENIOS ARBITRALES.....	650
16.1. REGLAS GENERALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	651
16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada.....	651
16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos.....	652
16.1.3. Interpretación sistemática.....	653
16.1.4. Interpretación finalista.....	654
16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar.....	654
17. CONVENIOS ARBITRALES DEFECTUOSOS O PATOLÓGICOS.....	656
18. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO (FAVOR NEGOTTII) A LOS CONVENIOS ARBITRALES.....	659

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

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS - JOSÉ CARLOS LLERENA ROBLES

1.	INTRODUCCIÓN.....	663
2.	REDEFINIENDO LA FINALIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL: SOLUCIONAR LA CONTROVERSIA.....	665
3.	DEBER DEL ÁRBITRO DE PROMOVER EL ACUERDO ENTRE LAS PARTES ( <i>SETTLEMENT</i> ): DOTANDO DE EFECTIVIDAD AL ARBITRAJE.....	667
3.1.	EXISTENCIA DE INCENTIVO PARA LLEGAR AL LAUDO ARBITRAL.....	667
3.2.	REDUCCIÓN DE COSTOS DE ARBITRAJE.....	670
3.3.	EL ARBITRAJE COMO ESCENARIO PROPENSO A ALCANZAR EL ACUERDO ENTRE LAS PARTES.....	671
4.	REFLEXIÓN FINAL.....	671

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

NATALE AMPRIMO PLÁ

ACUERDO ARBITRAL Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO: COMENTARIOS A RAÍZ DE LA NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE.....		673
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-----

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

LUCIANO BARCHI VELA OCHAGA

1.	ANTECEDENTES: “LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL”.....	681
2.	LA DEFINICIÓN DE CONVENIO ARBITRAL EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071.....	686

3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONVENIO ARBITRAL.....	691
4. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL .....	693
5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.....	694
6. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL .....	695
7. EL CONVENIO ARBITRAL COMO “CLÁUSULA AUTO- SUFICIENTE” .....	699
8. LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES .....	700

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

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

1. INTRODUCCIÓN .....	709
2. LA TARJETA DE INVITACIÓN A LA FIESTA: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL.....	712
3. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 14 COMO HERRAMIENTA DE NATURALEZA CONTRACTUAL .....	714
4. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14.....	719
4.1. CONSENTIMIENTO .....	719
4.2. BUENA FE.....	720
4.3. PARTICIPACIÓN ACTIVA Y DETERMINANTE .....	720
4.4. NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO ....	720
4.5. PRETENDER DERIVAR UN BENEFICIO DEL CONTRATO .....	721
5. CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14.....	721
5.1. INCORPORACIÓN POR REFERENCIA .....	722
5.2. REPRESENTACIÓN Y AGENCIA .....	723
5.3. ESTOPPEL/EQUITABLE ESTOPPEL/DOCTRINA DE ACTOS PROPIOS .....	723
5.4. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO/GRUPOS DE SOCIEDADES .....	726
5.5. CONTRATO A FAVOR DE TERCERO .....	732
5.6. ACCIÓN OBLICUA .....	733
5.7. CESIÓN, NOVACIÓN Y SUBROGACIÓN .....	734

## 6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 A ARBITRAJES EXTRANJEROS ..... 735

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

SOFIA MARTINS - JOÃO VILHENA VALÉRIO - PAULA ADREGA FLOR

1. INTRODUCCIÓN .....	739
2. DE LA DECISIÓN ASÍNCRONA DE LA CONDENA Y SU DETERMINACIÓN .....	741
2.1. DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA GENÉRICA .....	741
2.2. DE LA DETERMINACIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA GENÉRICA .....	744
2.2.1. En sede declarativa .....	745
2.2.2. En sede ejecutiva .....	746
2.2.2.1. <i>Hasta 2003</i> .....	747
2.2.2.2. <i>La reforma de 2003</i> .....	747
2.2.2.3. <i>La reforma de 2008</i> .....	751
3. DEL INTENTO DE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE VOLUNTARIO .....	754
3.1. DEL SUPUESTO AGOTAMIENTO DEL PODER JURISDICCIONAL DE LOS ÁRBITROS...	756
3.1.1. Marco .....	756
3.1.2. Del objeto del litigio .....	757
3.1.2.1. <i>De la interpretación de la convención de arbitraje</i> .....	758
3.1.2.2. <i>Del contenido típico de la convención de arbitraje</i> .....	759
3.1.2.3. <i>De las pretensiones</i> .....	761
3.1.3. De las sentencias de condena genérica como sentencias parciales .....	761
3.2. DE LA CADUCIDAD DE LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE .....	763
3.2.1. Régimen de la caducidad de la convención de arbitraje .....	764
3.2.2. De las consecuencias de la caducidad de la convención de arbitraje en el momento posterior a la resolución de sentencia de condena genérica .....	765
3.3. DE LOS ARGUMENTOS DE ORDEN PRAGMÁTICO .....	768
3.4. METODOLOGÍA PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA LA DETERMINACIÓN .....	769
4. POR UN RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETERMINACIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES CONCILIADOR CON EL ARBITRAJE .....	773



4.1. DE LA IMPORTANCIA DE LA REDACCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE .....	774
4.2. DE LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA .....	777
5. CONSIDERACIONES FINALES .....	780

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

PEDRO METELLO DE NÁPOLES - JOSÉ MIGUEL JÚDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	783
2. EL PROBLEMA .....	784
3. CONTEXTO .....	784
4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS .....	787
5. EL LIMITE PRÁCTICO: CÓMO –Y EN QUE MEDIDA– SE PUEDE EJECUTAR UNA CLÁUSULA QUE REMITE A NEGOCIACIÓN .....	788
5.1. EN GENERAL .....	788
5.2. LA LEY PORTUGUESA .....	788
5.3. EJECUCIÓN DE CLÁUSULAS QUE APENAS IMPONÍAN DEBERES GENERALES .....	789
5.4. EJECUCIÓN DE CLÁUSULAS QUE IMPONÍAN DEBERES ESPECÍFICOS .....	791
5.5. EJECUCIÓN DE CLÁUSULAS QUE REMITEN A PROCESOS DE MEDIACIÓN/ CONCILIACIÓN .....	792
6. CONCLUSIÓN .....	794

**URUGUAY**

**EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY.  
TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES**

SANDRA GONZÁLEZ - FERNANDO GÓMEZ

1. INTRODUCCIÓN .....	799
2. NORMAS APLICABLES .....	799

3. REQUISITOS FORMALES .....	800
4. INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ACUERDO ARBITRAL .....	802
5. EL ACUERDO ARBITRAL COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN .....	803
6. CUESTIONES ARBITRABLES.....	805
7. AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE.....	806
8. CONCLUSIONES .....	807

## VENEZUELA

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

RAMÓN J. ALVINS SANTI - PEDRO SAGHY CADENAS

1. INTRODUCCIÓN.....	811
2. EL ACUERDO DE ARBITRAJE .....	814
2.1. CONSIDERACIONES TEÓRICAS .....	814
2.2. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO ARBITRAL, DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN VENEZUELA .....	820
3. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA VENEZOLANOS .....	825
3.1. SENTENCIA DE FECHA 12 DE MAYO DE 2009, DEL JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y BANCARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO CARABOBO.....	826
3.2. SENTENCIA DE FECHA 5 DE AGOSTO DE 2009, DEL JUZGADO SUPERIOR SEGUNDO EN LO CIVIL, MERCANTIL, BANCARIO DEL TRÁNSITO Y DE PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO CARABOBO .....	827
3.3. SENTENCIA DE FECHA 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009, EL JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRÁNSITO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS.....	829
4. REFLEXIONES FINALES .....	832

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

ANDRÉS A. MEZGRAVIS

1. INTRODUCCIÓN .....	835
2. IMPLICACIONES PRÁCTICAS.....	838
3. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA .....	840
3.1. OFERTA REVOCABLE .....	841
3.2. OFERTA FIRME .....	841
3.3. OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DERIVADA DE UN ACTO UNILATERAL DEL ESTADO .....	842
4. NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO.....	845
4.1. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	845
4.2. LA DOCUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO NO DESVIRTÚA SU NATURALEZA CONTRACTUAL.....	847
4.3. ¿FALSA ANALOGÍA CONTRACTUAL? .....	850
5. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.....	852
5.1. REGLAS MIXTAS .....	852
5.2. REGLAS CONTRACTUALES INTERNACIONALES .....	854
6. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA DE ARBITRAJE COMO CONSECUENCIA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS CREADAS EN LOS INVERSIONISTAS .....	855
6.1. DENUNCIA DEL CONVENIO CIADI.....	857
6.2. DENUNCIA DE UN TBI.....	858
6.3. REVOCATORIA DE LA OFERTA DE ARBITRAJE CONTENIDA EN UNA LEY.....	858
7. CONCLUSIONES .....	859

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

MARCELO RICIGLIANO CANTOS - DIANA C. DROULERS

1. INTRODUCCIÓN .....	863
-----------------------	-----

2.	GENERALIDADES DEL PRINCIPIO DE <i>COMPETENCE-COMPETENCE</i> .....	864
3.	EL PARTICULAR CASO VENEZOLANO .....	866
3.1.	SOBRE LOS CASOS EN QUE SE ACTIVA LA INSTANCIA ORDINARIA .....	867
3.2.	SOBRE EL PROCEDIMIENTO DERIVADO DEL ARTÍCULO 346 DEL CPC .....	867
4.	SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTO DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO .....	868
5.	CONSIDERACIONES FINALES: DECLARATORIA DE EXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL .....	870

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

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA

1.	EL CONCEPTO DE “GRUPO DE SOCIEDADES” O “GRUPO DE EMPRESAS” .....	874
2.	NOCIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO” .....	876
3.	NOCIONES CONCEPTUALES SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA A TERCEROS NO SIGNATARIOS DE LA MISMA.....	880
4.	PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DE LA SUPREMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LOS FORMALISMOS .....	884
5.	CONCLUSIONES .....	886

## NOTAS



## NOTAS

Este libro se terminó de imprimir  
el 11 de abril de 2011  
en los talleres gráficos del  
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ  
Carrera 69 Bis No. 36-20 sur  
Teléfonos: 2300731 - 2386035  
Bogotá, D.C. - Colombia